



Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DA ADVOGADA-GERAL
VERICA TRSTENJAK
apresentadas em 29 de junho de 2011¹

Processo C-135/10

Società Consortile Fonografici (SCF)
contra
Marco Del Corso

[pedido de Decisão Prejudicial da Corte d'appello di Torino (Itália)]

«Direitos de autor e direitos conexos — Diretivas 92/100 e 2006/115 — Direitos dos artistas intérpretes ou executantes e dos produtores de fonogramas — Artigo 8.º, n.º 2 — Comunicação ao público — Comunicação indireta de fonogramas no âmbito de emissões radiofónicas difundidas na sala de espera do consultório de um dentista — Necessidade de um fim lucrativo — Remuneração equitativa»

Índice

I	– Introdução	3
II	– Legislação aplicável	4
	A – Direito internacional	4
	1. Convenção de Roma	4
	2. Tratado TPF	5
	3. Acordo TRIPS	6
	B – Direito da União	7
	1. Diretiva 92/100	7
	2. Diretiva 2006/115	9
	3. Diretiva 2001/29	10
	C – Direito nacional	12

¹ — Língua original: alemão; língua do processo: italiano.

III	– Matéria de facto, tramitação no órgão jurisdicional nacional e questões prejudiciais	13
IV	– Tramitação processual no Tribunal de Justiça	14
V	– Observações prévias	14
VI	– Quanto à quarta e quinta questões prejudiciais	15
	A – Principais argumentos das partes	15
	B – Quanto à admissibilidade das questões prejudiciais	17
	C – Apreciação jurídica	18
	1. Quanto à interpretação do artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 2001/29 pelo Tribunal de Justiça	18
	2. Quanto à norma jurídica aplicável no caso vertente	20
	3. Quanto à interpretação do artigo 8.º, n.º 2, da Diretiva 2006/115	20
	a) Conceitos autónomos do direito da União	20
	b) Contexto do direito internacional e do direito da União	21
	c) Quanto ao conceito de comunicação ao público	21
	i) Quanto ao conceito de comunicação	21
	– Tomada em consideração do vigésimo sétimo considerando da Diretiva 2001/29	23
	– Tomada em consideração do vigésimo terceiro considerando da Diretiva 2001/29	23
	– Conclusão intercalar	25
	ii) Quanto ao conceito de público	25
	iii) Quanto às restantes objeções	28
	– Quanto à necessidade de uma entrada paga	28
	– Quanto ao fim lucrativo	28
	– Quanto à vontade das partes	29
	– Quanto às restantes objeções	29
	iv) Conclusão	30
	d) Quanto às restantes condições	30
	4. Conclusão	30
VII	– Quanto à primeira a terceira questões prejudiciais	30
	A – Principais argumentos das partes	30

B – Admissibilidade das questões prejudiciais	31
C – Apreciação jurídica	31
VIII – Conclusão	33

I – Introdução

1. Tal como a invenção da imprensa por Gutenberg acabou por conduzir a uma proteção das obras escritas pelos direitos de autor, a invenção do fonógrafo por Thomas Edison não só reforçou a importância económica da proteção das obras musicais pelos direitos de autor, como preparou o terreno para a introdução dos direitos conexos a favor dos artistas intérpretes ou executantes e dos produtores de fonogramas. A utilização de um fonograma afeta não só o direito do autor sobre a obra protegida objeto de comunicação, mas também os direitos conexos dos artistas intérpretes ou executantes e dos produtores de fonogramas.

2. O presente pedido de decisão prejudicial apresentado pela Corte d'appello di Torino (Tribunal de Segunda Instância de Turim — Itália, a seguir «órgão jurisdicional de reenvio») diz respeito ao direito a uma remuneração equitativa, segundo o disposto artigo 8.º, n.º 2, da Diretiva 92/100/CEE do Conselho, de 19 de novembro de 1992, relativa ao direito de aluguer, ao direito de comodato e a certos direitos conexos aos direitos de autor em matéria de propriedade intelectual² e da Diretiva 2006/115/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2006, relativa ao direito de aluguer, ao direito de comodato e a certos direitos conexos ao direito de autor em matéria de propriedade intelectual (versão codificada)³, devida pela comunicação ao público de um fonograma já publicado com fins comerciais.

3. Em primeiro lugar, o órgão jurisdicional de reenvio pretende saber se um dentista, que torna audíveis, no seu consultório, emissões radiofónicas, deve pagar uma remuneração equitativa pela comunicação indireta ao público dos fonogramas utilizados nessas emissões.

4. Em segundo lugar, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta se as regras de direito internacional, que servem de base às regras de direito da União relativas ao direito a uma remuneração equitativa, são diretamente aplicáveis num litígio entre particulares e qual a relação existente entre as regras de direito internacional e as regras de direito da União.

5. A primeira questão está estreitamente ligada, em termos de conteúdo, ao acórdão SGAE⁴. Neste acórdão, o Tribunal de Justiça referiu, a título preliminar, que existe uma comunicação ao público na aceção do artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de maio de 2001, relativa à harmonização de certos aspetos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação⁵, quando um operador hoteleiro distribui um sinal através de aparelhos de televisão instalados nos quartos de um hotel, qualquer que seja a técnica de transmissão do sinal utilizada. Além disso, o Tribunal de Justiça declarou que o caráter privado dos quartos de um hotel não se opõe à existência de um ato de comunicação ao público. No caso vertente, coloca-se, em particular, a questão de saber se esta jurisprudência, proferida a respeito da comunicação ao público de obras protegidas pelos direitos de autor nos termos do artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 2001/29, é aplicável ao conceito de comunicação ao público na aceção do artigo 8.º, n.º 2, da Diretiva 92/100 e da Diretiva 2006/115, o qual se refere aos direitos conexos dos artistas intérpretes ou executantes e dos produtores de fonogramas.

2 — JO L 346, p. 61.

3 — JO L 376, p. 28.

4 — Acórdão de 7 de dezembro de 2006, SGAE (C-306/05, Colet., p. I-11519).

5 — JO L 167, p. 10.

6. Além disso, o presente processo revela uma conexão estreita com o processo C-162/10, *Phonographic Performance*, no qual procedo à apresentação das minhas conclusões na mesma data que as do presente processo. No processo *Phonographic Performance*, coloca-se, em especial, a questão de saber se o operador de um hotel ou de uma pensão, que disponibiliza, nos quartos, televisores ou rádios para os quais distribui um sinal, é obrigado a pagar uma remuneração equitativa pela comunicação indireta ao público dos fonogramas utilizados nas emissões televisivas e radiofónicas.

II – Legislação aplicável

A – *Direito internacional*

1. Convenção de Roma

7. O artigo 12.º da Convenção Internacional de Roma, de 26 de outubro de 1961, para a Proteção dos Artistas Intérpretes ou Executantes, dos Produtores de Fonogramas e dos Organismos de Radiodifusão (a seguir «Convenção de Roma») ⁶ prevê:

«Quando um fonograma publicado com fins comerciais ou uma reprodução desse fonograma forem utilizados diretamente pela radiodifusão ou para qualquer comunicação ao público, o utilizador pagará uma remuneração equitativa e única aos artistas intérpretes ou executantes ou aos produtores de fonogramas ou aos dois. Na falta de acordo entre eles, a legislação nacional poderá determinar as condições de repartição desta remuneração.»

8. O artigo 15.º, n.º 1, alínea a), da Convenção de Roma determina:

«1. Qualquer Estado Contratante pode estabelecer na sua legislação nacional exceções à proteção concedida pela presente Convenção no caso de:

a) Utilização para uso privado;»

9. O artigo 16.º, n.º 1, alínea a), da Convenção de Roma dispõe:

«1. Um Estado, ao tornar-se parte da presente Convenção, sujeita-se a todas as obrigações e goza de todas as vantagens nela previstas. Todavia, cada Estado poderá declarar, em qualquer momento, por uma notificação dirigida ao Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas:

a) Em relação ao artigo 12.º:

i) Que não aplicará nenhuma das disposições do mesmo artigo 12.º;

ii) Que não aplicará as disposições do artigo 12.º quanto a determinadas utilizações;

iii) Que não aplicará as disposições do artigo 12.º quanto aos fonogramas cujo produtor não seja nacional de um Estado Contratante;

(iv) Que limitará a extensão e a duração da proteção prevista no artigo 12.º quanto aos fonogramas cujo produtor seja nacional de outro Estado Contratante, na medida em que este Estado Contratante protege os fonogramas fixados pela primeira vez pelo nacional do

6 — Reprodução de acordo com o *Diário da República*, I série-A, n.º 169, de 22 de julho de 1999, pp. 4507 a 4518.

Estado que fez a declaração; porém, se o Estado Contratante de que é nacional o produtor não conceder a proteção ao mesmo ou aos mesmos beneficiários como concede o Estado Contratante autor da declaração, não se considerará esta circunstância como constituindo uma diferença na extensão de proteção;

[...]»

10. A Itália é parte contratante da Convenção de Roma, tendo apresentado uma declaração nos termos do artigo 16.º, n.º 1, alínea a), pontos ii), iii) e iv).

11. A União não é parte contratante da Convenção de Roma. Apenas os Estados podem aderir a esta convenção.

2. Tratado TPF

12. O Tratado sobre Prestações e Fonogramas da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (a seguir «TPF»), de 20 de setembro de 1996⁷, contém regras de direito internacional relativas aos direitos conexos que vão além das previstas na Convenção de Roma.

13. O artigo 1.º do TPF determina:

«Relação com outras convenções

1. Nenhuma das disposições do presente tratado poderá constituir uma derrogação das obrigações que vinculem as partes contratantes entre si ao abrigo da Convenção Internacional para a proteção dos artistas intérpretes ou executantes, dos produtores de fonogramas e dos organismos de radiodifusão, adotada em Roma em 26 de outubro de 1961 (a seguir designada por ‘Convenção de Roma’).

2. A proteção concedida ao abrigo do presente tratado deixa intacta e não afeta de modo algum a proteção conferida pelo direito de autor sobre obras literárias e artísticas. Consequentemente, nenhuma disposição do presente tratado pode ser interpretada em prejuízo dessa proteção.

3. O presente tratado não se articula de forma alguma com quaisquer outros tratados, nem prejudica eventuais direitos e obrigações deles decorrentes.»

14. O artigo 2.º do TPF, que regula as definições, prevê nas suas alíneas f) e g) o seguinte:

«Para efeitos do presente tratado, entende-se por:

- f) ‘emissão de radiodifusão’, a difusão sem fios de sons ou de imagens e sons, ou de representações destes, destinada à receção pelo público; [...]
- g) ‘comunicação ao público’ de uma prestação ou de um fonograma, a difusão ao público por qualquer meio, com exceção da emissão de radiodifusão, de sons de uma prestação, ou dos sons ou das representações de sons fixados num fonograma. Para efeitos do disposto no artigo 15.º, a ‘comunicação ao público’ inclui a operação de tornar os sons ou representações de sons fixados num fonograma audíveis para o público.»

7 — V. Decisão 2000/278/CE do Conselho, de 16 de março de 2000, relativo à aprovação, em nome da Comunidade Europeia, do Tratado da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI) sobre direito de autor e do Tratado da OMPI sobre prestações e fonogramas — Tratado OMPI sobre direito de autor (TDA) — Tratado OMPI sobre prestações e fonogramas (TPF), JO L 89, p. 6.

15. No Capítulo II do TPF, encontram-se regulados os direitos dos artistas intérpretes ou executantes e, no Capítulo III, os direitos dos produtores de fonogramas. O Capítulo IV do TPF contém disposições comuns relativas aos artistas intérpretes ou executantes e aos produtores de fonogramas. O artigo 15.º do TPF, regulado neste último capítulo, versa sobre o direito a remuneração pela radiodifusão e comunicação ao público, dispondo o seguinte:

«1. Os artistas intérpretes ou executantes e os produtores de fonogramas gozam do direito a uma remuneração equitativa e única pela utilização direta ou indireta de fonogramas publicados com fins comerciais para radiodifusão ou para qualquer comunicação ao público.

2. As partes contratantes podem determinar na sua legislação nacional que a remuneração equitativa e única seja reclamada ao utilizador pelo artista intérprete ou executante ou pelo produtor de um fonograma, ou por ambos. As partes contratantes podem adotar legislação nacional que, na falta de acordo entre o artista intérprete ou executante e o produtor de um fonograma, determine as condições de repartição da remuneração equitativa e única entre os artistas intérpretes ou executantes e os produtores de fonogramas.

3. Qualquer parte contratante pode declarar, por notificação depositada junto do diretor-geral da OMPI, que aplicará o disposto no n.º 1 unicamente em relação a certas utilizações, ou que limitará a sua aplicação de qualquer outro modo, ou que pura e simplesmente não aplicará essas disposições.

4. Para efeitos do disposto no presente artigo, considerar-se-ão os fonogramas colocados à disposição do público, por fios ou sem fios, por forma a torná-los acessíveis a membros do público a partir do local e no momento por eles escolhido individualmente, como tendo sido publicados com fins comerciais.»

16. O artigo 16.º do TPF, com a epígrafe «Limitações e exceções», determina:

«1. As partes contratantes podem estabelecer na sua legislação nacional, relativamente à proteção dos artistas intérpretes ou executantes e dos produtores de fonogramas, o mesmo tipo de limitações ou exceções previstas na sua legislação nacional relativamente à proteção do direito de autor sobre obras literárias e artísticas.

2. As partes contratantes devem restringir as limitações ou exceções aos direitos previstos no presente tratado a determinados casos especiais que não obstem à exploração normal da prestação ou do fonograma e não prejudiquem de forma injustificável os legítimos interesses do artista intérprete ou executante ou do produtor do fonograma.»

17. Nos termos do artigo 23.º, n.º 1, do TPF, as partes contratantes comprometem-se a adotar, em conformidade com as respetivas ordens jurídicas, as medidas necessárias para assegurar a aplicação desse tratado.

18. A Itália e a União são partes contratantes do TPF. Nem a Itália, nem a União apresentaram qualquer declaração ao abrigo do artigo 15.º, n.º 3, do TPF.

3. Acordo TRIPS

19. O artigo 14.º do Acordo sobre os aspetos dos direitos de propriedade intelectual relacionados com o comércio⁸ (a seguir «TRIPS»), que regula a proteção dos artistas intérpretes ou executantes, dos produtores de fonogramas (registos de som) e dos organismos de radiodifusão, determina:

«1. No que diz respeito à fixação da sua execução num fonograma, os artistas intérpretes ou executantes terão a possibilidade de impedir a realização, sem o seu consentimento, dos seguintes atos: a fixação da sua execução não fixada e a reprodução dessa fixação. Os artistas intérpretes ou executantes terão igualmente a possibilidade de impedir a realização, sem o seu consentimento, dos seguintes atos: a radiodifusão por meio de ondas radioelétricas e a comunicação ao público das suas execuções ao vivo.

8 — Anexo 1 C ao Acordo OMC, JO L 336, p. 214.

2. Os produtores de fonogramas gozarão do direito de autorizar ou proibir a reprodução direta ou indireta dos seus fonogramas.

[...]

6. Os membros podem, relativamente aos direitos conferidos ao abrigo dos n.ºs 1, 2 e 3, prever condições, limitações, exceções e reservas na medida autorizada pela Convenção de Roma. No entanto, as disposições do artigo 18.º da Convenção de Berna (1971) aplicar-se-ão igualmente, *mutatis mutandis*, aos direitos dos artistas intérpretes ou executantes e dos produtores de fonogramas sobre os fonogramas.»

B – Direito da União⁹

1. Diretiva 92/100

20. O quinto, sétimo a décimo, décimo quinto a décimo sétimo e vigésimo considerandos da Diretiva 92/100 dispõem o seguinte:

«[...]

Considerando que uma proteção adequada das obras protegidas por direitos de autor e realizações protegidas por direitos conexos através dos direitos de aluguer e comodato, bem como a proteção de realizações abrangidas por direitos conexos através de um direito de fixação, de reprodução, de distribuição, de radiodifusão e de comunicação ao público pode, por conseguinte, ser considerada de importância fundamental para o desenvolvimento económico e cultural da Comunidade;

[...]

Considerando que o trabalho criativo e artístico dos autores e dos artistas intérpretes e executantes exige uma remuneração adequada na perspetiva da continuação desse trabalho criativo e artístico; que os investimentos exigidos em especial para a produção de fonogramas e filmes são especialmente elevados e arriscados; que o pagamento dessa remuneração e a recuperação desse investimento só podem ser assegurados efetivamente através de uma proteção legal adequada dos titulares envolvidos;

Considerando que estas atividades criativas, artísticas e empresariais são, em grande medida, atividades de independentes; que o exercício de tais atividades deve ser facilitado pela existência de uma proteção legal harmonizada na Comunidade;

Considerando que, na medida em que estas atividades constituem essencialmente serviços, a sua prestação deve igualmente ser facilitada pelo estabelecimento na Comunidade de um enquadramento legal harmonizado;

10. Considerando que a legislação dos Estados-Membros deve ser aproximada de forma a não entrar em conflito com as convenções internacionais em que se baseiam as legislações sobre direitos de autor e direitos conexos de muitos Estados-Membros;

[...]

⁹ — Com base na terminologia utilizada no TUE e no TFUE, utilizarei o conceito de «direito da União» para designar quer o direito comunitário quer o direito da União. As diferentes disposições de direito primário citadas são as aplicáveis *ratione temporis*.

15. Considerando que é necessário introduzir um regime que garanta que os autores e os artistas intérpretes ou executantes obterão uma remuneração equitativa inalienável, devendo os mesmos conservar a possibilidade de confiar a gestão desse direito a sociedades de gestão coletiva dos direitos de autor que os representem;

Considerando que essa remuneração equitativa poderá ser liquidada, mediante um ou mais pagamentos, na altura da celebração do contrato ou posteriormente;

Considerando que essa remuneração equitativa deverá ter em conta a importância da contribuição para o fonograma ou filme dos autores e dos artistas intérpretes ou executantes em causa;

[...]

Considerando que os Estados-Membros poderão prever que os titulares de direitos conexos aos direitos de autor beneficiem de uma proteção superior à exigida no artigo 8.º da presente diretiva;

[...]»

21. O artigo 8.º da Diretiva 92/100 tem por epígrafe «Radiodifusão e comunicação ao público». Este artigo dispõe:

«1. Os Estados-Membros deverão prever que os artistas intérpretes ou executantes usufruam do direito exclusivo de permitir ou proibir a radiodifusão e a comunicação ao público das suas prestações, exceto quando a prestação já seja, por si própria, uma prestação radiodifundida ou quando seja efetuada a partir de uma fixação.

2. Os Estados-Membros deverão prever um direito tendente a garantir o pagamento de uma remuneração equitativa e única pelos utilizadores que usem fonogramas publicados com fins comerciais ou suas reproduções em emissões radiodifundidas por ondas radioelétricas ou em qualquer tipo de comunicações ao público, bem como garantir a partilha de tal remuneração pelos artistas intérpretes ou executantes e pelos produtores dos fonogramas assim utilizados. Na falta de acordo entre os artistas intérpretes ou executantes e os produtores dos fonogramas, os Estados-Membros poderão determinar as condições em que deverá ser por eles repartida a referida remuneração.

3. Os Estados-Membros deverão prever que as organizações de radiodifusão usufruam do direito exclusivo de permitir ou proibir a retransmissão das suas emissões por ondas radioelétricas, bem como a comunicação ao público das mesmas, caso essa comunicação seja realizada em locais abertos ao público com entrada paga.»

22. O artigo 10.º da Diretiva 92/100 dispõe:

«Limitações dos direitos

1. Os Estados-Membros poderão prever limitações aos direitos referidos no capítulo II nos seguintes casos:

a) Utilização privada;

[...]

2. Sem prejuízo do disposto no n.º 1, os Estados-Membros poderão prever, no que respeita à proteção dos artistas intérpretes ou executantes, dos produtores de fonogramas, dos organismos de radiodifusão e dos produtores das primeiras fixações de filmes, o mesmo tipo de limitações que a legislação estabelece em matéria de proteção dos direitos de autor para as obras literárias e artísticas. No entanto, só podem ser previstas licenças obrigatórias desde que sejam compatíveis com a Convenção de Roma.

3. O disposto na alínea a) do n.º 1 não afeta a legislação existente ou futura sobre o pagamento da cópia para utilização privada.»

2. Diretiva 2006/115

23. A Diretiva 2006/115 consolida a Diretiva 92/100. O terceiro, quinto a sétimo, décimo segundo, décimo terceiro e décimo sexto considerandos da Diretiva 2006/15 dispõem o seguinte:

«3. A proteção adequada das obras protegidas pelo direito de autor e das realizações protegidas por direitos conexos, através dos direitos de aluguer e comodato, bem como a proteção das realizações abrangidas por direitos conexos, através de um direito de fixação, de distribuição, de radiodifusão e de comunicação ao público, podem, por conseguinte, ser consideradas de importância fundamental para o desenvolvimento económico e cultural da Comunidade.

[...]

5. A continuidade do trabalho criativo e artístico dos autores e dos artistas intérpretes e executantes exige que estes auferam uma remuneração adequada. Os investimentos exigidos, em especial para a produção de fonogramas e filmes, são particularmente elevados e arriscados. O pagamento dessa remuneração e a recuperação desse investimento só podem ser efetivamente assegurados através de uma proteção legal adequada dos titulares envolvidos.

6. Estas atividades criativas, artísticas e empresariais são, em grande medida, desempenhadas por pessoas independentes. O exercício de tais atividades deverá ser facilitado pela existência de uma proteção legal harmonizada na Comunidade. Na medida em que estas mesmas atividades constituem essencialmente serviços, a sua prestação deve igualmente ser facilitada por um enquadramento legal comunitário harmonizado.

7. A legislação dos Estados-Membros deve ser aproximada de forma a não entrar em conflito com as convenções internacionais em que se baseiam as legislações sobre direito de autor e direitos conexos de muitos Estados-Membros.

[...]

12. É necessário introduzir um sistema que garanta que os autores e os artistas intérpretes ou executantes obtenham uma remuneração equitativa irrenunciável, devendo os autores e artistas ter a possibilidade de confiar a gestão desse direito a sociedades de gestão coletiva do direito de autor que os representem.

13. Essa remuneração equitativa poderá ser liquidada, mediante um ou mais pagamentos, na altura da celebração do contrato ou posteriormente, e deverá ter em conta a importância da contribuição dada para o fonograma ou filme pelos autores e artistas intérpretes ou executantes em causa.

[...]

16. Os Estados-Membros devem ter a faculdade de prever que os titulares de direitos conexos ao direito de autor beneficiem de uma proteção superior à exigida pelas disposições da presente diretiva relativas à radiodifusão e comunicação ao público.»

24. O Capítulo II da diretiva regula os direitos conexos aos direitos de autor. O artigo 8.º da diretiva, relativo à radiodifusão e comunicação ao público, dispõe:

«1. Os Estados-Membros devem prever que os artistas intérpretes ou executantes tenham o direito exclusivo de permitir ou proibir a radiodifusão e a comunicação ao público das suas prestações, exceto se a prestação já for, por si própria, uma prestação radiodifundida ou se for efetuada a partir de uma fixação.

2. Os Estados-Membros devem prever um direito que garanta, não só o pagamento de uma remuneração equitativa única pelos utilizadores que usem fonogramas publicados com fins comerciais ou suas reproduções em emissões radiodifundidas por ondas radioelétricas ou em qualquer tipo de comunicações ao público, mas também a partilha de tal remuneração pelos artistas intérpretes ou executantes e pelos produtores dos fonogramas assim utilizados. Na falta de acordo entre os artistas intérpretes ou executantes e os produtores dos fonogramas, os Estados-Membros podem determinar em que termos é por eles repartida a referida remuneração.

3. Os Estados-Membros devem prever que as organizações de radiodifusão tenham o direito exclusivo de permitir ou proibir a retransmissão das suas emissões por ondas radioelétricas, bem como a sua comunicação ao público, se essa comunicação for realizada em locais abertos ao público com entrada paga.»

25. O artigo 10.º da diretiva, com a epígrafe «Limitações dos direitos», dispõe o seguinte:

«1. Os Estados-Membros podem prever limitações aos direitos referidos no presente capítulo nos seguintes casos:

a) Utilização privada;

[...]

2. Sem prejuízo do disposto no n.º 1, os Estados-Membros podem prever, no que respeita à proteção dos artistas intérpretes ou executantes, dos produtores de fonogramas, das organizações de radiodifusão e dos produtores das primeiras fixações de filmes, o mesmo tipo de limitações que a lei estabelece em matéria de proteção do direito de autor para as obras literárias e artísticas.

No entanto, só podem ser previstas licenças obrigatórias se forem compatíveis com a Convenção de Roma.

3. As limitações referidas nos n.ºs 1 e 2 só podem ser aplicadas nos casos especiais em que não haja conflito com uma exploração normal do objeto do direito nem prejuízo injustificado para os legítimos interesses do titular do direito.»

26. O artigo 14.º da diretiva, com a epígrafe «Revogação», prevê:

«É revogada a Diretiva 92/100/CEE, sem prejuízo das obrigações dos Estados-Membros no que respeita aos prazos de transposição das diretivas para o direito interno, que são indicados na Parte B do Anexo I.

As remissões para a diretiva revogada devem entender-se como sendo feitas para a presente diretiva e ler-se de acordo com o quadro de correspondência constante do Anexo II.»

3. Diretiva 2001/29

27. O nono a décimo segundo, décimo quinto, vigésimo terceiro, vigésimo quarto e vigésimo sétimo considerandos da Diretiva 2001/29 dispõem o seguinte:

«9. Qualquer harmonização do direito de autor e direitos conexos deve basear-se num elevado nível de proteção, uma vez que tais direitos são fundamentais para a criação intelectual. A sua proteção contribui para a manutenção e o desenvolvimento da atividade criativa, no interesse dos autores, dos intérpretes ou executantes, dos produtores, dos consumidores, da cultura, da indústria e do público em geral. A propriedade intelectual é pois reconhecida como parte integrante da propriedade.

10. Os autores e os intérpretes ou executantes devem receber uma remuneração adequada pela utilização do seu trabalho, para poderem prosseguir o seu trabalho criativo e artístico, bem como os produtores, para poderem financiar esse trabalho. É considerável o investimento necessário para produzir produtos como fonogramas, filmes ou produtos multimédia, e serviços, como os serviços 'à pedido'. É necessária uma proteção jurídica adequada dos direitos de propriedade intelectual no sentido de garantir tal remuneração e proporcionar um rendimento satisfatório desse investimento.
11. Um sistema rigoroso e eficaz de proteção do direito de autor e direitos conexos constitui um dos principais instrumentos para assegurar os recursos necessários à produção cultural europeia, bem como para garantir independência e dignidade aos criadores e intérpretes.
12. Uma proteção adequada das obras e outros materiais pelo direito de autor e direitos conexos assume igualmente grande relevância do ponto de vista cultural. O artigo 151.º do Tratado exige que a Comunidade tenha em conta os aspetos culturais na sua ação.

[...]

15. A Conferência Diplomática realizada sob os auspícios da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI), em dezembro de 1996, conduziu à aprovação de dois novos tratados, o Tratado da OMPI sobre o Direito de Autor e o Tratado da OMPI sobre Prestações e Fonogramas, que tratam, respetivamente, da proteção dos autores e da proteção dos artistas intérpretes ou executantes e dos produtores de fonogramas. Estes tratados atualizam significativamente a proteção internacional do direito de autor e dos direitos conexos, incluindo no que diz respeito à denominada 'agenda digital', e melhoram os meios de combate contra a pirataria a nível mundial. A Comunidade e a maioria dos seus Estados-Membros assinaram já os tratados e estão em curso os procedimentos para a sua ratificação pela Comunidade e pelos seus Estados-Membros. A presente diretiva destina-se também a dar execução a algumas destas novas obrigações internacionais.

[...]

23. A presente diretiva deverá proceder a uma maior harmonização dos direitos de autor aplicáveis à comunicação de obras ao público. Esses direitos deverão ser entendidos no sentido lato, abrangendo todas as comunicações ao público não presente no local de onde provêm as comunicações. Abrangem ainda qualquer transmissão ou retransmissão de uma obra ao público, por fio ou sem fio, incluindo a radiodifusão, não abrangendo quaisquer outros atos.
24. O direito de colocar à disposição do público materiais contemplados no n.º 2 do artigo 3.º deve entender-se como abrangendo todos os atos de colocação desses materiais à disposição do público não presente no local de onde provêm esses atos de colocação à disposição, não abrangendo quaisquer outros atos.

[...]

27. A mera disponibilização de meios materiais para permitir ou realizar uma comunicação não constitui só por si uma comunicação na aceção da presente diretiva.

[...]»

28. Os n.ºs 1 e 2 do artigo 3.º da Diretiva 2001/29 dispõem:

«1. Os Estados-Membros devem prever a favor dos autores o direito exclusivo de autorizar ou proibir qualquer comunicação ao público das suas obras, por fio ou sem fio, incluindo a sua colocação à disposição do público por forma a torná-las acessíveis a qualquer pessoa a partir do local e no momento por ela escolhido.

2. Os Estados-Membros devem prever que o direito exclusivo de autorização ou proibição de colocação à disposição do público, por fio ou sem fio, por forma a que seja acessível a qualquer pessoa a partir do local e no momento por ela escolhido, cabe:

- a) Aos artistas intérpretes ou executantes, para as fixações das suas prestações;
- b) Aos produtores de fonogramas, para os seus fonogramas;

[...]

- d) Aos organismos de radiodifusão, para as fixações das suas radiodifusões, independentemente de estas serem transmitidas por fio ou sem fio, incluindo por cabo ou satélite.»

C – Direito nacional

29. A lei italiana n.º 633, de 22 de abril de 1941, relativa à proteção dos direitos de autor e de outros direitos ligados ao seu exercício (a seguir «lei relativa à proteção dos direitos de autor») determina no artigo 72.º o seguinte:

«Sem prejuízo dos direitos conferidos ao autor nos termos do Título I, o produtor de fonogramas goza do direito exclusivo, pelo período e nas condições previstas nos artigos seguintes:

- a) de autorizar a reprodução direta ou indireta, temporária ou permanente, dos seus fonogramas, por qualquer meio e sob qualquer forma, no todo ou em parte e seja qual for o método de duplicação;
- b) de autorizar a distribuição de exemplares dos seus fonogramas. O direito exclusivo de distribuição só se esgota no território da Comunidade Europeia quando a primeira venda do suporte que contém o fonograma seja realizada pelo produtor num Estado-Membro ou com o seu consentimento;
- c) de autorizar o aluguer e o comodato de exemplares dos seus fonogramas. Este direito não se esgota com a venda ou distribuição, sob qualquer forma, dos exemplares;
- d) de autorizar a colocação à disposição do público dos seus fonogramas, por forma a que seja acessível a qualquer pessoa, a partir do local e no momento por ela escolhido. Este direito não se esgota com qualquer ato de colocação à disposição do público.»

30. O artigo 73.º da lei relativa à proteção dos direitos de autor (alterado pela última vez pelo artigo 12.º, n.º 1, do Decreto Legislativo n.º 68 de 9 de abril de 2003), estabelece:

«1. O produtor de fonogramas e os artistas intérpretes ou executantes que tenham realizado a interpretação ou execução fixada ou reproduzida nos fonogramas, independentemente dos direitos de distribuição, aluguer e comodato que lhes são conferidos, têm direito a uma remuneração pela utilização com fins lucrativos dos fonogramas através de cinematografia, da difusão radiofónica e televisiva, incluindo a comunicação ao público via satélite, nos eventos públicos com dança, nos estabelecimentos públicos e por ocasião de qualquer outra utilização pública dos fonogramas. O exercício deste direito cabe ao produtor, o qual divide a remuneração com os artistas intérpretes ou executantes interessados [...].»

31. O artigo 73.º-bis da mesma lei (introduzido pelo primeiro parágrafo do artigo 9.º do Decreto Legislativo n.º 685 de 16 de novembro de 1994), dispõe:

«Os artistas intérpretes ou executantes e o produtor dos fonogramas utilizados têm direito a uma remuneração equitativa mesmo quando a utilização prevista no artigo 73.º é efetuada sem fins lucrativos [...].»

III – Matéria de facto, tramitação no órgão jurisdicional nacional e questões prejudiciais

32. A Società Consortile Fonografici (SCF) (a seguir «SCF») é uma sociedade de gestão de direitos de autor em Itália e no estrangeiro. Esta sociedade representa os artistas intérpretes ou executantes e os produtores de fonogramas.

33. Na qualidade de mandatária encarregada de proceder à gestão, cobrança e distribuição dos direitos devidos aos produtores fonográficos seus associados na Itália e no estrangeiro, a SCF exerce, designadamente, as atividades seguintes:

- a) cobrança da remuneração pela utilização, com fins lucrativos, de fonogramas difundidos pela rádio e televisão, incluindo a comunicação ao público via satélite, de cinematografia em eventos públicos com dança, em estabelecimentos públicos e por ocasião de qualquer outra utilização,
- b) cobrança da remuneração pela utilização sem fins lucrativos,
- c) gestão dos direitos de licença para retransmissão dos fonogramas por cabo, e
- d) gestão dos direitos de reprodução dos fonogramas.

34. A SCF procedeu a negociações com a Associazione Dentisti Italiani (associação de dentistas italianos), com vista à celebração de um acordo coletivo destinado a fixar o montante da remuneração equitativa nos termos dos artigos 73.º ou 73.º-bis da lei relativa à proteção dos direitos de autor pela comunicação dos fonogramas, incluindo a efetuada através da difusão, por qualquer meio, em consultórios particulares.

35. Após o fracasso destas negociações, a SCF instaurou no Tribunale di Torino, contra M. Del Corso, médico odontologista, uma ação de declaração de que este difundia fonogramas protegidos no seu consultório particular de odontologia, em Turim, e que essa difusão, enquanto forma de comunicação ao público na aceção da lei italiana relativa à proteção dos direitos de autor, do direito internacional e do direito da União, estava sujeita ao pagamento de uma remuneração equitativa. O montante da remuneração deverá ser fixado num processo separado.

36. M. Del Corso contestou, pedindo que a ação fosse considerada improcedente. O demandado baseou a sua contestação, em primeiro lugar, no facto de a SCF apenas poder invocar os direitos de autor no caso de ele próprio utilizar os fonogramas. No entanto, os fonogramas difundidos no seu consultório eram transmitidos pela rádio. Portanto, o organismo de radiodifusão devia pagar uma remuneração equitativa, mas em contrapartida não era devida qualquer remuneração pela audição da emissão radiofónica. Em segundo lugar, não existia qualquer comunicação ao público, uma vez que um consultório de dentista privado não podia ser qualificado como estabelecimento público. Os clientes só têm acesso ao consultório após a marcação de uma consulta.

37. O Tribunale di Torino julgou a ação improcedente. Baseou a sua decisão no facto de não estar em causa uma comunicação com fins lucrativos e, além disso, no facto de um consultório de dentista ser um local privado e, por conseguinte, não ser um lugar público ou aberto ao público.

38. A SCF interpôs recurso desta decisão no órgão jurisdicional de reenvio. M. Del Corso pediu que fosse negado provimento ao recurso.

39. O Procuratore generale della Repubblica junto da Corte d'appello interveio no processo, solicitando igualmente que fosse negado provimento ao recurso.

40. O órgão jurisdicional de reenvio considera que todas as disposições de direito internacional, de direito da União e de direito nacional contemplam a existência de um direito dos produtores fonográficos receberem uma remuneração pela utilização, para uma comunicação ao público, dos fonogramas por eles realizados. O direito a uma remuneração equitativa por uma nova comunicação ao público não é excluído, nem absorvido, pelo facto de o organismo de radiodifusão já ter pagado uma remuneração equitativa. A autorização concedida a um organismo de radiodifusão pressupõe efetivamente que a emissão radiofónica possa ser desfrutada em privado por quem possua um meio técnico de receção. Porém, a utilização num contexto público, quer por ser efetuada num estabelecimento público ou por ser desfrutada por uma multiplicidade de pessoas mediante um acesso potencial e indiferenciado, gera uma utilidade adicional que, como tal, deve ser remunerada separadamente. No entanto, coloca-se a questão de saber se o conceito de comunicação ao público abrange também a difusão nos consultórios de profissionais particulares, como os dos dentistas, nos quais a visita dos clientes ocorre, em regra, após a marcação prévia de uma consulta, e o programa de rádio é reproduzido independentemente da vontade do cliente.

41. Neste contexto, o órgão jurisdicional de reenvio submeteu as seguintes questões prejudiciais:

- «1) A Convenção de Roma de 26 de outubro de 1961 sobre direitos conexos, o Acordo TRIPS (The Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights) e o Tratado OMPI (WIPO – World Intellectual Property Organization) sobre prestações e fonogramas (WPPT) são imediatamente aplicáveis no ordenamento comunitário?
- 2) As referidas fontes de direito internacional uniforme são também imediatamente vinculativas nas relações privadas?
- 3) As noções de ‘comunicação ao público’ constantes dos referidos textos de direito internacional coincidem com as comunitárias, constantes das Diretivas 92/100/CE e 2001/92/CE e, em caso de resposta negativa, que fonte deve prevalecer?
- 4) A difusão gratuita de fonogramas em consultórios particulares de odontologia, nos quais é exercida uma profissão liberal, destinada aos clientes e por estes fruída independentemente de um ato da sua vontade, constitui ‘comunicação ao público’ ou ‘colocação à disposição do público’ para efeitos de aplicação do artigo 3.º, n.º 2, alínea b), da Diretiva 2001/29/CE?
- 5) Essa difusão dá direito ao recebimento de uma remuneração destinada aos produtores fonográficos?»

IV – Tramitação processual no Tribunal de Justiça

42. O pedido de decisão prejudicial deu entrada na Secretaria do Tribunal de Justiça em 15 de março de 2010.

43. Apresentaram observações escritas a SCF, M. Del Corso, o Governo italiano, a Irlanda e a Comissão.

44. Na audiência conjunta do presente processo e do processo C-162/10, Phonographic Performance, realizada em 7 de abril de 2011, participaram o representante da demandante no processo principal, o representante da SCF, o representante de M. Del Corso, o Governo italiano, a Irlanda, os Governos grego e francês, assim como a Comissão.

V – Observações prévias

45. Com o seu pedido de decisão prejudicial, o órgão jurisdicional de reenvio pretende saber se um dentista, que difunde, no seu consultório, emissões radiofónicas, comunica indiretamente ao público os fonogramas utilizados nessas emissões, e se deve, por este motivo, pagar uma remuneração equitativa.

46. Passarei agora a examinar a quarta e quinta questões prejudiciais, que visam a interpretação de disposições de direito da União. Em seguida, analisarei a primeira, segunda e terceira questões, relativas às disposições de direito internacional.

VI – Quanto à quarta e quinta questões prejudiciais

47. Com a sua quarta e quinta questões prejudiciais, o órgão jurisdicional de reenvio pretende saber se um dentista, que torna audível, na sua sala de espera, um programa de rádio, comunica ao público ou coloca à disposição do mesmo, na aceção do artigo 3.º, n.º 2, alínea b), da Diretiva 2001/29, os fonogramas utilizados na emissão radiofónica, e se deve, por este motivo, pagar uma remuneração equitativa.

A – Principais argumentos das partes

48. Na audiência, todas as partes intervenientes — afastando-se, por vezes, das suas observações escritas — manifestaram a opinião de que a disposição aplicável ao caso em apreço é o artigo 8.º, n.º 2, da Diretiva 2006/115 e da Diretiva 92/100 e não o artigo 3.º da Diretiva 2001/29.

49. A SCF e o *Governo francês* consideram que existe uma comunicação ao público na aceção do artigo 8.º, n.º 2, da Diretiva 2006/115. O conceito de comunicação ao público contido no artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 2001/29 e no artigo 8.º, n.º 2, da Diretiva 2006/115 deve ser objeto de uma interpretação uniforme e concordante em toda a União. Por conseguinte, o acórdão SGAE, proferido a respeito do artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 2001/29, é aplicável ao artigo 8.º, n.º 2, da Diretiva 2006/115. Esta circunstância resulta, antes de mais, da redação e da finalidade das diretivas. Isto não é posto em causa pelo facto de a Diretiva 2006/115 não conter qualquer considerando comparável ao vigésimo terceiro considerando da Diretiva 2001/29, segundo o qual o conceito de comunicação ao público deve ser interpretado em termos amplos. Com efeito, o vigésimo terceiro considerando é redundante a este respeito. A circunstância de em ambas as diretivas se considerar um nível de proteção diferente refere-se à configuração dos direitos e não ao conceito de comunicação ao público. Por outro lado, do facto de o artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 2001/29 conceder um direito exclusivo aos autores e, em contrapartida, o artigo 8.º, n.º 2, da Diretiva 2006/115 conceder apenas um direito económico aos produtores de fonogramas e aos artistas intérpretes ou executantes, não resulta que o conceito de comunicação ao público contido nestas duas disposições tenha de ser interpretado em termos distintos. Além disso, a favor de uma interpretação concordante milita o facto de, no plano do direito internacional, o TPF e o TDA (Tratado sobre o direito de autor) preverem igualmente um conceito concordante de comunicação ao público. De resto, o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça no processo SENA¹⁰ não é aplicável, visto que, neste acórdão, o Tribunal de Justiça limitou-se a abordar a noção de remuneração equitativa. Ademais, da sistemática da Diretiva 2001/29 resulta que os interesses de outras pessoas visadas não podem ser tidos em consideração na interpretação do conceito de comunicação ao público. Por último, o *Governo francês* observa que uma interpretação uniforme do conceito de comunicação ao público se impõe pelo facto de, segundo a Diretiva 2006/116/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2006, relativa ao prazo de proteção do direito de autor e de certos direitos conexos¹¹, este conceito ser relevante para o prazo de proteção do direito de autor e dos direitos conexos.

50. Num caso como o vertente, a SCF e o *Governo francês* consideram que existe uma comunicação ao público.

51. Em primeiro lugar, a SCF salienta que cada dentista tem, em média, um número considerável de pacientes. Além disso, o facto de estes últimos apenas terem acesso ao consultório através da marcação de uma consulta e numa base contratual não se opõe ao carácter público da comunicação.

10 — Acórdão de 6 de fevereiro de 2003, SENA (C-245/00, Colet, p. I-1251).

11 — JO L 372, p. 12.

52. Em segundo lugar, no que diz respeito à questão de saber se a prossecução de um fim lucrativo é condição necessária para a existência de uma comunicação ao público, a SCF refere, antes de mais, que esta questão não foi colocada pelo órgão jurisdicional de reenvio. A título subsidiário, a SCF defende não ser necessário esse fim. Primeiro, a redação do artigo 8.º, n.º 2, da Diretiva 2006/115 não prevê esta circunstância. Além disso, a sistemática da Diretiva 2006/115 e da Diretiva 2001/29 opõem-se a este ponto de vista. Do artigo 5.º da Diretiva 2001/29, o qual, nos termos do artigo 10.º, n.º 2, da Diretiva 2006/115, é igualmente aplicável aos direitos conexos dos produtores de fonogramas e dos artistas intérpretes ou executantes, resulta que a inexistência de um fim lucrativo só é tida em consideração no plano das exceções e limitações, não devendo, por conseguinte, ser tida em conta no âmbito do conceito de comunicação ao público. Ademais, de acordo com a jurisprudência esse fim também não é. Por último, tão-pouco é determinante saber se a comunicação ao público se repercute na escolha do médico dentista pelo paciente. Se se pretender atingir o objetivo de um elevado nível de proteção no que respeita aos direitos de autor, não se pode excluir, *a priori*, a comunicação de fonogramas relacionada com o exercício de profissões liberais do âmbito de proteção dos direitos de propriedade intelectual em causa.

53. Em terceiro lugar, a SCF e o Governo francês alegam que, como utilizador do fonograma, deve considerar-se não os pacientes, mas sim o dentista. Por conseguinte, não é relevante o facto de a comunicação ocorrer independentemente da vontade dos pacientes e de estes não terem, eventualmente, qualquer interesse numa comunicação.

54. *M. Del Corso* considera a quarta e quinta questões prejudiciais inadmissíveis por falta de pertinência. Não foi demonstrado que o recorrido comunicou aos seus pacientes obras fixadas em fonogramas, nem que para tal exigiu o pagamento de uma entrada.

55. Por outro lado, num caso como o vertente, não se verifica a existência nem de uma comunicação ao público, nem de uma colocação à disposição do público. A comunicação ao público de um fonograma só se verifica quando este seja efetivamente comunicado ao público, num local público ou num local aberto ao público, ou quando seja comunicado em espaços privados perante um público de dimensão significativa com entrada paga. Num caso como o vertente, está em falta o carácter público exigido. Em primeiro lugar, os pacientes de um consultório de dentista não constituem um público, uma vez que não têm qualquer dimensão social, económica ou jurídica autónoma. Em segundo lugar, a prestação específica, pessoal e intelectual efetuada pelo dentista numa base contratual está em primeiro plano. Quando, neste contexto, se procede à reprodução de música, não é com isto prosseguido qualquer fim lucrativo. Em terceiro lugar, o dentista, o qual tem também de salvaguardar os direitos da personalidade dos seus pacientes, não pode prestar os seus serviços simultaneamente a vários clientes, pelo que estes não se encontram reunidos no seu consultório ao mesmo tempo. Em quarto lugar, os pacientes não têm de pagar qualquer entrada. Em quinto lugar, os cálculos da SCF relativos ao número de pacientes de um consultório de dentista são incorretos. Também não se verifica a existência de uma colocação à disposição do público. *M. Del Corso* realça ainda que a posição defendida pela SCF teria a consequência de a fruição de uma música em espaços privados por um particular constituir igualmente uma comunicação ao público.

56. Na opinião do *Governo italiano*, deve responder-se negativamente à quarta questão prejudicial. No acórdão SGAE, o Tribunal de Justiça admitiu a existência de uma comunicação ao público na aceção do artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 2001/29. No entanto, no caso em apreço, é aplicável o artigo 8.º, n.º 2, da Diretiva 92/100. Numa situação como a presente, não existe uma comunicação ao público, na aceção da referida disposição. Em primeiro lugar, o consultório de um dentista é de um local privado, onde os pacientes apenas se encontram presentes após a marcação de uma consulta. Contudo, mesmo que não se adote esta abordagem física, mas sim uma abordagem funcional, não se pode, num caso como o vertente, admitir a existência de uma comunicação ao público. Na verdade, não é determinante o número de pessoas presentes ao mesmo tempo no consultório, devendo, com efeito, adotar-se uma perspetiva sucessiva e cumulativa. Porém, é necessário ter em consideração os objetivos prosseguidos pelos pacientes. O público relevante no âmbito da diretiva consiste apenas em pessoas

dispostas a pagar com vista à eventual audição do conteúdo dos fonogramas ou tendo em conta essa possibilidade. Portanto, não se justifica conferir um direito económico aos produtores de fonogramas e aos artistas intérpretes ou executantes, quando a comunicação ao público em si mesma não tem qualquer significado económico. No que diz respeito aos clientes de estabelecimentos hoteleiros deve confirmar-se a existência de um significado económico, uma vez que o acesso a programas de rádio e de televisão faz parte da oferta de serviços do operador hoteleiro, tida em consideração pelos hóspedes do estabelecimento. No entanto, no que se refere aos pacientes de um consultório de dentista, deve negar-se a existência de um significado económico. Embora a comunicação de fonogramas possa tornar mais agradável o tempo de espera dos pacientes no consultório, a mesma não apresenta, porém, qualquer ligação direta ou indireta com o valor da prestação efetuada pelo dentista. Segundo o Governo italiano, não é necessário responder à quinta questão prejudicial, dado que à quarta questão prejudicial deve dada uma resposta negativa.

57. A *Comissão* e a *Irlanda* defendem que o conceito de comunicação ao público na aceção do artigo 8.º, n.º 2, da Diretiva 92/100 não deve ser automaticamente equiparado ao conceito de comunicação ao público contido no artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 2001/29. Pelo contrário, o conceito previsto no artigo 8.º, n.º 2, da Diretiva 2006/115 deve ser interpretado de forma mais estrita, atendendo às diferenças existentes entre ambas as disposições. Em especial, deve ter-se em consideração que o artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 2001/29 confere ao autor um direito exclusivo, ao passo que o artigo 8.º, n.º 2, da Diretiva 92/100 apenas confere ao produtor de fonogramas um direito a uma remuneração equitativa. Além disso, não seria igualmente conforme ao disposto no direito internacional e no direito da União se se concedesse a mesma proteção aos autores e aos produtores de fonogramas.

58. No seu articulado, a *Comissão* começou por observar que o artigo 2.º, alínea g) e o artigo 15.º do TPF devem ser tidos em consideração na interpretação do conceito de comunicação na aceção do artigo 8.º, n.º 2, da Diretiva 2006/115. Por conseguinte, as transmissões indiretas estão igualmente abrangidas e é suficiente que os sons fixados nos fonogramas sejam tornados audíveis. Assim, num caso como o vertente, deve admitir-se a existência de uma comunicação. No entanto, a comunicação não é pública. A jurisprudência desenvolvida pelo Tribunal de Justiça a respeito do artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 2001/29 não pode aplicar-se ao artigo 8.º, n.º 2, da Diretiva 92/100. Pelo contrário, deve ter-se em conta o carácter público ou privado do local da comunicação e o objetivo económico da mesma. Este último aspeto não está presente no caso vertente, visto que um médico é escolhido não de acordo com a atratividade da sua sala de espera, mas sim de acordo com a confiança pessoal, e comunicação não tem qualquer influência sobre a qualidade da prestação efetuada pelo médico.

59. Em contrapartida, na audiência, a *Comissão* defendeu que, num caso como o em apreço, não pode, desde logo, considerar-se a existência de qualquer comunicação. A *Comissão* entende que, no acórdão SGAE/Rafael Hoteles, o Tribunal de Justiça limitou-se a definir o conceito de público da comunicação e não, porém, o conceito de comunicação. Este último deve ser interpretado como o proposto pela advogada-geral J. Kokott nas suas conclusões apresentadas no processo *Football Association*¹². Do vigésimo terceiro considerando da Diretiva 2001/29 é possível concluir que o conceito de comunicação ao público abrange unicamente as pessoas não presentes no local de onde provém a transmissão. Contudo, a transmissão de uma emissão radiofónica através de um aparelho de rádio num consultório de um dentista ocorre perante um público presente no local de origem da transmissão. Isto poderia ser diferente se o sinal comunicado através desse aparelho tivesse sido primeiramente introduzido numa rede.

B – Quanto à admissibilidade das questões prejudiciais

60. A quarta e quinta questões prejudiciais são admissíveis.

12 — Conclusões da advogada-geral J. Kokott apresentadas em 3 de fevereiro de 2011 nos processos ainda pendentes *Football Association Premier League* e o. (C-403/08 e C-429/08).

61. Em primeiro lugar, deve rejeitar-se a objeção apresentada por M. Del Corso de que estas questões são irrelevantes, visto que a comunicação do programa de rádio aos pacientes não ficou demonstrada. Na verdade, resulta do despacho de reenvio que o órgão jurisdicional de reenvio toma como premissa a existência dessa comunicação. Em virtude da relação de cooperação estabelecida entre o órgão jurisdicional de reenvio e o Tribunal de Justiça no âmbito de um processo de decisão prejudicial nos termos do artigo 267.º do TFUE, o Tribunal de Justiça é obrigado a fundar-se nos factos que lhe foram comunicados pelo órgão jurisdicional de reenvio¹³.

62. O facto de, num segundo momento, M. Del Corso invocar que não exige aos seus clientes o pagamento de qualquer entrada para a comunicação dos programas televisivos tão-pouco leva a que as questões prejudiciais sejam irrelevantes. Com efeito, o órgão jurisdicional de reenvio pretende saber, precisamente, se, também nesse caso, do disposto pelo direito da União pode resultar um direito a uma remuneração devida pelo médico dentista.

C – *Apreciação jurídica*

63. A quarta e quinta questões prejudiciais têm como pano de fundo o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça no processo SGAE¹⁴. Neste acórdão, o Tribunal de Justiça esclareceu que um operador hoteleiro que distribui um sinal de televisão através de um aparelho de televisão instalado nos quartos do hotel comunica ao público as obras utilizadas na emissão televisiva na aceção do artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 2001/29. Esta disposição regula o direito exclusivo de um autor de autorizar ou proibir a comunicação das suas obras ao público. No presente litígio, as partes discutem, em especial, a questão de saber se esta jurisprudência, proferida a respeito dos direitos de autor e dos quartos de hotéis, é aplicável aos direitos conexos dos produtores de fonogramas e dos artistas intérpretes ou executantes, quando uma emissão radiofónica, na qual são utilizados fonogramas, é audível num consultório de um dentista. Neste contexto, começarei por analisar a interpretação do artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 2001/29 feita pelo Tribunal de Justiça no processo SGAE (1). De seguida, explicarei qual a disposição de direito da União pertinente no caso vertente (2) e como esta deve ser interpretada (3).

1. Quanto à interpretação do artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 2001/29 pelo Tribunal de Justiça

64. O Tribunal de Justiça justificou a sua decisão de que a distribuição de um sinal através de aparelhos de televisão por um hotel aos clientes instalados nos quartos deste estabelecimento, qualquer que seja a técnica de transmissão do sinal utilizada, constitui um ato de comunicação ao público na aceção do artigo 3.º, n.º 1, desta diretiva, do seguinte modo:

65. O Tribunal de Justiça começou por fazer referência aos considerandos da Diretiva 2001/29. Em primeiro lugar, remeteu para o vigésimo terceiro considerando, segundo o qual o conceito de comunicação ao público deve ser entendido em sentido amplo¹⁵. O Tribunal de Justiça prossegue indicando que só assim será possível atingir o objetivo mencionado nos seus nono e décimo considerandos: instaurar um elevado nível de proteção dos autores e assegurar-lhes uma remuneração adequada pela utilização do seu trabalho¹⁶.

13 — V., neste sentido, acórdãos de 27 de março de 1963, Da Costa en Schaake e o. (28/62 a 30/62, Colet., pp. 233, 237), de 1 de março de 1973, Bollmann (62/72, Colet., p. 145, n.º 4), de 10 de julho de 1997, Palmisani (C-261/95, Colet., p. I-4025, n.º 31), e de 12 de fevereiro de 2008, Kempster (C-2/06, Colet., p. I-411, n.º 41 e seg.).

14 — Já referido na nota 4.

15 — *Ibidem*, n.º 36.

16 — *Ibidem*, n.º 36.

66. Num segundo momento, o Tribunal de Justiça baseou-se na sua jurisprudência proferida a respeito de outras disposições de direito da União¹⁷.

67. Em terceiro lugar, o Tribunal de Justiça teve em conta os efeitos cumulativos que resultam do facto de os clientes do hotel habitualmente se sucederem rapidamente e de a colocação à disposição das obras poder, deste modo, assumir uma importância considerável¹⁸.

68. Em quarto lugar, o Tribunal de Justiça determinou que, segundo o artigo 11.º-bis, n.º 1, alínea ii), da Convenção de Berna revista (a seguir «CBR»), existe uma comunicação ao público autónoma, quando uma emissão efetuada pelo organismo de transmissão de origem seja retransmitida por outro organismo. Assim, através da reprodução da emissão de televisão e de rádio, a obra é comunicada indiretamente a um público novo¹⁹.

69. Em quinto lugar, o Tribunal de Justiça definiu, neste contexto, o carácter público de uma comunicação indireta, remetendo para o Guia da Convenção de Berna elaborado pela OMPI, tendo por base a autorização do autor já emitida. O Tribunal de Justiça especificou que a autorização do autor para a radiodifusão da sua obra toma apenas em consideração os utentes diretos, isto é, os detentores de aparelhos de receção que, individualmente ou na sua esfera privada ou familiar, captam as emissões. No entanto, quando a transmissão se destina a um círculo mais amplo, e por vezes com fins lucrativos, permite-se que uma fração nova do público desfrute da audição ou da visão da obra. A comunicação da emissão por altifalante ou instrumento análogo deixa de ser a mera receção da própria emissão, mas um ato independente através do qual a obra emitida é comunicada a um novo público²⁰.

70. Em sexto lugar, o Tribunal de Justiça afirmou que a clientela de um hotel constitui um público novo. O hotel é o organismo que intervém, com pleno conhecimento das consequências do seu comportamento, para dar acesso à obra protegida aos seus clientes²¹.

71. Em sétimo lugar, o Tribunal de Justiça sublinhou que, para que exista comunicação ao público, é suficiente que a obra seja colocada à disposição do público por forma a que as pessoas que o compõem possam ter acesso a ela²².

72. Em oitavo lugar, o Tribunal de Justiça considerou que a concessão de acesso à obra radiodifundida consiste numa prestação de serviço suplementar realizada com o fim de, através dela, obter um determinado benefício. Num hotel, a prestação deste serviço tem um carácter lucrativo, uma vez que tem uma influência na categoria do hotel e, portanto, no preço dos quartos²³.

73. Em nono lugar, o Tribunal de Justiça esclareceu, porém de forma limitada, que a mera disponibilização de meios materiais não constitui, por si só, uma comunicação na aceção do artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 2001/29. Ao contrário, a distribuição de um sinal através de aparelhos de televisão por um hotel aos clientes instalados nos quartos deste estabelecimento, qualquer que seja a técnica de transmissão do sinal utilizado, constitui um ato de comunicação ao público na aceção daquele artigo²⁴.

17 — *Ibidem*, n.º 37. Neste contexto, o Tribunal de Justiça baseou-se, primeiramente, no acórdão de 2 de junho de 2005, *Mediakabel* (C-89/04, Colet., p. I-4891, n.º 30), no qual, em conjugação com o artigo 1.º, alínea a), da Diretiva 89/552/CEE, do Conselho, de 3 de outubro de 1989, relativa à coordenação de certas disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros relativas ao exercício de atividades de radiodifusão televisiva (JO L 298, p. 23), interpretou o conceito de receção de um serviço de radiodifusão televisiva pelo grande público no sentido de que está em causa a receção por um número indeterminado de espectadores potenciais. O Tribunal de Justiça referiu-se ainda ao seu acórdão de 14 de julho de 2005, *Lagardère Active Broadcast* (C-192/04, Colet., p. I-7199, n.º 31), no qual, em conjugação com o artigo 1.º, n.º 2, alínea a), da Diretiva 93/83/CEE do Conselho, de 27 de setembro de 1993, relativa à coordenação de determinadas disposições em matéria de direito de autor e direitos conexos aplicáveis à radiodifusão por satélite e à retransmissão por cabo (JO L 248, p. 15), interpretou a comunicação ao público por satélite no sentido de que está em causa a comunicação a um número indeterminado de telespectadores potenciais.

18 — *Ibidem*, n.ºs 38. e seg..

19 — *Ibidem*, n.º 40.

20 — *Ibidem*, n.º 41.

21 — *Ibidem*, n.º 42.

22 — *Ibidem*, n.º 43.

23 — *Ibidem*, n.º 44.

24 — *Ibidem*, n.ºs 45 e segs.

2. Quanto à norma jurídica aplicável no caso vertente

74. Na sua quarta questão prejudicial, o órgão jurisdicional de reenvio faz referência ao artigo 3.º, n.º 2, alínea b), da Diretiva 2001/29. Esta disposição é irrelevante no caso vertente. As alíneas a) e b) do n.º 2 do artigo 3.º da Diretiva 2001/29 não são aplicáveis, visto que esta disposição regula simplesmente o caso da colocação à disposição, em que os fonogramas ou as execuções e representações são tornadas acessíveis a qualquer pessoa a partir do local e no momento por ela escolhido. No caso da transmissão de um programa de rádio, esta situação não se verifica. Por razões de exaustividade, gostaria de salientar que o artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 2001/29 também não é aplicável, visto que, no caso em apreço, não estão em causa obras protegidas pelos direitos de autor, mas sim os direitos conexos dos produtores de fonogramas e dos artistas intérpretes ou executantes.

75. Pelo contrário, o artigo 8.º, n.º 2, da Diretiva 92/100 e o artigo 8.º, n.º 2, da Diretiva 2006/115 são aplicáveis. Estas disposições determinam que os Estados-Membros devem prever um direito que garanta não só o pagamento de uma remuneração equitativa única pelos utilizadores que usem fonogramas publicados com fins comerciais ou suas reproduções em emissões radiodifundidas por ondas radioelétricas ou em qualquer tipo de comunicações ao público, mas também a partilha de tal remuneração pelos artistas intérpretes ou executantes e pelos produtores dos fonogramas assim utilizados.

76. Uma vez que o Tribunal de Justiça deve proporcionar ao órgão jurisdicional de reenvio todos os elementos necessários para decidir o litígio no processo principal²⁵, em seguida, analisarei a interpretação destas disposições aplicáveis. De resto, dado que a Diretiva 92/100 se encontra consolidada na Diretiva 2006/115 e o artigo 8.º, n.º 2 é idêntico em ambas as diretivas, abordarei simplesmente o artigo 8.º, n.º 2, da Diretiva 2006/115, e o que será dito aplica-se *mutatis mutandis* igualmente ao artigo 8.º, n.º 2, da Diretiva 92/100. Além disso, também por uma questão de simplificação, terei apenas em consideração o caso dos fonogramas publicados com fins comerciais, sendo a respetiva análise igualmente válida, *mutatis mutandis*, para a reprodução desses fonogramas.

3. Quanto à interpretação do artigo 8.º, n.º 2, da Diretiva 2006/115

77. Antes de mais, gostaria de clarificar que as condições enunciadas no artigo 8.º, n.º 2, da Diretiva 2006/115 são conceitos autónomos do direito da União (a), que têm de ser interpretados respeitando o contexto jurídico-internacional em que estão inseridos (b). De seguida, abordarei o conceito de comunicação ao público (c), bem como as restantes condições do artigo 8.º, n.º 2, da Diretiva 2006/115 (d).

a) Conceitos autónomos do direito da União

78. Os conceitos referidos no artigo 8.º, n.º 2, da diretiva, na ausência de remissão para a legislação dos Estados-Membros, são conceitos autónomos do direito da União. No interesse de uma interpretação uniforme do direito da União em todos os Estados-Membros e tendo em conta o princípio da igualdade em toda a União, estes conceitos devem ser interpretados de modo uniforme²⁶. Só assim será possível atingir o objetivo referido no sexto considerando da Diretiva 2006/115, de facilitar o exercício das atividades criativas, artísticas e empresariais mediante a existência de uma proteção legal harmonizada na Comunidade.

25 — Acórdãos de 18 de janeiro de 2001, Stockholm Lindöpark (C-150/99, Colet., p. I-493, n.º 38), e de 18 de junho de 2009, Stadeco (C-566/07, Colet., p. I-5295, n.º 43).

26 — Acórdão SGAE (já referido na nota 4, n.º 31).

79. No entanto, em determinados casos, apesar da existência de um conceito autónomo do direito da União, é apenas possível proceder-se a uma harmonização muito limitada, pelo que o grau de regulamentação do conceito é muito reduzido. Nesses casos, o direito da União define apenas um quadro regulamentar alargado que deve ser completado pelos Estados-Membros²⁷. O Tribunal de Justiça partiu deste princípio no que se refere ao conceito de equidade da remuneração na aceção do artigo 8.º, n.º 2, da Diretiva 2006/115²⁸. Contudo, uma vez que a avaliação do grau de regulamentação de um conceito deve ser efetuada separadamente para cada conceito referido numa disposição, não é possível retirar daqui quaisquer conclusões no que respeita aos restantes conceitos utilizados no artigo 8.º, n.º 2, da Diretiva 2006/115.

b) Contexto do direito internacional e do direito da União

80. Importa ainda notar que a disposição relativa ao direito a uma remuneração equitativa prevista no artigo 8.º, n.º 2, da Diretiva 2006/115 deve ser interpretada tendo em conta o contexto jurídico-internacional em que se insere.

81. Com efeito, o direito a uma remuneração equitativa é regulado, a nível jurídico-internacional, no artigo 12.º da Convenção de Roma e no artigo 15.º do TPF. Por conseguinte, o artigo 8.º, n.º 2, da Diretiva 2006/115 deve ser interpretado à luz destas normas de direito internacional.

82. No que diz respeito ao TPF, tal resulta, desde logo, do facto de a própria União ser parte contratante do tratado. Segundo jurisprudência constante, os textos de direito da União devem ser interpretados à luz de um tratado internacional, em especial quando a União é parte contratante e quando os referidos textos de direito da União têm por objetivo dar cumprimento ao tratado²⁹.

83. No que diz respeito à Convenção de Roma, importa precisar que a UE, em si mesma, não é parte contratante desta convenção. No entanto, do sétimo considerando da Diretiva 2006/115, segundo o qual não se deve proceder a qualquer harmonização que implique que as legislações entrem em conflito com a Convenção de Roma, resulta que as disposições desta convenção devem ser tidas em consideração.

c) Quanto ao conceito de comunicação ao público

84. Atendendo à sua redação, o conceito de comunicação ao público pode distinguir-se através de dois elementos. Em primeiro lugar, tem de se verificar a existência de uma comunicação. Em segundo lugar, essa comunicação deve ter um carácter público.

i) Quanto ao conceito de comunicação

85. De facto, a Diretiva 2006/115 não define expressamente o que se deve entender por uma comunicação na aceção do seu artigo 8.º, n.º 2. Da redação e do contexto desta disposição podem, todavia, retirar-se indicações sobre como se deve interpretar este conceito.

27 — Acórdão de 6 de fevereiro de 2003, SENA (C-245/00, Colet., p. I-1251, n.º 34).

28 — *Ibidem*, n.ºs 34 a 38.

29 — Acórdãos de 10 de setembro de 1996, Comissão/Alemanha (C-61/94, Colet., p. I-3989, n.º 52) e SGAE (já referido na nota 4, n.º 35). V., a este respeito, Rosenkranz, F., «Die völkerrechtliche Auslegung des EG-Sekundärrechts dargestellt am Beispiel der Urheberrechts», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2007, pp. 238 e segs., 239 e segs.

86. Como já exposto anteriormente³⁰, para a interpretação do conceito de comunicação contido neste artigo deve ter-se em consideração o disposto no artigo 12.º da Convenção de Roma e no artigo 15.º do TPF. Para efeitos do conceito de comunicação, são particularmente relevantes o artigo 15.º, n.º 1, em conjugação com o artigo 2.º, alínea g), do TPF. O artigo 15.º, n.º 1, prevê que os artistas intérpretes ou executantes e os produtores de fonogramas gozam do direito a uma remuneração equitativa e única pela utilização direta ou indireta dos fonogramas para radiodifusão ou para qualquer comunicação ao público. No artigo 2.º, alínea g), do TPF, o conceito de comunicação ao público de um fonograma é definido como a comunicação ao público por qualquer meio, com exceção da emissão de radiodifusão, de sons ou da representação de sons fixados num fonograma. Neste artigo precisa-se ainda que para que se verifique a existência de uma comunicação ao público na aceção do artigo 15.º do TPF basta que os sons fixados num fonograma sejam tornados audíveis ou representados.

87. Desta análise podem, pois, retirar-se as seguintes conclusões relativamente ao conceito de comunicação na aceção do artigo 8.º, n.º 2, da Diretiva 2006/115:

88. Em primeiro lugar, o artigo 8.º, n.º 2, da Diretiva 2006/115 abrange tanto as comunicações diretas, como as indiretas. Neste sentido apontam, antes de mais, a redação aberta e a génese desta disposição. Com efeito, também da génese da Diretiva 92/100 resulta que uma maior concretização do conceito de comunicação através da inclusão da expressão «direta ou indireta» foi considerada desnecessária, uma vez que ao utilizar o conceito de comunicação é evidente que as comunicações indiretas estão igualmente abrangidas³¹. A favor de uma interpretação neste sentido milita, desde a sua entrada em vigor, agora igualmente o artigo 15.º do TPF, segundo o qual deve existir igualmente um direito em relação às transmissões indiretas³².

89. Em segundo lugar, para a existência de uma comunicação é suficiente que os sons fixados num fonograma sejam tornados audíveis. A questão de saber se um cliente ouviu efetivamente os sons não é relevante. Neste sentido aponta, antes de mais, o artigo 2.º, alínea g), do TPF que se baseia na operação de tornar os sons audíveis. Além disso, à luz do objeto e finalidade da Diretiva 2006/115, deve ser suficiente que o cliente tenha a possibilidade prática e jurídica de gozo dos fonogramas³³. Esta interpretação tem também o mérito de estar em consonância, neste ponto, com a interpretação do conceito de comunicação ao público na aceção do artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 2001/29.

90. Adotando-se esta abordagem, existem vários fatores que apontam para uma interpretação do conceito de comunicação contido no artigo 8.º, n.º 2, da Diretiva 2006/115 no sentido de que, num caso como o vertente, um dentista que, no seu consultório, torna audíveis para os seus pacientes, através de um rádio, emissões radiofónicas, comunica indiretamente os fonogramas utilizados nessas emissões.

91. Neste contexto, a Comissão alega que o conceito de comunicação ao público na aceção do artigo 8.º, n.º 2, da Diretiva 2006/115 não pode, em princípio, ser objeto de uma interpretação mais ampla do que o conceito de comunicação ao público contido no artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 2001/29. Deve tomar-se em consideração que o legislador da União pretendeu consagrar um nível de proteção mais elevado para os direitos de autor do que para os direitos conexos dos produtores de fonogramas e dos artistas intérpretes ou executantes, sendo, portanto, contrário à lógica do sistema conceder aos produtores de fonogramas e aos artistas intérpretes ou executantes, ao abrigo do artigo 8.º, n.º 2, da Diretiva 2006/115, direitos mais amplos do que aos autores ao abrigo do artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 2001/29.

30 — V. n.ºs 80 e segs. destas conclusões.

31 — Reinbothe, J., Lewinski, S., *The E.C. Directive on Rental and Lending Rights and on Piracy*, Sweet & Maxwell 1993, p. 97.

32 — O artigo 12.º da Convenção de Roma prevê esse direito apenas relativamente às transmissões diretas. As partes contratantes do TPF foram, a este respeito, deliberadamente além do disposto pela Convenção de Roma.

33 — V., neste contexto, o n.º 67 das conclusões da advogada-geral E. Sharpston apresentadas em 13 de julho de 2006 no processo SGAE (acórdão já referido na nota 4), bem como o n.º 22 das conclusões do advogado-geral A. La Pergola apresentadas em 9 de setembro de 1999 no processo Egeda (acórdão de 3 de fevereiro de 2000, C-293/98, Colet., p. I-629).

92. Por conseguinte, colocam-se as questões de saber se o vigésimo terceiro e vigésimo sétimo considerando da Diretiva 2001/29 devem ser tidos em consideração na interpretação do conceito de comunicação ao público na aceção do artigo 8.º, n.º 2, da Diretiva 2006/115 e se isto implica que, num caso como o vertente, não exista qualquer comunicação na aceção do artigo 8.º, n.º 2, da Diretiva 2006/115.

– Tomada em consideração do vigésimo sétimo considerando da Diretiva 2001/29

93. Antes de mais, coloca-se a questão de saber se, tendo em conta o vigésimo sétimo considerando da Diretiva 2001/29, num caso como o vertente se pode negar a existência de uma comunicação.

94. De acordo com este considerando, a mera disponibilização de meios materiais para permitir ou realizar uma comunicação não constitui só por si uma comunicação. Este considerando deve ser apreciado em conjugação com a declaração acordada entre as partes contratantes relativa ao artigo 8.º do TDA. Segundo esta declaração, a disponibilização das condições materiais para permitir uma comunicação não constitui por si só uma comunicação na aceção do TDA ou da Convenção de Berna.

95. Na minha opinião, isto não pode ser entendido no sentido de que, num caso como o em apreço, não existe qualquer comunicação na aceção do artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 2001/29 ou do artigo 8.º, n.º 2, da Diretiva 2006/115³⁴. Pelo contrário, parece-me que se deve entender que as pessoas que colocam à disposição equipamentos de reprodução, sem terem, ao mesmo tempo, controlo sobre o acesso às obras protegidas pelos direitos de autor, não efetuam ainda, com isso, qualquer comunicação ao público. É, por exemplo, o que acontece quando os aparelhos de televisão e de rádio são vendidos ou locados ou quando um fornecedor de acesso à Internet se limita a disponibilizar o acesso a este meio. Contudo, num caso como o vertente, o dentista não se limita simplesmente a colocar à disposição os equipamentos de reprodução. Pelo contrário, o próprio dentista torna audíveis para os seus pacientes as emissões radiofónicas e, assim, indiretamente os fonogramas utilizados nessas emissões.

96. Por conseguinte, o vigésimo sétimo considerando da Diretiva 2001/29 não se opõe, num caso como o vertente, à existência de uma comunicação na aceção do artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 2001/29 e do artigo 8.º, n.º 2, da Diretiva 2006/115.

– Tomada em consideração do vigésimo terceiro considerando da Diretiva 2001/29

97. De acordo com o vigésimo terceiro considerando da Diretiva 2001/29, o direito de comunicação ao público deve ser entendido no sentido de que abrange todas as comunicações ao público não presente no local de onde provêm as comunicações.

98. Na audiência (contrariamente às suas observações escritas apresentadas anteriormente), a Comissão alegou que, tendo em conta este considerando, num caso como o vertente, subsistem dúvidas quanto à existência de uma comunicação. Neste contexto, a Comissão remeteu para as conclusões apresentadas pela advogada-geral J. Kokott nos processos *Football Association Premier League* e o.³⁵, nas quais a advogada-geral, referindo-se a este considerando, defendeu que a receção de uma emissão televisiva através de um aparelho recetor não constitui uma comunicação na aceção do artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 2001/29. Apenas se verifica a existência de uma comunicação quando se procede a uma retransmissão autónoma da emissão de origem, como sucede, por exemplo, quando o sinal de origem de uma emissão é recebido e transmitido através de um distribuidor para diferentes aparelhos³⁶. Tendo em conta o que precede, a Comissão considera agora que, no acórdão SGAE, o próprio Tribunal de Justiça analisou unicamente o elemento relativo ao carácter público da comunicação e não o elemento relativo à comunicação.

99. Esta argumentação não pode ser acolhida.

34 — Neste sentido, também Ullrich, J. N., «Die 'öffentliche Wiedergabe' von Rundfunksendungen in Hotels nach dem Urteil 'SGAE' des EuGH (Rs. C-306/05)», *Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht* 2008, pp. 112 e segs., 117 e segs.

35 — Já referidas na nota 12.

36 — *Ibidem*, n.ºs 127 a 147.

100. Com efeito, o vigésimo terceiro considerando da Diretiva 2001/29 não permite concluir que, num caso como o vertente, não existe uma comunicação na aceção do artigo 3.º, n.º 1, da referida diretiva.

101. Diversamente do que a Comissão afirma, no acórdão SGAE o Tribunal de Justiça não se limitou à interpretação do elemento relativo ao carácter público da comunicação. Pelo contrário, neste acórdão, o Tribunal de Justiça esclareceu que, para se admitir que se verificou uma comunicação na aceção do artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 2001/29, basta que, através da distribuição de um sinal por meio de um aparelho de televisão, seja dado acesso a uma obra. Com efeito, o Tribunal de Justiça precisou expressamente que uma comunicação ao público existe qualquer que seja a técnica de transmissão do sinal utilizada³⁷. A meu ver, esta precisão só pode ser entendida no sentido de que para a existência de uma comunicação é indiferente que os aparelhos de televisão captem eles próprios a emissão ou que haja previamente lugar a uma nova distribuição do sinal ao aparelho de televisão distinta da emissão de origem.

102. Assim, relativamente à interpretação do conceito de comunicação, estão em confronto duas abordagens incompatíveis entre si. A defendida pelo Tribunal de Justiça dá uma maior ênfase, independentemente dos pormenores técnicos, ao objetivo de uma proteção adequada dos autores e deve, por conseguinte, ser designada seguidamente por abordagem funcional. Em contrapartida, a abordagem invocada pela Comissão concentra-se na questão de saber se houve lugar a uma retransmissão do sinal ou se se trata de um aparelho recetor. Uma vez que esta abordagem tem em conta os pormenores técnicos, deve, em seguida, ser designada por abordagem técnica.

103. Considero existirem fortes razões a favor da abordagem funcional aplicada pelo Tribunal de Justiça.

104. Em primeiro lugar, no sentido de uma abordagem funcional aponta o objetivo de uma proteção adequada dos direitos de autor e dos direitos conexos, expresso no nono e décimo considerandos da Diretiva 2001/29 e no quinto, décimo segundo e décimo terceiro considerandos da Diretiva 2006/115. Se se tiver em consideração este objetivo, parece-me ser mais convincente apurar qual o círculo de beneficiários abrangido pela autorização e pela remuneração equitativa.

105. Em segundo lugar, contra a abordagem funcional não é possível objetar que esta não é imposta pelo direito internacional. Embora a nível jurídico-internacional não se tenha estabelecido qualquer acordo a respeito do carácter vinculativo deste critério³⁸, esta circunstância não se opõe à aplicação do mesmo a nível do direito da União. Com efeito, as normas de direito internacional relevantes preveem simplesmente uma proteção mínima para os direitos de autor e os direitos conexos, estando as partes contratantes autorizadas a ir além dessa proteção. Além disso, neste contexto, há que salientar que, embora os tratados internacionais não imponham às partes contratantes, de forma vinculativa, a aplicação de uma abordagem funcional, no entanto, essa aplicação é sugerida em documentos interpretativos sem carácter vinculativo, como o Guia elaborado pela OMPI³⁹.

106. Em terceiro lugar, contrariamente ao que sustenta a Comissão, do vigésimo terceiro considerando da Diretiva 2001/29 e da sua génese não me é possível extrair com suficiente segurança a conclusão de que o legislador da União pretendeu excluir a comunicação ao público de uma emissão de radiodifusão através de aparelhos recetores do conceito de comunicação na aceção do artigo 3.º da diretiva.

37 — V. a exposição do acórdão nos n.ºs 65 a 73 destas conclusões.

38 — V. n.º 50 das conclusões da advogada-geral E. Sharpston apresentadas no processo SGAE (já referido na nota 4).

39 — Acórdão SGAE/Rafael Hoteles (já referido na nota 4, n.º 41).

107. No âmbito do processo legislativo, o Parlamento Europeu propôs que se esclarecesse neste considerando que o direito a uma comunicação ao público não se estende às execuções e representações diretas. A Comissão aceitou esta sugestão na sua proposta alterada. Embora o Conselho tenha apoiado, em termos de conteúdo, essa sugestão, decidiu, porém, não mencionar o conceito de execução direta, dado que, deste modo, na falta de uma definição uniforme, poder-se-ia criar uma situação de incerteza jurídica. Em vez disso, o Conselho preferiu clarificar a dimensão real do conceito de comunicação ao público na aceção do artigo 3.º da Diretiva 2001/29⁴⁰.

108. O objetivo do vigésimo terceiro considerando consiste, portanto, em excluir as execuções e representações diretas do conceito de comunicação ao público, sem utilizar estes termos. Como resulta da formulação deste considerando, o legislador da União procurou alcançar esse objetivo excluindo uma parte das pessoas do conceito de público relevante, nomeadamente, a parte presente no local de onde provêm as comunicações⁴¹. Deste modo, está em causa, a ausência do público do local de onde provêm as comunicações e não, ao contrário, os aspetos técnicos.

109. Por conseguinte, do objetivo prosseguido pelo legislador da União com o vigésimo terceiro considerando e da formulação deste último é possível concluir que o legislador da União pretendeu simplesmente limitar o círculo das pessoas consideradas como público e não, porém, o conceito de comunicação.

110. Em resumo, cabe concluir que nem no vigésimo terceiro considerando, nem na génese da diretiva se encontra um fundamento suficientemente seguro para que o conceito de comunicação contido no artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 2001/29 se deva limitar, do ponto de vista técnico, aos casos em que ocorre uma transmissão do sinal a um televisor ou rádio distinta da emissão de origem, e para que a receção direta através de aparelhos de televisão ou de rádio deva ser excluída deste conceito.

– Conclusão intercalar

111. Como conclusão intercalar, importa reter que um dentista, num caso em que torna audível no seu consultório, através de um aparelho de rádio, uma emissão radiofónica, comunica indiretamente, na aceção do artigo 8.º, n.º 2, da Diretiva 2006/115, os fonogramas utilizados nessa emissão.

ii) Quanto ao conceito de público

112. A Diretiva 2006/115 tão-pouco define o que se deve entender pelo carácter público da comunicação.

113. Diversamente do que sucede com a definição do conceito de comunicação, no tocante ao conceito de público, a definição legal de comunicação ao público contida no artigo 2.º, alínea g), do TPF não é mais esclarecedora. De facto, neste artigo, o elemento a definir relativo ao carácter público da comunicação não se encontra concretizado na parte que define o conceito de comunicação. Pelo contrário, este artigo refere unicamente que os sons devem ser tornados audíveis para o público, pelo que a definição legal se mostra, a este respeito, desprovida de substância.

40 — V. Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu nos termos do n.º 2, segundo parágrafo, do artigo 251.º do Tratado CE, respeitante à posição comum adotada pelo Conselho tendo em vista a adoção da diretiva do Parlamento europeu e do Conselho relativa à harmonização de certos aspetos do direito de autor e dos direitos conexos na Sociedade da Informação, SEC/2000/1734 final.

41 — Walter, M., Lewinsky, S., *European Copyright Law*, Oxford University Press 2010, p. 981.

114. No entanto, neste contexto, é possível remeter para a jurisprudência do Tribunal de Justiça acima referida relativa à interpretação do conceito de comunicação ao público na aceção do artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 2001/29⁴². Como expliquei nas conclusões que nesta mesma data apresentei no processo *Phonographic Performance*, o conceito de público contido no artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 2001/29 e no artigo 8.º, n.º 2, da Diretiva 2006/115 deve, em princípio, ser interpretado de forma concordante. Por conseguinte, neste ponto, remeto para as considerações correspondentes efetuadas nos n.ºs 96 a 111 dessas conclusões.

115. Aplicando-se estes critérios desenvolvidos pelo Tribunal de Justiça no processo *SGAE*, existem vários fatores que apontam para a existência, também num caso como o presente, de uma comunicação ao público. Com efeito, também num caso como o vertente, quando a emissão radiofónica é tornada audível os fonogramas são indiretamente comunicados a um público novo. Embora os pacientes se encontrem menos tempo numa sala de espera de um consultório de dentista, a sua permanência sucede-se, todavia, mais rapidamente do que nos quartos de hotéis, pelo que também neste caso se deve partir do princípio da existência de um efeito sucessivo e cumulativo, que conduz a uma colocação à disposição dos fonogramas de importância considerável.

116. No entanto, coloca-se também neste contexto a questão de saber se, com base nas razões acima referidas, o conceito de comunicação ao público, na aceção do artigo 8.º, n.º 2, da Diretiva 2006/115, deve ser interpretado, atendendo ao vigésimo terceiro considerando da Diretiva 2001/29, no sentido de que, num caso como o presente, não existe uma comunicação ao público. Como foi anteriormente referido, no vigésimo terceiro considerando da Diretiva 2001/29, o legislador da União quis excluir, do círculo de pessoas que deve ser considerado como público na aceção do artigo 3.º, n.º 1, da diretiva, as pessoas presentes no local de onde provêm as comunicações. Com isso pretendia-se conseguir que não entrassem no conceito de comunicação ao público as execuções e representações diretas⁴³.

117. Remetendo para as conclusões da advogada-geral J. Kokott apresentadas nos processos *Football Association Premier League e o.*, a Comissão defende, relativamente ao conceito de público, a exclusão do círculo de pessoas presente no local onde se encontra um aparelho recetor de televisão. Com efeito, no caso de um aparelho recetor de televisão, o local de proveniência da comunicação é o local onde se encontra o televisor⁴⁴.

118. Esta argumentação não pode ser acolhida.

119. Em primeiro lugar, este ponto de vista é incompatível com a abordagem desenvolvida pelo Tribunal de Justiça no acórdão *SGAE*. Efetivamente, deste acórdão é possível inferir que, também no caso de um aparelho recetor de televisão, o local de proveniência da comunicação não é o local onde se encontra o televisor⁴⁵.

120. A abordagem do Tribunal de Justiça tem a seu favor igualmente os melhores argumentos. Com efeito, a referência ao local de proveniência da comunicação feita no vigésimo terceiro considerando da Diretiva 2001/29 não pode ser entendida no sentido de que, tratando-se de aparelhos recetores de televisão, esse local é aquele onde se encontra o televisor.

121. A compreensão natural do termo «proveniência» indica, antes de mais, que por este termo não se entende o local onde ocorre finalmente a comunicação.

42 — V. n.ºs 65 a 73 destas conclusões.

43 — V. n.ºs 106 a 109 destas conclusões.

44 — V. n.ºs 144 e 146 das conclusões da advogada-geral J. Kokott apresentadas nos processos *Football Association Premier League e o.* (já referidas na nota 12).

45 — Caso contrário, no caso de um aparelho recetor de televisão, não poderia existir qualquer comunicação ao público, o que, todavia, o Tribunal de Justiça parece ter admitido nesse caso.

122. Além disso, a favor desse entendimento milita a já referida génese da diretiva. De facto, com a precisão contida no vigésimo terceiro considerando, o legislador nacional tinha por objetivo que a execução e representação públicas não fossem abrangidas pelo conceito de comunicação ao público⁴⁶. Este objetivo é alcançado se o público, que não apresenta qualquer distância física em relação à execução ou representação de origem da obra, for excluído do conceito de comunicação ao público⁴⁷. Porém, os ouvintes de um programa de rádio dispõem dessa distância física.

123. Além disso, a conjugação do vigésimo terceiro com o vigésimo quarto considerando da Diretiva 2001/29 opõe-se a uma abordagem segundo a qual, no caso de um aparelho recetor, o local de proveniência da comunicação é o local onde se encontra esse aparelho. Com efeito, de acordo com o vigésimo quarto considerando, o direito de colocar à disposição do público previsto nos termos do artigo 3.º, n.º 2, da Diretiva 2001/29 deve entender-se no sentido de que abrange todos os atos de colocação à disposição do público não presente no local de onde provêm esses atos de colocação à disposição. Neste contexto, se pelo local de onde provém a colocação à disposição se entender igualmente o local onde se encontra o aparelho que reproduziu por último o fonograma, então o artigo 3.º, n.º 2, da diretiva fica seriamente privado do seu efeito útil, pois, em muitos casos, este trata-se de um aparelho utilizado em agregados familiares privados. Por conseguinte, afigura-se-me ser mais convincente interpretar o vigésimo terceiro e também o vigésimo quarto considerando no sentido de que apenas o público da representação ou da execução direta considerado presente no local de proveniência da comunicação é excluído do conceito de comunicação previsto no artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 2001/29.

124. Ademais, contra a abordagem segundo a qual o local de proveniência da comunicação, no caso de um aparelho recetor de rádio, é o local onde este aparelho se encontra, aponta o facto de esta abordagem conduzir a resultados incoerentes. Com efeito, de acordo com esta abordagem, num caso de um bar onde tivessem sido instalados um grande número de aparelhos recetores de rádio, não existiria qualquer comunicação na aceção do artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 2001/29. Em contrapartida, se neste bar tivessem sido disponibilizados somente dois aparelhos de rádio para os quais seria comunicado um sinal através de um aparelho instalado na cave do edifício, existiria uma comunicação na aceção do artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 2001/29. Parece-me improvável que o legislador da União tenha pretendido permitir um resultado tão incoerente.

125. Num caso como o presente, o local de onde provém a comunicação na aceção do artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 2001/29 é, portanto, o local onde a representação ou execução de origem foi registada nos fonogramas.

126. Por conseguinte, a objeção levantada pela Comissão deve ser rejeitada, desde logo, pelo facto de, pelos motivos acima referidos, do vigésimo terceiro considerando não ser possível deduzir que o público de um aparelho recetor de televisão não pode ser tido em consideração, nos termos do disposto no artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 2001/29.

127. Se o Tribunal de Justiça, afastando-se da jurisprudência que firmou até ao momento, interpretar o conceito de comunicação ao público previsto no artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 2001/29 no sentido de que não abrange uma comunicação feita perante o público de um aparelho recetor, então a objeção levantada pela Comissão deverá ser rejeitada, em segundo lugar, pelo facto de essa abordagem não poder ser aplicada ao conceito de comunicação na aceção do artigo 8.º, n.º 2, da Diretiva 2006/115. Com efeito, o conceito de comunicação na aceção do artigo 8.º, n.º 2, da Diretiva 2006/115 tem de ser interpretado à luz

46 — V. n.ºs 104 e seg. destas conclusões.

47 — Reinbothe, J., «Die EG-Richtlinie zum Urheberrecht in der Informationsgesellschaft», *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil* 2001, pp. 733 e segs., 736.

do artigo 15.º em conjugação com o artigo 2.º, alínea g), do TPF. Segundo estes preceitos, verifica-se a existência de uma comunicação quando os sons fixados num fonograma são tornados audíveis pelo público. Deste modo, pelo menos o conceito de comunicação na aceção do artigo 8.º, n.º 2, da Diretiva 2006/115 abrange igualmente o público presente no local da comunicação⁴⁸.

128. Portanto, o vigésimo terceiro considerando da Diretiva 2001/29 não exige qualquer interpretação do conceito de público da comunicação, para efeitos do artigo 8.º, n.º 2, da Diretiva 2006/115, no sentido de que, no caso dos aparelhos recetores de rádio, o público presente no local onde se encontra o aparelho de rádio não é tido em consideração.

iii) Quanto às restantes objeções

129. As restantes objeções feitas pelas partes também não têm fundamento.

– Quanto à necessidade de uma entrada paga

130. Antes de mais, a existência de uma comunicação ao público na aceção do artigo 8.º, n.º 2, da Diretiva 2006/115 não depende do pagamento de uma entrada. Em primeiro lugar, nada na redação do artigo 8.º, n.º 2, da Diretiva indica tal condição. Em segundo lugar, a tal se opõe a relação sistemática com o artigo 8.º, n.º 3, da diretiva. Esta disposição prevê, relativamente aos organismos de radiodifusão, um direito exclusivo de permitir ou proibir uma comunicação ao público das suas emissões, se essa comunicação for realizada em locais abertos ao público com entrada paga. Do facto de esta disposição exigir cumulativamente tanto a existência de uma comunicação ao público, como a comunicação em locais abertos ao público com entrada paga, pode inferir-se, *a contrario*, que a existência de uma comunicação ao público não pressupõe um local aberto ao público, nem o pagamento de uma entrada.

– Quanto ao fim lucrativo

131. Além disso, não se me afiguram convincentes as objeções de que não existe uma comunicação ao público, visto que, no caso vertente, em primeiro plano está a prestação do dentista e não a comunicação dos fonogramas e visto que o dentista agiu sem fins lucrativos.

132. Primeiro, para a existência de uma comunicação ao público não é relevante que o utilizador prossiga com isso um fim lucrativo.

133. Antes de mais, o conceito de comunicação ao público não sugere que o fim lucrativo é decisivo.

134. De resto, contra essa exigência milita não só a relação com o já referido artigo 8.º, n.º 3, da Diretiva 2006/115, mas também a relação com o artigo 5.º da Diretiva 2001/29, para o qual remete o artigo 10.º, n.º 2, da Diretiva 2006/115. Assim, as alíneas a), b) e j) do n.º 3 do artigo 5.º da Diretiva 2001/29 dispõem que os Estados-Membros podem prever exceções e limitações ao direito de comunicação ao público, desde que estejam em causa determinadas utilizações privilegiadas e que não seja prosseguido qualquer objetivo comercial ou qualquer objetivo comercial para além da atividade privilegiada. Desta circunstância resulta, *a contrario*, que é igualmente possível existir uma comunicação ao público sem a prossecução de qualquer objetivo comercial ou fim lucrativo.

135. Ademais, do acórdão SGAE não resulta igualmente que o fim lucrativo é decisivo. Neste acórdão, o Tribunal de Justiça deu, de facto, ênfase ao fim lucrativo prosseguido pelo operador hoteleiro. Porém, isto não significa que o Tribunal de Justiça tenha considerado este aspeto uma condição necessária para a existência de uma comunicação ao público⁴⁹.

48 — Lewinsky, S., *International Copyright and Policy*, Oxford University Press 2008, p. 481.

49 — Neste sentido, Walter, M., Lewinsky, S. (já referido na nota 41), p. 990.

136. Além disso, o facto de se tomar por base o fim lucrativo poderia conduzir a sérios problemas de delimitação. Com efeito, ter-se-ia de apreciar caso a caso, em função da prestação, se a comunicação de um fonograma é de tal modo irrelevante que passa para segundo plano em relação à prestação principal.

137. Por último, à luz destes argumentos, deve rejeitar-se igualmente o apresentado pelo Governo italiano, segundo o qual não se pode conferir um direito económico como o previsto no artigo 8.º, n.º 2, da Diretiva 2006/115 quando o utilizador não prossegue qualquer efeito lucrativo com a comunicação ao público. Não vislumbro por que razão, no caso de uma manifestação política, o autor deve gozar de um direito exclusivo e, em contrapartida, o produtor de fonogramas e os artistas intérpretes ou executantes não gozam, de todo, de qualquer direito. Além disso, nos termos do artigo 8.º, n.º 2, da Diretiva 2006/115, a falta de fim lucrativo por parte do utilizador pode ser tida em consideração no âmbito da apreciação da remuneração equitativa relativa a essa utilização.

138. Em segundo lugar, gostaria de sublinhar, a título subsidiário, que, num caso como o presente, é inteiramente possível considerar a existência de um fim lucrativo. Ainda que as emissões radiofónicas ouvidas pelos pacientes num consultório de dentista não constituam, certamente, um elemento essencial da prestação do médico dentista, é inegável que podem ter uma utilidade prática. Com efeito, para os pacientes que se encontram na sala de espera é, em geral, mais agradável, ouvir as emissões radiofónicas do que o ruído da broca vindo da sala de tratamentos. Além disso, essas emissões servem de entretenimento durante o tempo de espera que é frequente nos consultórios médicos. O facto de o preço do tratamento não depender da circunstância de os fonogramas terem ou não sido tornados audíveis não é, em meu entender, suscetível de excluir um fim lucrativo. Para se poder concluir pela existência desse fim basta, designadamente, que se trate de um elemento da prestação que possa ser suscetível, na perspectiva dos pacientes, de melhorar a visão global da prestação, o que, pelos argumentos acima mencionados, me parece ser o caso.

– Quanto à vontade das partes

139. Por outro lado, o facto de a comunicação ter lugar independentemente da vontade dos pacientes, e ser mesmo por estes eventualmente considerada uma exposição incomodativa ao ruído, também não tem qualquer relevância para a apreciação do carácter público da comunicação.

– Quanto às restantes objeções

140. As restantes objeções tão-pouco podem ser aceites.

141. Em primeiro lugar, o carácter público da comunicação, na aceção do artigo 8.º, n.º 2, da Diretiva 2006/11,5 não pressupõe que o público tenha uma dimensão social, económica ou jurídica autónoma. Antes de mais, essa dimensão também não se encontra provavelmente presente noutras situações em que existe, sem dúvida, um público, como, por exemplo, nas estações ferroviárias ou nas estações de metropolitano. Além disso, no domínio dos direitos de autor e dos direitos conexos, no que diz respeito ao carácter público, não é relevante a dimensão ou a homogeneidade dos grupos de pessoas que podem constituir o público⁵⁰.

142. Em segundo lugar, também a objeção de que os pacientes de um dentista não se encontram reunidos todos ao mesmo tempo no seu consultório deve ser rejeitada, visto ser suficiente um efeito cumulativo, o qual é possível atingir através de permanências sucessivas na sala de espera.

50 — Neste sentido, Walter, M., Lewinsky, S. (já referido na nota 41), p. 990.

iv) Conclusão

143. Por conseguinte, o artigo 8.º, n.º 2, da Diretiva 2006/115 deve ser interpretado no sentido de que existe uma comunicação ao público na aceção desta disposição quando um dentista disponibiliza, na sua sala de espera, um rádio e difunde através dele um programa de rádio.

d) Quanto às restantes condições

144. Quanto às restantes condições relativas ao utilizador na aceção do artigo 8.º, n.º 2, da Diretiva 2006/115, há que constatar que aquele que comunica publicamente os fonogramas, também os utiliza na aceção desta disposição.

145. Quanto à obrigação de pagamento de uma remuneração equitativa, remeto para os n.ºs 118 a 144 das minhas conclusões apresentadas nesta mesma data no processo C-162/10, *Phonographic Performance*.

4. Conclusão

146. Por conseguinte, o artigo 8.º, n.º 2, da Diretiva 2006/115 deve ser interpretado no sentido de que um dentista, que instala, no seu consultório, um aparelho de rádio através do qual torna audíveis emissões radiofónicas para os seus pacientes, está obrigado ao pagamento de uma remuneração equitativa pela comunicação indireta dos fonogramas utilizados nessas emissões.

VII – Quanto à primeira a terceira questões prejudiciais

147. Com a sua primeira e segunda questões prejudiciais, o órgão jurisdicional de reenvio pretende saber se as disposições de direito internacional relevantes previstas na Convenção de Roma, no TPF e no Acordo TRIPS são imediatamente aplicáveis no ordenamento jurídico da União e se também os particulares podem invocá-las diretamente. Com a sua terceira questão prejudicial, o órgão jurisdicional de reenvio pretende saber se a noção de comunicação ao público constante das normas de direito internacional que refere coincide com a constante das Diretiva 92/100 e 2001/29 e, em caso de resposta negativa, que fonte deve eventualmente prevalecer.

A – Principais argumentos das partes

148. Segundo a *SCF*, estas questões exigem uma resposta positiva. As disposições de direito internacional em causa são, todas, parte integrante do ordenamento jurídico da União e imediatamente aplicáveis nas relações privadas. Além disso, o direito da União deve, na medida do possível, ser interpretado em conformidade com o disposto no direito internacional, mas pode ir além deste. O direito da União pode atingir um nível de proteção mais elevado do que as disposições de direito internacional relevantes, uma vez que as regras relativas ao direito de autor e aos direitos conexos estão em permanente evolução.

149. Na opinião de *M. Del Corso*, a Convenção de Roma tem aplicação imediata no ordenamento jurídico da União, visto que esta convenção foi integrada no Acordo TRIPS, ao qual a União Europeia aderiu. A União Europeia aderiu igualmente ao TPF. A questão da prevalência é irrelevante, visto que as disposições de direito internacional e de direito da União pertinentes são idênticas.

150. O *Governo italiano* considera não ser necessário responder às primeiras três questões. A União Europeia adotou as diretivas para transpor o TPF. Por conseguinte, importa apenas interpretar estas diretivas.

151. No entender da *Comissão*, deve ser dada resposta negativa às duas primeiras questões. No que se refere à Convenção de Roma, esta conclusão resulta, desde logo, do facto de esta convenção não fazer parte do ordenamento jurídico da União. Quanto ao Acordo TRIPS e ao TPF, a Comissão indica que o órgão jurisdicional de reenvio não apontou quaisquer disposições específicas. No que toca às disposições mencionadas pelo órgão jurisdicional de reenvio no seu pedido de decisão prejudicial, a essas questões deve ser dada resposta negativa. Segundo jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, uma disposição constante de um tratado de direito internacional apenas é imediatamente aplicável, quando contenha uma obrigação clara, precisa e incondicional, que não dependa de qualquer outro ato de transposição. Em relação ao GATT (Acordo Geral sobre Pautas Aduaneiras e Comércio), o Tribunal de Justiça sempre recusou que este tratado de direito internacional tivesse um efeito direto. Esta jurisprudência é igualmente aplicável ao Acordo TRIPS e ao TPF. Como o Acordo TRIPS, o TPF prevê igualmente que as partes contratantes devem proceder à transposição das disposições contidas neste tratado. Isto é confirmado pelo disposto no artigo 14.º do TDA e no artigo 23.º, n.º 1, do TPF, que determinam expressamente que as partes contratantes adotem as medidas necessárias para assegurar a aplicação desses tratados. A União adotou estas medidas na Diretiva 2001/29.

B – *Admissibilidade das questões prejudiciais*

152. De facto, tenho sérias dúvidas que, face ao aqui respondido à quarta e quinta questões prejudiciais, o órgão jurisdicional de reenvio tenha uma necessidade prática das respostas à primeira, segunda e terceira questões prejudiciais. Efetivamente, na quarta e quinta questões, o artigo 8.º, n.º 2, da Diretiva 2006/115 foi interpretado tendo em conta o disposto no direito internacional. Contanto que o órgão jurisdicional de reenvio possa ter em consideração, no processo principal, esta disposição da diretiva, coincidente com o disposto nas normas de direito internacional, deixa de ser relevante a aplicação autónoma das disposições de direito internacional.

153. Não obstante, as questões não podem ser rejeitadas por irrelevantes. A questão relativa à aplicação imediata dos textos de direito internacional poderá ser pertinente, nomeadamente, se o órgão jurisdicional de reenvio não puder ter em consideração o artigo 8.º, n.º 2, da Diretiva 2006/115 no processo principal. Na verdade, parece-me ser possível interpretar as disposições nacionais correspondentes em conformidade com a diretiva (e, assim, também em conformidade com o direito internacional). Porém, a questão de saber se essa interpretação é possível constitui, em última análise, uma questão de direito interno, para a qual apenas é competente o órgão jurisdicional de reenvio. No caso (a meu ver improvável) de ser impossível uma interpretação conforme à diretiva, a aplicação direta do artigo 8.º, n.º 2, da diretiva pode, contudo, não ter êxito, desde logo, por se tratar de um litígio entre particulares.

154. Neste sentido, não é, em última análise, possível negar a pertinência das primeiras três questões prejudiciais.

C – *Apreciação jurídica*

155. Todavia, uma vez que a resposta às três primeiras questões prejudiciais, pelas razões acima descritas, terá possivelmente apenas uma utilidade prática limitada para efeitos do processo principal, debruçar-me-ei brevemente sobre a resposta a estas questões.

156. São condições para a aplicação direta de uma disposição constante de um tratado de direito internacional que essa disposição faça parte de um acordo de direito internacional concluído pela União e que, atendendo aos seus termos bem como ao objeto e à natureza do acordo, estabeleça uma obrigação clara e determinada, que não esteja subordinada, na sua execução ou nos seus efeitos, à prática de qualquer ato posterior. Esta disposição tem, portanto, de ser suficientemente precisa e incondicional⁵¹.

51 — Acórdão do Tribunal de Justiça de 30 de setembro de 1987, Demirel (12/86, Colet., p. 3719, n.º 14), de 16 de junho de 1998, Racke (C-162/96, Colet., p. I-3655, n.º 31).

157. O artigo 12.º da Convenção de Roma não pode consistir numa disposição de direito da União diretamente aplicável, desde logo pelo facto de a União não ser parte contratante desta convenção.

158. Na medida em que o órgão jurisdicional de reenvio se refere ao Acordo TRIPS, importa antes de mais salientar que este acordo não contém qualquer disposição equivalente ao artigo 8.º, n.º 2, da Diretiva 2006/115. Com efeito, o artigo 14.º do Acordo TRIPS, que regula os direitos conexos dos artistas intérpretes ou executantes e dos produtores de fonogramas, não contém qualquer direito equivalente por parte destes a uma remuneração equitativa⁵².

159. De qualquer modo, contra a aplicabilidade direta de uma disposição prevista no Acordo TRIPS apontará, em geral, a posição muito restritiva defendida pelo Tribunal de Justiça a respeito da aplicabilidade direta dos acordos da OMC. Segundo jurisprudência constante, que, pelas razões acima mencionadas, não deve neste ponto ser objeto de uma apreciação circunstanciada, os acordos da OMC e, por conseguinte, também o acordo TRIPS não são, tendo em atenção a sua natureza e a sua economia, suscetíveis de aplicação direta⁵³.

160. No que diz respeito à aplicação direta do artigo 15.º do TPF, coloca-se, primeiramente, a questão de saber se este acordo tem por objetivo, em princípio, conceder direitos diretamente aos particulares. Neste contexto, deve ter-se especialmente em consideração o artigo 23.º, n.º 1, do TPF, nos termos do qual as partes contratantes comprometem-se a adotar, em conformidade com as respetivas ordens jurídicas, as medidas necessárias para assegurar a aplicação desse tratado. Esta disposição poderia ser entendida no sentido de que compete aos Estados-Membros adotar medidas adicionais, o que poderia militar contra a aplicabilidade direta das disposições do TPF. Em apoio desta tese poderia referir-se que um grande número de disposições do TPF confere um amplo poder discricionário às partes contratantes. No entanto, coloca-se a questão de saber se o artigo 23.º, n.º 1, do TPF se opõe a uma aplicação direta de determinadas disposições do TPF, desde que as mesmas sejam suficientemente precisas e incondicionais.

161. Para efeitos do caso vertente não é necessário responder a esta questão. Com efeito, do artigo 2.º, alínea g) e do artigo 15.º do TPF não decorrem quaisquer regras suficientemente precisas sobre se o direito a uma remuneração equitativa se aplica igualmente em casos como o vertente, em que o conceito de comunicação ao público é entendido em termos funcionais e o caráter público da comunicação assenta numa conceção de público sucessivo e cumulativo. Com efeito, é incontestável que, relativamente a estes casos, do TPF não se podem deduzir quaisquer regras fixas. Devido à falta de indicações quanto à delimitação dos conceitos de comunicação ao público e de comunicação privada no TPF, as partes contratantes deste tratado dispõem de uma margem de manobra considerável para decidirem quando existe uma comunicação ao público⁵⁴.

162. Contra esta circunstância não é possível objetar que, no seu acórdão SGAE, o Tribunal de Justiça se baseou nas normas de direito internacional relevantes para interpretar o conceito de comunicação ao público contido no artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 2001/29. Com efeito, o Tribunal de Justiça não se referiu às disposições da CBR no caso da questão essencial de saber se o critério relativo a um novo círculo de ouvintes pode ser invocado como critério para a existência de uma nova comunicação ao público. Este critério foi mesmo afastado deliberadamente pelas partes contratantes da Convenção de Berna⁵⁵. Pelo contrário, o Tribunal de Justiça apoiou a sua interpretação no Guia da CBR elaborado pela OMPI, isto é, num documento juridicamente não vinculativo. Assim, a concretização juridicamente vinculativa do conceito de público ocorre não já a nível das disposições de direito internacional em causa, mas apenas a nível do direito da União no artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 2001/29.

52 — V., a este respeito, Correa, C., *Trade related aspects of intellectual Property rights*, Oxford University Press 2007, pp. 156 e 162, assim como Busche, J., Stoll, P.-T., *TRIPs — Internationales und europäisches Recht des geistigen Eigentums*, Carl Heymanns Verlag 2007, pp. 268 e 272.

53 — Acórdão de 23 de novembro de 1999, Portugal/Conselho (C-149/96, Colet., p. I-8395, n.º 47).

54 — V. Lewinski, S., Walter, M. (já referido na nota 41), p. 988.

55 — V. n.º 50 das conclusões da advogada-geral E. Sharpston apresentadas no processo SGAE/Rafael Hoteles (já referido na nota 4).

163. Por conseguinte, o artigo 2.º, alínea g) e o artigo 15.º do TPF não são disposições diretamente invocáveis pelas partes do processo principal.

VIII – Conclusão

164. Pelas razões que antecedem, proponho ao Tribunal de Justiça que responda às questões prejudiciais do seguinte modo:

- «1) O artigo 8.º, n.º 2, da Diretiva 92/100/CEE do Conselho, de 19 de novembro de 1992, relativa ao direito de aluguer, ao direito de comodato e a certos direitos conexos aos direitos de autor em matéria de propriedade intelectual e da Diretiva 2006/115/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2006, relativa ao direito de aluguer, ao direito de comodato e a certos direitos conexos ao direito de autor em matéria de propriedade intelectual (versão codificada), deve ser interpretado no sentido de que um dentista, que instala, na sua sala de espera, um aparelho de rádio através do qual torna audível uma emissão radiofónica para os seus pacientes, está obrigado a pagar uma remuneração equitativa pela comunicação indireta ao público dos fonogramas utilizados nessa emissão.
- 2) À luz do direito da União, nem o artigo 12.º da Convenção Internacional de Roma, de 26 de outubro de 1961, para a Proteção dos Artistas Intérpretes ou Executantes, dos Produtores de Fonogramas e dos Organismos de Radiodifusão, nem o artigo 15.º do Tratado sobre Prestações e Fonogramas da Organização Mundial da Propriedade Intelectual de 20 de setembro de 1996 (TPF), assim como ainda o artigo 14.º do Acordo sobre os aspetos dos direitos de propriedade intelectual relacionados com o comércio (TRIPS), são disposições de direito internacional diretamente invocáveis por uma parte num litígio entre particulares.»