CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL ANTONIO TIZZANO
apresentadas em 26 de Setembro de 2002 [1]

Introdução

1. Por despacho de 9 de Junho de 2000, o Hoge Raad der Nederlanden (a seguir «Hoge Raad») submeteu ao Tribunal de Justiça três questões prejudiciais sobre a interpretação da Directiva 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 (a seguir «Directiva 92/100» ou «directiva») [2]. As três questões dizem todas respeito à interpretação do conceito de «remuneração equitativa» referida no artigo 8.°, n.° 2, da directiva, e visam, no essencial, determinar se se trata ou não de um conceito comunitário e quais as consequências que daí decorrem, num e noutro caso, para a determinação dos critérios destinados a definir o respectivo montante.

1 — Língua original: italiano.
2 — JO L 346, p. 61.

Enquadramento jurídico

A Directiva 92/100/CEE

2. A directiva tem como objectivo fixar um quadro harmonizado das legislações nacionais relativas ao direito de aluguer e de comodato em matéria de direitos de autor, bem como de certos direitos ditos conexos aos direitos de autor, na medida do necessário para assegurar o correcto funcionamento do mercado comum.

3. Nos considerandos, a fundamentação e as finalidades da directiva são ilustradas em particular para o que aqui interessa, do seguinte modo:

«[c]onsiderando que existem diferenças a nível da protecção legal, dispensada pela legislação nacional e práticas dos Estados-Membros no que diz respeito às obras protegidas por direitos de autor e realizações protegidas por direitos conexos, no que se refere ao aluguer e ao comodato e que tais diferenças constituem uma fonte de obstáculos ao comércio e provocam distor-

ções da concorrência que obstam à realização e ao correcto funcionamento do mercado interno;

[...]

[c]onsiderando que o trabalho criativo e artístico dos autores e dos artistas e executantes exige uma remuneração adequada na perspectiva 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 do investimento só pode ser assegurada efectivamente através de uma protecção legal adequada dos titulares envolvidos;

[...]

[c]onsiderando que o enquadramento legal da Comunidade relativo ao direito de aluguer e ao direito de comodato e a certos direitos conexos aos direitos de autor se pode limitar a estabelecer que os Estados-Membros devem prever direitos em relação ao aluguer e ao comodato para certos grupos de titulares de direitos e, para além disso, devem prever os direitos de fixação, de reprodução, de distribuição, de radiodifusão e de comunicação ao público para certos grupos de titulares no domínio da protecção dos direitos conexos.»

4. De acordo com o exposto, e ainda para o que aqui interessa, a directiva prevê uma protecção harmonizada dos direitos conexos relativos a fonogramas, filmes e emissões de rádio, respectivamente, para os artistas intérpretes e executantes, os produtores, bem como os organismos de radiodifusão — todos sujeitos que não gozam da protecção dos direitos de autor.

5. Em especial, o artigo 8.° regula a actividade de radiodifusão e comunicação ao público das «prestações artísticas» determinando que:

«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, excepto quando a prestação já seja, por si própria, uma prestação radiodifundida ou quando seja efectuada 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 as suas reproduções em emissões radiodifundidas por ondas radioeléctricas 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.»

6. A protecção assim instituída representa uma harmonização mínima, como resulta do vigésimo considerando, que dispõe o seguinte:

«considerando que os Estados-Membros poderão prever que os titulares de direitos conexos aos direitos de autor beneficiem de uma protecção superior à exigida no artigo 8.° da presente directiva».

7. A remuneração equitativa prevista no n.° 2 do artigo 8.° não se encontra expressamente definida na directiva, nem lhe é feita referência directa nos considerandos.

8. Nos considerandos encontram-se, todavia, algumas indicações relativas à remuneração equitativa que incumbe ao titular na hipótese distinta de cessão do direito de aluguer, e esclarece-se, em especial, que essa remuneração é prevista tendo em conta 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 colectiva dos direitos de autor que os representem;

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

[...] 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».

A regulamentação internacional

9. A directiva e, em especial, as disposições pertinentes neste processo devem ser lidas à luz da regulamentação internacional correspondente, a que o décimo considerando da directiva faz expressamente referência, sublinhando 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».

10. A regulamentação internacional é ditada essencialmente, para o que aqui interessa, pelo Acordo TRIPs [3] e pela Convenção internacional para a protecção dos artistas intérpretes ou executantes, dos produtores de fonogramas e dos organismos de radiodifusão, celebrada em Roma em 26 de Outubro de 1961, da qual são partes todos os Estados-Membros excepto Portugal, e para a qual remete o Acordo TRIPs.

11. Por força do artigo 14.° do Acordo TRIPs os membros são obrigados a velar por que:

«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 actos: 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 actos: a radiodifusão por meio de ondas radioeléctricas e a comunicação ao público das suas execuções ao vivo.

[...]

6. Os membros podem, relativamente aos direitos conferidos ao abrigo dos n.os 1, 2 e 3, prever condições, limitações, excepções e reservas na medida autorizada pela Convenção de Roma [...]».

12. Por sua vez a Convenção de Roma prevê no artigo 7.° uma protecção mínima que os Estados Contratantes são obrigados a assegurar aos artistas intérpretes ou executantes, dispondo, nomeadamente, que:

«1. A protecção aos artistas intérpretes ou executantes prevista na presente Convenção, compreenderá a faculdade de impedir:

a) A radiodifusão e a comunicação ao público das suas execuções sem seu consentimento, excepto quando a exe-

3 — Acordo sobre os aspectos dos direitos de propriedade intelectual relacionados com o comércio, Anexo 1 C do Acordo que institui a Organização Mundial do Comércio (JO 1994, L 336, pp. 214 a 243), adoptado pela Decisão 94/800/CEE do Conselho, de 22 de Dezembro de 1994, relativa à celebração, em nome da Comunidade Europeia e em relação às matérias da sua competência, dos acordos resultantes das negociações multilaterais do Uruguay Round (1986-1994) (JO L 336, p. 1).

cução utilizada para a radiodifusão ou para a comunicação ao público já seja uma execução radiodifundida ou fixada num fonograma» [4].

13. O artigo 12.° regula as utilizações ditas secundárias dos fonogramas, prevendo que:

«Quando um fonograma publicado com fins comerciais ou uma reprodução desse fonograma forem utilizados directamente 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» [5].

14. A Convenção, além de estabelecer uma regulamentação material harmonizada, contém também, nos artigos 2.°, 4.° e 5.°, regras em matéria de tratamento nacional para as quais remete, por sua vez, o artigo 1.°, n.° 3, do Acordo TRIPs. Recordo que, de acordo com este último, «[o]s membros concederão o tratamento previsto no presente acordo aos nacionais de outros membros», precisando, para o que aqui interessa, que «considerar-se-á como nacionais de outros membros as pessoas singulares ou colectivas que [...] preencheriam os critérios de elegibilidade para protecção previstos na [...] Convenção de Roma» [6].

A regulamentação neerlandesa

15. O artigo 7.° da Wet op de naburige rechten (lei neerlandesa relativa aos direitos conexos, a seguir «WNR») de 18 de Março de 1993, em vigor desde 1 de Julho de 1993 e posteriormente alterada pela Lei de 21 de Dezembro de 1995 (*Staatsblad* 1995, p. 653) destina-se a adaptar o ordenamento nacional à obrigação decorrente do artigo 8.°, n.° 2, da directiva e garantir simultaneamente a conformidade do direito neerlandês com a Convenção de Roma.

16. O referido artigo tem o seguinte teor:

«1. Um fonograma publicado com fins comerciais, ou uma reprodução deste, pode ser radiodifundido ou comunicado ao público de outro modo, sem autorização do produtor do fonograma e do artista

4 — Nota sem objecto na versão portuguesa.

5 — Nota sem objecto na versão portuguesa.

6 — Os Países Baixos são, com efeito, parte contratante na Convenção desde 7 de Outubro de 1993.

intérprete ou executante ou dos sucessores nos seus direitos, na condição de ser paga uma remuneração equitativa.

2. Na falta de um acordo sobre o montante da remuneração equitativa, o Arrondissementsrechtbank te 's-Gravenhage terá competência exclusiva para decidir, em primeira instância e a pedido da parte mais diligente, da fixação do montante da remuneração.

3. A remuneração é devida ao artista intérprete ou executante e ao produtor, ou aos sucessores nos direitos destes, e será repartida entre eles em partes iguais» [7].

17. O artigo 15.° da WNR estabelece que o pagamento da referida remuneração equitativa deve ser feito à entidade representativa dos artistas intérpretes ou executantes e dos produtores, a designar pelo Ministro da Justiça, que representará também os interessados no que respeita à fixação do montante da remuneração e ao exercício do direito exclusivo.

Matéria de facto e tramitação processual

18. O processo pendente no órgão jurisdicional de reenvio opõe a Stichting ter Exploitatie van Naburige Rechten (a seguir «SENA»), uma fundação holandesa que representa os interesses dos artistas intérpretes ou executantes e dos produtores e importadores de fonogramas, à Nederlandse Omroep Stichting (a seguir «NOS»), órgão de coordenação da radiodifusão pública, e tem por objecto a determinação da remuneração equitativa devida pela NOS à SENA por força do artigo 7.° da WNR.

19. Em 1986, muito antes, portanto, da entrada em vigor da WNR, a Nederlandse Vereniging van Producenten en Importeurs van Beeld en Geluidsdragers (a seguir «NVPI»), organismo que então representava os interesses dos produtores de fonogramas, tinha concluído com a NOS um acordo com base no qual esta última se comprometia a pagar à NVPI um determinado montante a título de compensação para a radiodifusão de fonogramas pelas emissoras públicas neerlandesas. O referido montante, calculado numa base anual, ascendia a 605 000 NLG para os actos de utilização em 1984 e posteriormente atingiu 700 000 NLG em 1994.

20. Com a entrada em vigor da WNR, a representação dos interesses dos produtores e dos artistas intérpretes ou executantes de fonogramas foi confiada, por disposição legal, à SENA. Por conseguinte, em Dezembro de 1993, a NVPI rescindiu o referido acordo. As negociações que se seguiram entre a NOS e a SENA para a conclusão de um novo acordo, previsto no artigo 7.° da WNR, fracassaram. A SENA recorreu, portanto, ao Arrondissementsrechtbank te 's-Gravenhage (a seguir «tribunal da

7 — Tradução não oficial.

Haia»), pedindo a fixação da remuneração equitativa em 7 500 000 NLG. O tribunal fixou o montante para o ano de 1995 em 2 000 000 NLG, reservando a sua decisão quanto aos anos seguintes.

21. Em sede de recurso, o *Gerechtshof te 's-Gravenhage* (a seguir «tribunal de recurso da Haia» ou «tribunal de recurso») proferiu uma decisão interlocutória em 6 de Maio de 1999, na qual salienta que nem a lei neerlandesa nem a directiva fornecem nenhuma indicação útil para concretizar o conceito de remuneração equitativa e que, em especial, a directiva não pretendeu harmonizar o método de cálculo dessa indemnização. O tribunal de recurso decidiu, por outro lado, que a remuneração equitativa prevista pela lei neerlandesa deve corresponder, aproximadamente, ao que era devido pela NOS à NVPI em aplicação do acordo de 1986, pois é essa a vontade normativa que se deduz dos trabalhos preparatórios da referida lei. A NOS deverá, todavia, permitir um aumento da remuneração quando um ou mais dos seguintes factores aumentem: o número de horas de difusão dos fonogramas, a *audiência* dos canais representados pela NOS, o montante das remunerações fixadas contratualmente para a utilização de obras protegidas pelos direitos de autor, o montante das remunerações correspondentes pagos pelos organismos de radiodifusão nos Estados-Membros vizinhos, bem como a remuneração paga nos Países Baixos pelas emissoras comerciais.

22. A SENA interpôs recurso desta decisão alegando que a mesma é incompatível com a directiva. Esta última, de facto, introduz um conceito autónomo de remuneração equitativa que exige a sua interpretação uniforme nos diversos Estados-Membros, resultado esse que a decisão impugnada não permitia atingir.

23. Assim, devendo interpretar uma disposição da Directiva 92/100, o Hoge Raad, por despacho de 9 de Junho de 2000, submeteu ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

«1) A noção de 'remuneração equitativa' referida no artigo 8.°, n.° 2, da directiva é uma noção comunitária que deve ser interpretada e aplicada do mesmo modo em todos os Estados-Membros da Comunidade Europeia?

2) Caso a primeira questão seja respondida pela afirmativa:

a) De acordo com que critérios se deve fixar o montante da remuneração equitativa?

b) Deve-se procurar ter em conta o montante das remunerações convencionadas entre os organismos interessados no Estado-Membro em causa ou que eram habitualmente pagas antes da entrada em vigor da directiva?

c) Devem ou podem ter-se em conta as expectativas que a aprovação da lei interna de transposição da directiva suscitou nos interessados quanto ao montante da remuneração?

d) Deve-se procurar ter em conta o montante das remunerações referentes ao direito de autor sobre as obras musicais pagas pelas emissões de organismos de radiodifusão?

e) Deve a remuneração ser fixada em função do número potencial ou do número efectivo de espectadores ou ouvintes ou deve ser fixada em função de ambos e, nesse caso, em que proporção?

3) Caso a primeira questão seja respondida pela negativa, tal significa então que os Estados-Membros são perfeitamente livres de estabelecer os critérios de fixação do montante da remuneração equitativa? Ou tem esta liberdade limites e, nesse caso, quais?»

24. Apresentaram observações no processo no Tribunal de Justiça, além das partes no processo principal, a Comissão, o Governo neerlandês, o Governo alemão, o Governo finlandês, o Governo português e o Governo do Reino Unido.

Análise jurídica

25. Com as três questões colocadas, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta ao Tribunal de Justiça, no essencial, se o conceito de remuneração equitativa referida no artigo 8.°, n.° 2, da directiva é ou não um conceito comunitário e quais as consequências que daí advêm, num caso e noutro, para a determinação dos critérios destinados a definir o respectivo montante.

Argumentos das partes

a) Quanto à noção de remuneração equitativa

26. Segundo a SENA, o conceito de remuneração equitativa é um conceito comuni-

tário que, enquanto tal, deve ser interpretado com base em parâmetros uniformes em todos os Estados-Membros. Esta solução, além de ser imposta pelos princípios gerais de igualdade e de não discriminação, decorre antes de mais do objectivo prosseguido pela directiva e pela Convenção de Roma, na qual a primeira se inspira directamente. Ambas partilham, com efeito, do objectivo de assegurar uma harmonização efectiva, destinada a compensar a desvantagem económica que pode resultar para os artistas intérpretes e executantes, bem como para os produtores, da difusão das suas obras. Tal resultado só pode obter-se mediante uma interpretação uniforme do conceito de remuneração equitativa. De resto, isto é confirmado, *a contrario*, pelo artigo 5.° da directiva, que prevê derrogações ao direito exclusivo de comodato quando este último seja efectuado por instituições públicas, na condição de que os autores «aufiram [uma] remuneração». Nessa hipótese, a directiva dispõe expressamente que os Estados-Membros, ao fixarem essa remuneração «têm em conta os seus objectivos de promoção da cultura»; o facto de, pelo contrário, faltar uma indicação análoga para a «remuneração equitativa» referida no artigo 8.° demonstra que, neste caso, os Estados-Membros não dispõem da margem de discricionariedade que lhes é deixada na outra hipótese.

27. Também a NOS, a Comissão, os governos neerlandês, português e do Reino Unido entendem que a «remuneração equitativa» é um conceito comunitário. Todavia, ela remete para um conceito aberto, o de equidade, que não encontra qualquer definição na directiva nem na Convenção de Roma, e que remete antes, como sublinham em especial a NOS, o Governo português e o do Reino Unido, para o conceito de justiça do caso concreto. Os Estados-Membros conservam, portanto, uma ampla margem de liberdade na interpretação desse conceito, especialmente tendo em conta que a directiva implica apenas uma harmonização mínima.

28. Mantém-se o facto de que, como salientam quer a Comissão quer o Governo neerlandês, a liberdade dos Estados para determinar o conteúdo do conceito em causa não é absoluta, pois depara com os limites resultantes do sistema da directiva; essa liberdade deveria, com efeito, destinar-se a obter um justo compromisso entre os interesses dos produtores e dos artistas intérpretes ou executantes, por um lado, e o interesse dos terceiros utilizadores, por outro.

29. Por outro lado, segundo o Governo neerlandês, a natureza comunitária do conceito em questão implica que os Estados-Membros, embora gozem, neste caso, de uma ampla discricionariedade, não são, todavia, subtraídos aos limites e aos controlos decorrentes da natureza referida do conceito, e isso tal como acontece com outros conceitos comunitários, como por exemplo o de ordem pública.

A este propósito, o referido Governo recorda em especial os acórdãos Van Duyn [8] e Rutili [9], nos quais o Tribunal de Justiça reconheceu que «[q]uanto ao essencial [...] os Estados-Membros continuam a ser livres de determinar, [...] em conformidade com as suas necessidades nacionais, as exigências de ordem pública; [n]o entanto, no contexto comunitário, e designadamente enquanto justificação de uma excepção aos princípios fundamentais [...] este conceito deve ser entendido estritamente, de modo a que o seu alcance não possa ser determinado unilateralmente por cada Estado-Membro sem o controlo das instituições da Comunidade» [10].

30. Por último, os governos alemão e finlandês propõem uma solução formalmente oposta, mas que, no essencial, não se afasta das posições dos outros governos intervenientes. Estes excluem, é certo, que a remuneração equitativa seja um conceito comunitário, mas observam que isso não implica uma liberdade ilimitada para os Estados-Membros. Segundo a República Federal da Alemanha, em especial, os limites com que se deparam os ordenamentos jurídicos nacionais quando da determinação da remuneração equitativa resultam do objecto e da finalidade da própria directiva e consistem na necessidade de assegurar uma remuneração adequada aos artistas intérpretes ou executantes, bem como uma distribuição dos lucros proporcional à importância do contributo dado pelos autores e pelos artistas intérpretes ou executantes.

8 — Acórdão de 4 de Dezembro de 1974 (41/74, Colect., p. 569).
9 — Acórdão de 28 de Outubro de 1975 (36/75, Colect., p. 417).
10 — Acórdão Rutili, já referido na nota 9, n.os 26 e 27.

b) Quanto aos diferentes critérios de interpretação

31. Quanto aos critérios de interpretação mencionados no ponto 2, alínea a), da questão prejudicial, nem todas as partes lhes dedicam muita atenção e, de qualquer modo, dado quanto em seguida afirmarei, não me parece necessário alongar-me sobre os respectivos argumentos. Saliento apenas que diversos intervenientes negam a oportunidade de uma decisão do Tribunal de Justiça quanto a este ponto e o Governo alemão, embora fornece grandes explicações sobre os diferentes critérios, contesta a própria admissibilidade da questão, pois entende que esta tem por objecto não tanto a interpretação da directiva mas antes a aplicação do direito nacional ao caso concreto. Portanto, não existe matéria para uma decisão do Tribunal de Justiça, mas antes para uma peritagem a efectuar pelo órgão jurisdicional *a quo*.

Apreciação

32. Ao apreciar as questões colocadas, parece-me difícil, antes de mais, negar que o conceito de «remuneração equitativa» seja um conceito comunitário, pois é utilizado numa directiva que não faz qualquer remissão, directa ou indirecta, para as legislações nacionais para efeitos da sua interpretação. Como o próprio Tribunal de Justiça salientou repetidamente, «decorre

das exigências tanto da aplicação uniforme do direito comunitário como do princípio da igualdade que os termos de uma disposição do direito comunitário que não contenha qualquer remissão expressa para o direito dos Estados-Membros para determinar o seu sentido e alcance devem normalmente encontrar, em toda a Comunidade, uma interpretação autónoma e uniforme que deve ser procurada tendo em conta o contexto da disposição e o objectivo prosseguido pela regulamentação em causa» [11].

33. Dito isto, no entanto, pouco se disse sobre a definição do conceito em causa porque a directiva limita-se a evocá-lo, sem proceder à sua definição. Nem isto parece verdadeiramente surpreendente, tendo em conta que tal conceito remete para o conceito de equidade e que, como sublinharam quase todas as partes, embora com variantes diferentes, a equidade é, por natureza, um conceito «aberto», que exprime um princípio geral de adequação ou de equilíbrio e deixa uma ampla margem de apreciação a quem deva aplicá-lo. Com efeito, como foi sublinhado também na discussão no presente processo (em particular pelo Governo português e pelo Governo do Reino Unido), a referência à equidade implica que, salvo, bem entendido, acordo entre as partes, o litígio relativo aos interesses opostos das mesmas será regulado pelo órgão jurisdicional com base nas particularidades do caso concreto e não em critérios normativos predeterminados de modo geral e abstracto.

34. Não surpreende, portanto, como já disse, que o conceito de «remuneração equitativa» não seja objecto de definição precisa na directiva. O que vale a pena sublinhar é que, além de não proceder a essa definição, a directiva nem sequer se preocupa em fornecer indicações, directas ou indirectas, sobre eventuais critérios úteis para avaliar a «equidade» da remuneração e isto ao contrário do que acontece, por exemplo, na mesma directiva, a respeito da cessão do direito de aluguer. Nessa hipótese, com efeito, é indicado, pelo menos, um critério uniforme — embora bastante genérico — para a determinação da remuneração equitativa devida aos autores e aos artistas intérpretes ou executantes (artigo 4.°, n.° 1) [12], e designadamente o critério que se inspira na importância do contributo dado ao fonograma ou ao filme (décimo sétimo considerando) [13].

35. Mas encontram-se indicações de critérios aplicáveis para a determinação da compensação equitativa também na Direc-

11 — V., por último, acórdãos de 19 de Setembro de 2000, Linster (C-287/98, Colect., p. 6917, n.° 43); de 9 de Novembro de 2000, Yiadom (C-357/98, Colect., p. I-9265, n.° 26); e, anteriormente, acórdão de 18 de Janeiro de 1984, Ekro (327/82, Recueil, p. 107, n.° 11).

12 — Nos termos do qual, «[s]empre que um autor ou artista intérprete ou executante transmita ou ceda o seu direito de aluguer relativo a um fonograma ou ao original ou cópia de um filme a um produtor de fonogramas ou filmes, este conservará o direito de auferir uma remuneração equitativa pelo aluguer».

13 — Recordo que, nos termos desta disposição «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».

tiva 2001/29/CE, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação [14], cujo artigo 5.° dispõe que os Estados-Membros podem prever a livre utilização, para fins privados, de objectos protegidos por direitos de autor ou direitos conexos, desde que os titulares dos direitos obtenham uma compensação equitativa. Em especial, por um lado, o referido artigo 5.° determina explicitamente, em relação a uma das hipóteses aí contempladas, que a medida da compensação «tome em conta a aplicação ou não das medidas de carácter tecnológico» de protecção previstas na mesma directiva, e, por outro lado e de forma mais geral, o trigésimo quinto considerando da mesma enumera alguns critérios suplementares aplicáveis que podem ser tidos em consideração, embora não exclusivamente, no momento da determinação do montante da compensação equitativa referida no artigo 5.° [15].

36. Noutras ocasiões, pelo contrário, o legislador comunitário não sentiu necessidade de indicar critérios de aplicação uniforme como no caso da Directiva 93/83/CE, relativa à tutela dos direitos de autor e dos direitos conexos em caso de transmissão à radiodifusão por satélite e por cabo [16], que se limita a alargar a aplicação do artigo 8.° da Directiva 92/100 a estas formas de comunicação ao público.

37. Pode, portanto, deduzir-se que o legislador comunitário, quando sentiu que era necessário ou oportuno, teve o cuidado de intervir relativamente a conceitos absolutamente análogos àquele cuja interpretação está em questão no presente processo. Ao invés, quando, como no caso vertente, o legislador comunitário manteve o silêncio, foi porque quis deixar uma margem mais ampla de liberdade aos Estados-Membros, por entender, evidentemente, que uma harmonização mais aprofundada da matéria não era necessária nem oportuna. Por outro lado, também não creio que seja da competência do Tribunal de Justiça substituir-se ao legislador comunitário, fixando ele próprio critérios uniformes que este não impõe e limitando, portanto, sem justo motivo a liberdade dos Estados-Membros.

38. Dito isto em termos gerais, há que precisar igualmente, no entanto, que essa liberdade não é ilimitada, uma vez que se exerce sempre no quadro da aplicação de um conceito comunitário e, portanto, sob o

14 — Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de Maio de 2001 (JO L 167, p. 10).

15 — Prevê-se, em especial, que: «[n]a determinação da forma, das modalidades e do possível nível dessa compensação equitativa, devem ser tidas em conta as circunstâncias especiais a cada caso. Aquando da avaliação dessas circunstâncias, o principal critério será o possível prejuízo resultante do acto em questão para os titulares de direitos. Nos casos em que os titulares dos direitos já tenham recebido pagamento sob qualquer outra forma, por exemplo como parte de uma taxa de licença, não dará necessariamente lugar a qualquer pagamento específico ou separado. O nível da compensação equitativa deverá ter devidamente em conta o grau de utilização das medidas de carácter tecnológico destinadas à protecção referidas na presente directiva. Em certas situações em que o prejuízo para o titular do direito seja mínimo, não há lugar a obrigação de pagamento».

16 — Directiva 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).

controlo das instituições comunitárias, especialmente do Tribunal de Justiça.

39. Com efeito, estamos, como recordou o Governo neerlandês, perante uma situação semelhante à que se verifica em relação a outros conceitos utilizados pelo direito comunitário, mas que este não define, remetendo em larga medida para as ordens jurídicas nacionais. É o caso, por exemplo, como observa o Governo neerlandês, do conceito de ordem pública, especialmente na medida em que é mencionado no artigo 39.° CE como limite à liberdade de circulação dos trabalhadores. Segundo a conhecida jurisprudência Van Duyn e Rutili, este conceito, pela sua própria natureza, remete para as competências soberanas dos Estados-Membros e, portanto, para o direito interno destes. Deste modo, como o Tribunal de Justiça sublinhou nesses acórdãos, «os Estados-Membros continuam a ser livres de determinar, em conformidade com as suas necessidades nacionais, as exigências da ordem pública» [17], uma vez que estas «varia[m] de um país para o outro e de uma época para outra» [18]. O facto de estar inserida «no contexto comunitário» e de conter um limite a um princípio fundamental do Tratado, concretamente o da livre circulação de pessoas, a liberdade de que gozam os Estados-Membros para determinar as exigências da sua ordem pública nacional não pode, no entanto, subtrair-se ao controlo e aos limites do direito comunitário [19].

17 — Acórdão Rutili, já referido na nota 9, n.° 26.
18 — Acórdão Van Duyn, já referido na nota 8, n.° 18.
19 — Acórdão Rutili, já referido na nota 9, n.° 27.

40. Podem, em meu entender, ser tecidas considerações análogas no que respeita ao conceito de «remuneração equitativa» referido no artigo 8.° da directiva. A liberdade reconhecida a este respeito aos Estados-Membros deverá, desse modo, exercer-se sob o controlo das instituições comunitárias, no respeito das condições e dos limites decorrentes da directiva, bem como, em geral, dos princípios e do sistema do Tratado.

41. Querendo tornar estas indicações precisas parece-me, antes de mais, evidente que a determinação da «remuneração equitativa» não poderá ser efectuada por um Estado-Membro em violação de um princípio geral do direito comunitário.

42. Em especial, como sublinha acertadamente o Governo francês, nesta matéria, a margem de manobra das ordens jurídicas nacionais é limitada pela necessidade de salvaguardar a aplicação do princípio de não discriminação em razão da nacionalidade, consagrado no artigo 12.° CE e posteriormente esclarecido, para quanto possa interessar no caso presente, pelas disposições relativas à livre circulação de mercadorias, pessoas e serviços.

43. Além disso, nesta matéria, a proibição de discriminação em razão da nacionalidade tem um âmbito de aplicação mais amplo do que aquele que é imposto apenas pelo artigo 12.° CE. Com efeito, no que diz respeito à protecção dos direitos conexos, essa proibição é extensiva a uma série de operadores que, embora sendo nacionais de países terceiros, e, portanto, não protegidos na acepção do artigo 12.° CE, gozam da protecção prevista pelo Acordo TRIPs da Organização Mundial do Comércio e da Convenção de Roma.

44. Como se sabe, com efeito, o Acordo TRIPs vincula a Comunidade e todos os seus Estados-Membros, do mesmo modo que ninguém ignora que, pondo de parte a discussão sobre a sua aplicabilidade directa, as regras sobre o tratamento nacional nele previstas são parte integrante do direito cujo cumprimento o Tribunal de Justiça é chamado a garantir, por força do artigo 220.° CE. Ora, através da remissão operada pelo seu artigo 1.°, n.° 3, este Acordo incorpora os artigos 2.°, 4.° e 5.° da Convenção de Roma, que determinam a aplicação do princípio do tratamento nacional a uma categoria ampla de operadores e situações que não têm com a Comunidade um vínculo qualificado, a não ser o da nacionalidade ou o do estabelecimento, e que, portanto, não estão, em princípio, protegidos ao abrigo do artigo 12.° CE. É, portanto, também com base nestas disposições convencionais, para além do artigo 12.° CE, que é limitada a liberdade de acção dos Estados-Membros quando estes aplicam a directiva, e, especialmente, o seu artigo 8.°, n.° 2.

45. Isto no que respeita aos princípios gerais. Creio, no entanto, que as indicações susceptíveis de limitar a margem de apreciação deixada aos Estados-Membros podem deduzir-se também do sistema da directiva, e especialmente da necessidade de preservar o seu efeito útil.

46. Deste ponto de vista, parece-me, antes de mais, que se pode afirmar que a remuneração não poderá ser considerada equitativa se prejudicar o resultado prosseguido pela directiva, nomeadamente através do seu artigo 8.°, n.° 2. Com efeito, uma vez que esta disposição visa garantir aos titulares uma «remuneração» pelos actos de exploração aí contemplados, parece-me evidente que, embora «equitativa» esta remuneração deve, no entanto, ser sempre efectiva e substancial, para evitar o risco de desapossar o artista intérprete ou executante e o produtor do direito que lhes é reconhecido. Por outras palavras, como sublinha com razão o Governo neerlandês, a apreciação das circunstâncias do caso concreto não poderá conduzir, excepto em casos absolutamente excepcionais, à determinação de uma compensação meramente simbólica, que se traduza definitivamente numa negação do direito à remuneração.

47. Tal conclusão é, a meu ver, confirmada pelo teor do sétimo considerando da directiva, segundo o qual a protecção jurídica dos artistas intérpretes e executantes e dos produtores, prevista na directiva, visa garantir níveis de remuneração adequados para os primeiros e uma recuperação dos investimentos para os segundos. A remuneração referida no artigo 8.°, n.° 2, da directiva deve, portanto, ser susceptível de contribuir efectivamente para assegurar a rentabilidade da actividade artística e de produção.

48. Poder-se-ia inclusivamente perguntar se a consideração dessa finalidade não pode servir de medida *exclusiva* para determinar a remuneração equitativa. Contra tal conclusão milita, no entanto, o facto de a rentabilidade da actividade artística e produtiva ser garantida através de todas as medidas instituídas pela directiva a favor dos artistas intérpretes ou executantes e dos produtores. Essa rentabilidade é especialmente assegurada, em primeiro lugar e normalmente, graças aos direitos exclusivos reconhecidos a esses operadores, como o direito de aluguer e de comodato referidos no artigo 2.°[20], o direito de fixação referido no artigo 6.°[21], o direito de reprodução referido no artigo 7.°[22], e o direito de radiodifusão e comunicação ao público ao vivo, visado no artigo 8.°, n.° 1, da directiva. A radiodifusão ou a comunicação ao público obtida de um fonograma já publicado para fins comerciais não é, em contrapartida, objecto de um direito exclusivo («de permitir ou proibir», na linguagem da directiva) do intérprete, e muito menos do produtor (artigo 8.°, n.° 1). Por conseguinte, o direito à remuneração equitativa prevista para esses casos pelo artigo 8.°, n.° 2, é, pois, uma mera componente acessória do sistema de garantias de rentabilidade, de acordo com a natureza «frágil» desse direito relativamente aos direitos exclusivos mencionados acima.

49. Em definitivo, penso poder concluir que o conceito de remuneração equitativa referido no artigo 8.°, n.° 2, da directiva é um conceito de direito comunitário, mas que a directiva não fixa critérios uniformes para a determinação do seu montante. Os Estados-Membros continuam, portanto, a ser livres de determinar esses critérios, desde que, todavia, respeitem as finalidades da directiva e os princípios do direito comunitário.

20 — Recordo que, segundo este artigo: «o direito exclusivo de permitir ou proibir o aluguer e o comodato pertence:
[...]
— ao artista intérprete ou executante, no que respeita às fixações da sua prestação,
— ao produtor dos fonogramas, no que respeita aos seus fonogramas [...]».

21 — «Os Estados-Membros deverão prever que os intérpretes ou executantes usufruam do direito de autorizar ou proibir a fixação das suas prestações [...]».

22 — «Os Estados-Membros deverão prever o direito exclusivo de permitir ou proibir a reprodução directa ou indirecta, no que se refere:
— aos artistas intérpretes ou executantes, das fixações das suas prestações artísticas,
— aos produtores de fonogramas, dos seus fonogramas [...]»

Conclusão

50. À luz das considerações precedentes, proponho ao Tribunal de Justiça que responda às questões prejudiciais no sentido de que o conceito de «remuneração equitativa» referido no artigo 8.°, n.° 2, da directiva é um conceito de direito comunitário, mas que a directiva não fixa critérios uniformes para a determinação do respectivo montante. Os Estados-Membros continuam, portanto, a ser livres de determinar esses critérios, desde que, todavia, respeitem as finalidades da directiva e os princípios do direito comunitário.