CONCLUSÕES DA ADVOGADA-GERAL ELEANOR SHARPSTON apresentadas em 29 de Junho de 2006 [1]

1. Na presente acção proposta pela Comissão contra a Espanha, nos termos do artigo 226.º CE, a Comissão pretende obter a declaração de que a Espanha não transpôs correctamente os artigos 1.º e 5.º 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») [2].

A directiva

2. A directiva visa eliminar as diferenças que existem a nível da protecção legal dispensada pelos Estados-Membros no que diz respeito às obras protegidas por direitos de autor e realizações protegidas por direitos conexos [3], no que se refere ao aluguer e ao comodato [4]. Exige, em particular, que os Estados-Membros prevejam a atribuição de direitos em matéria de aluguer e comodato a certos grupos de titulares de direitos.

3. O sétimo considerando da directiva dispõe o seguinte:

«[...] o trabalho criativo e artístico dos autores e dos artistas intérpretes 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 desse investimento só podem ser assegurados efectivamente através de uma protecção legal adequada dos titulares envolvidos; [...]»

1 — Língua original: inglês.

2 — JO L 346, p. 61.

3 — No contexto do direito comunitário, o direito de autor («droit d'auteur») compreende os direitos exclusivos atribuídos aos autores, compositores, artistas, etc., ao passo que os direitos conexos («droits voisins») cobrem os direitos análogos atribuídos aos artistas intérpretes ou executantes (músicos, actores, etc.) e aos empresários (editores, produtores cinematográficos, etc.). Contudo, por razões de brevidade, referir-me-ei apenas a «obras protegidas por direitos de autor», em vez da expressão mais pesada usada na directiva, designadamente «obras protegidas por direitos de autor e realizações protegidas por direitos conexos», já que nada no presente caso envolve esta distinção.

4 — Primeiro considerando do preâmbulo.

4. O artigo 1.º, n.º 1, exige que os Estados-Membros prevejam o direito de autorizar ou proibir o aluguer e o comodato de originais e cópias de obras protegidas por direitos de autor «referidos no n.º 1 do artigo 2.º».

5. O artigo 1.º, n.º 2, define «aluguer» como «a colocação à disposição para utilização, durante um período de tempo limitado e com benefícios comerciais directos ou indirectos». O artigo 1.º, n.º 3, define «comodato» como «a colocação à disposição para utilização, durante um período de tempo limitado, sem benefícios económicos ou comerciais, directos ou indirectos, se for efectuada através de estabelecimentos acessíveis ao público.»

6. O artigo 2.º, n.º 1, dispõe o seguinte:

«O direito exclusivo de permitir ou proibir o aluguer e o comodato pertence:

— ao autor, no que respeita ao original e às cópias da sua obra,

— ao artista intérprete ou executante, no que respeita às fixações da sua prestação,

— ao produtor de fonogramas, no que respeita aos seus fonogramas, e

— ao produtor das primeiras fixações de um filme, no que se refere ao original e às cópias desse filme. Para efeitos da presente directiva, o termo filme designa a obra cinematográfica, obra audiovisual ou sequência de imagens animadas, acompanhada ou não de som.»

7. O artigo 5.º dispõe, de relevante, o seguinte:

«1. Os Estados-Membros poderão derrogar o direito exclusivo previsto para os comodatos públicos no artigo 1.º, desde que pelo menos os autores aufiram remuneração por conta de tais comodatos. Os Estados-Membros poderão determinar livremente tal remuneração tendo em conta os seus objectivos de promoção da cultura.

[...]

3. Os Estados-Membros poderão isentar determinadas categorias de estabelecimentos do pagamento da remuneração referida [no n.º 1].»

8. O artigo 15.º, n.º 1, impunha aos Estados-Membros que transpusessem a directiva até 1 de Julho de 1994.

Legislação nacional relevante

9. A legislação espanhola em causa na presente acção é o Texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (versão consolidada da lei da propriedade intelectual, a seguir «LPI»).

10. O artigo 17.º da LPI confere aos autores o direito exclusivo de exploração da sua obra, incluindo o direito de distribuição.

11. O artigo 19.º, n.º 1, dispõe que o direito de distribuição deve incluir o de comodato.

12. O artigo 19.º, n.º 3, dispõe o seguinte:

«Entende-se por 'aluguer' a colocação à disposição dos originais e cópias de uma obra para utilização, durante um período de tempo limitado, e com benefícios económicos ou comerciais directos ou indirectos.

O conceito de aluguer não abrange a colocação à disposição para efeitos de exibição, comunicação ao público através de fonogramas ou gravações audiovisuais, incluindo extractos, e a colocação à disposição para consulta *in situ*.»

13. A primeira e terceira alíneas do artigo 19.º, n.º 4, dispõe o seguinte:

«Entende-se por 'comodato' a colocação à disposição dos originais e cópias de uma obra para utilização, durante um período de tempo limitado, sem benefícios económicos ou comerciais, directos ou indirectos, se for efectuada através de estabelecimentos acessíveis ao público.

[...]

O conceito de comodato não abrange as transacções mencionadas no segundo travessão do n.º 3 ou aquelas que são efectuadas entre estabelecimentos acessíveis ao público.»

14. O direito exclusivo de comodato conferido pelos artigos 17.º e 19.º está sujeito à seguinte excepção constante do artigo 37.º, n.º 2, da LPI:

«[...] os museus, arquivos, bibliotecas, hemerotecas, fonotecas e cinematecas, que sejam públicos ou que pertençam a entidades de interesse geral de carácter cultural, científico ou educativo sem fins lucrativos, ou a estabelecimentos de ensino que façam parte do sistema educativo espanhol, não necessitam de autorização dos titulares dos direitos nem de lhes pagar uma remuneração pelos comodatos que efectuem.»

Apreciação

15. A Comissão argumenta que o artigo 5.º, n.º 3, da directiva, permite aos Estados-Membros isentar apenas «determinadas categorias» de estabelecimentos do pagamento da remuneração que estaria de outra forma garantida pelo artigo 5.º, n.º 1, como contrapartida pela derrogação do direito exclusivo de comodato conferido pelo artigo 1.º No entanto, o artigo 37.º, n.º 2, da LPI isenta praticamente todo o comodato quer da obrigação de obter a autorização do autor quer da obrigação de lhe pagar uma remuneração. Em consequência desta isenção, a obrigação de remunerar os autores pelo comodato não autorizado das suas obras apenas se aplica quando a entidade que efectua o comodato seja 1) uma entidade privada lucrativa ou 2) uma entidade privada com fins não lucrativos, mas que não seja uma entidade de interesse geral de carácter cultural, científico ou educativo. Todavia, o âmbito destas duas categorias é tão limitado que se pode razoavelmente duvidar que tenham alguma aplicação prática. No que diz respeito à primeira categoria, parece muito improvável que uma entidade com fins lucrativos ofereça comodatos gratuitos. Uma vez que o comodato com «benefícios comerciais directos ou indirectos» se enquadra no âmbito da definição de «aluguer» e não de «comodato» para efeitos da directiva, não é abrangido pelo artigo 5.º, n.º 1, da directiva. No que diz respeito à segunda categoria, parece pouco provável que um museu, arquivo, biblioteca, hemeroteca, fonoteca e cinemateca, que disponibilize comodatos públicos e seja uma entidade com fins não lucrativos, não seja uma entidade de interesse geral de carácter cultural, científico ou educativo.

16. A Comissão conclui que, embora o artigo 5.º, n.º 3, da directiva, deixe aos

Estados-Membros uma grande margem de apreciação para determinar as categorias de estabelecimentos isentos da obrigação de remuneração, não os autoriza a isentar todos, ou praticamente todos, os estabelecimentos. Uma «isenção» que se aplique a todos, ou a quase todos, os estabelecimentos sujeitos à obrigação de pagar uma remuneração, por força do artigo 5.º, n.º 1, torna-se numa regra geral. Ademais, esta isenção não pode considerar-se aplicável apenas a «determinadas categorias de estabelecimentos» [5]. Enquanto derrogação, o artigo 5.º, n.º 3, deve ser interpretado de forma estrita. Se um Estado-Membro pudesse isentar todos, ou quase todos, os estabelecimentos que de outro modo estariam sujeitos ao pagamento da remuneração, a obrigação constante do artigo 5.º, n.º 1, não faria sentido.

17. Considero que a acção da Comissão é procedente. Em minha opinião, resulta claramente da economia e dos objectivos da directiva e da redacção do artigo 5.º, n.º 3, que um Estado-Membro não pode isentar, na prática, todas as categorias de estabelecimentos que, de outra forma, se enquadrariam no âmbito do artigo 5.º, n.º 1.

18. Como realça correctamente a Comissão, um dos principais objectivos da directiva é garantir uma remuneração adequada do trabalho criativo dos autores [6]. Em conformidade com este objectivo, o artigo 5.º, n.º 1, exige que os autores sejam remunerados pelo comodato das suas obras mesmo quando um Estado-Membro tenha estabelecido uma derrogação ao direito exclusivo desses autores de autorizarem ou proibirem tal comodato. Assim, apesar de o artigo 5.º, n.º 1, ser descrito como uma derrogação, esta disposição reflecte, de facto, a obrigação principal de toda a directiva, ou seja, que os autores sejam remunerados, de acordo com os artigos 1.º e 2.º da directiva.

19. O artigo 5.º, n.º 3, estabelece uma verdadeira derrogação a essa obrigação de remuneração, ao permitir aos Estados-Membros que isentem «determinadas categorias de estabelecimentos» do pagamento da remuneração. Assim, deve ser interpretado de forma estrita. A redacção do artigo 5.º, n.º 3, sugere fortemente que apenas um número limitado de categorias de estabelecimentos [7], potencialmente responsáveis pelo pagamento da remuneração nos termos do

5 — A Comissão refere o acórdão de 16 de Outubro de 2003, Comissão/Bélgica (C-433/02, Colect., p. I-12191, n.º 20).

6 — V. sétimo considerando do preâmbulo, acima transcrito no n.º 3.

7 — Aparentemente, o artigo 5.º, n.º 3, foi introduzido para responder às preocupações de dois Estados-Membros que pretendiam conservar a faculdade de isentar as bibliotecas dos estabelecimentos de ensino e as bibliotecas públicas da obrigação de pagamento do direito de comodato público: v. J. Reinbothe e S. von Lewinski, *The EC Directive on Rental and Lending Rights and on Piracy*, 1993, p. 82.

artigo 5.º, n.º 1, pode ser isento desta obrigação. Este é o caso não só da versão em língua inglesa mas também, pelo menos, das versões em língua dinamarquesa, neerlandesa, francesa, alemã, grega, italiana, portuguesa e espanhola, nas quais foi aprovada [8].

20. É verdade que esta posição não é inequívoca, uma vez que «determinadas» tanto pode querer dizer «alguma mas não todas» como «claramente definidas». Uma disposição legal que autoriza os Estados-Membros a adoptar medidas especiais «para evitar 'determinadas' fraudes ou evasões fiscais» dificilmente poderá significar que os Estados-Membros não podem procurar evitar todo o tipo de evasão fiscal [9].

21. No entanto, o Tribunal de Justiça já deixou claro que interpreta o artigo 5.º, n.º 3, de forma estrita, ao afirmar que, «se as circunstâncias prevalecentes no Estado-Membro em questão não permitem efectuar uma distinção válida entre as categorias de estabelecimentos, há que impor a todos os estabelecimentos em causa a obrigação de pagar a remuneração em questão» [10].

22. Concordo com a Comissão quando afirma que a isenção de um pagamento que beneficia essencialmente todos aqueles que, de outra forma, estariam a ele sujeitos não constitui uma isenção, mas antes a anulação da obrigação subjacente. Na presente acção, a Espanha, na realidade, não procura negar que o âmbito da sua isenção coincide efectivamente com as categorias de estabelecimentos que, de outro modo, estariam sujeitos ao pagamento da remuneração [11]. Ao invés, apresenta uma série de argumentos que, em sua opinião, validam a sua opção legislativa.

23. A Espanha alega, em primeiro lugar, que a Comissão não demonstrou que a isenção prevista no artigo 37.º, n.º 2, da LPI provoca qualquer distorção da concorrência no mercado interno. De facto, a Comissão afirmou no seu relatório de 2002 sobre o direito de

8 — Respectivamente «certain categories», «bepaalde categorieën», «visse kategorier», «certaines catégories», «bestimmte Kategorien», «ορισμένες κατηγορίες», «alcune categorie», «determinadas categorias» e «determinadas categorías».

9 — V. n.º 17 das conclusões do advogado-geral F. G. Jacobs no processo Italittica (acórdão de 26 de Outubro de 1995, C-144/94, Colect., p. I-3653).

10 — Acórdão de 16 de Outubro de 2003, Comissão/Bélgica, já referido na nota 5, n.º 20.

11 — É verdade que a Espanha afirma na réplica (sem apresentar qualquer prova) que as empresas privadas estabelecem frequentemente bibliotecas de comodato público e que nada impede as respectivas entidades proprietárias de remunerar os autores que exigem pagamento. Contudo, num ponto ulterior da sua réplica, afirma que a iniciativa privada em Espanha não contribuiu significativamente para a criação de estabelecimentos de interesse geral abertos ao público, pelo que as entidades públicas tiveram que colmatar esta lacuna.

comodato público na União Europeia [12] que não tinha indicações claras, pelo menos à data do relatório, de que o grau relativamente baixo de harmonização do direito de comodato público conferido pela directiva tenha tido um impacto negativo considerável, quer sobre os interesses económicos dos titulares dos direitos, quer sobre o funcionamento correcto do mercado interno. A Comissão também não demonstrou que o âmbito da isenção da LPI tenha conduzido em Espanha a um rendimento insuficiente dos autores que os tenha impedido de continuar o trabalho criativo.

24. Concordo com a Comissão que, para provar a alegada infracção, não está obrigada a provar que a isenção conferida pelo artigo 37.º, n.º 2, da LPI impede os autores de auferir um rendimento adequado ou distorce a concorrência no mercado interno. Os processos de infracção baseiam-se na verificação objectiva de que um Estado-Membro não cumpriu as suas obrigações [13], não exigindo prova de prejuízos efectivos. A obrigação de pagar uma remuneração imposta pelo artigo 5.º, n.º 1, é sempre aplicável, seja ou não necessária em determinado caso para garantir aos autores uma «remuneração adequada» e independentemente dos efeitos específicos que se possam produzir sobre a concorrência decorrentes da ausência de remuneração num determinado caso [14]. Da mesma forma, a derrogação prevista no artigo 5.º, n.º 3, exige sempre que a isenção da obrigação de pagamento da remuneração se limite a «determinad[o]s [...] estabelecimentos», seja ou não esta restrição necessária em determinado caso para garantir aos autores uma «remuneração adequada» e independentemente dos efeitos específicos que se possam produzir sobre a concorrência decorrentes da ausência de remuneração num determinado caso, da mesma forma, a derrogação prevista no artigo 5.º, n.º 3, exige sempre que a isenção da obrigação de pagamento da remuneração se limite a «determinad[o]s [...] estabelecimentos», seja ou não esta restrição necessária em determinado caso para garantir aos autores uma «remuneração adequada» e independentemente dos efeitos específicos que se possam produzir sobre a concorrência decorrentes da ausência de remuneração que teria, de outra forma, sido paga por um determinado estabelecimento.

25. Ademais, a Espanha parece pressupor que a obrigação de remuneração poderia de alguma forma ser afastada se se demonstrasse que os autores já tinham recebido uma remuneração suficiente, de forma a que a ausência de remuneração não os impediria de continuar a executar trabalho criativo. No entanto, este argumento baseia-se numa ideia errada da natureza e objectivo do direito de comodato público. Embora seja verdade que os autores já terão auferido um rendimento pelos seus direitos de reprodução e de distribuição, essa receita não corresponde aos livros objecto de comodato mas sim de venda [15]. É obviamente verdade que nem todo aquele que pede livros emprestados a uma biblioteca pública (ou

12 — Relatório da Comissão, de 12 de Setembro de 2002, ao Conselho, ao Parlamento Europeu e ao Comité Económico e Social Europeu sobre o direito de comodato público na União Europeia, COM/2002/502 final, ponto 5.1.

13 — V., por exemplo, acórdão de 14 de Novembro de 2002, Comissão/Reino Unido (C-140/00, Colect., p. I-10379, n.º 34, e jurisprudência aí referida).

14 — Para uma explicação sobre o possível impacto no mercado interno da falta de regulamentação do direito de comodato público, v. n.ºs 46 e 47 das conclusões que apresentei em 4 de Abril de 2006, nos processos Comissão/Portugal (acórdão de 6 de Julho de 2006, C-53/05, Colect., p. I-6215, p. I-6217, e acórdão de 13 de Julho de 2006, C-61/05, Colect., p. I-6779, p. I-6781).

15 — Dou o exemplo dos livros, mas obviamente o direito de comodato público pode aplicar-se também aos fonogramas e aos videogramas, que são o registo de representações ou de cópias de filmes ou de outras obras audiovisuais (ainda que os videogramas sejam mais frequentemente objecto de aluguer do que de comodato).

os consulta no local) os acabaria por comprar se não existisse esse serviço. Existe, porém, uma tendência geral neste sentido [16]. Em todo o caso, a directiva representa uma decisão política clara de atribuir tanto o direito exclusivo de comodato como o direito a uma remuneração nos casos em que os Estados-Membros tenham estabelecido uma derrogação a esse direito.

26. Em segundo lugar, a Espanha alega que a Comissão interpreta incorrectamente o âmbito da isenção estabelecida no artigo 37.º, n.º 2, da LPI, o qual se refere não à questão de o comodato ser lucrativo ou não, mas sim à questão de o estabelecimento comodante *pertencer a* uma entidade de interesse geral de carácter cultural, científico ou educativo com fins não lucrativos. A Espanha afirma que é possível que determinados estabelecimentos públicos comodantes não estejam isentos da obrigação de pagar uma remuneração e que é possível encontrar entidades privadas com fins lucrativos que sejam proprietárias de estabelecimentos comodantes sem fins lucrativos.

27. Mais uma vez, concordo com a Comissão em que a existência da obrigação de remunerar não deve depender da forma legal escolhida pelo comodante. Em todo o caso, a Espanha não carreia nenhuma prova que corrobore as suas afirmações.

28. Finalmente, a Espanha refere-se à afirmação da Comissão no seu relatório de 2002 [17] de que o «artigo 5.º [...] reflecte o compromisso que na altura se encontrou para respeitar as necessidades do mercado interno, por um lado, e ter em consideração as diferentes tradições dos Estados-Membros em determinadas áreas, por outro». Daqui decorre, de acordo com a Espanha, que as excepções permitidas pelo artigo 5.º, n.º 3, são tão amplas quanto necessário para manter ou reforçar uma tradição cultural. A ampla liberdade de que gozam os Estados-Membros pode levá-los a reconhecer apenas uma remuneração muito limitada ou simbólica ou, até mesmo, a não reconhecer qualquer remuneração. Efectivamente, a Espanha observa que a Comissão afirmou no relatório de 2002 que «[s]ob certas condições, [o artigo 5.º] permite que os Estados-Membros substituam o direito exclusivo por um direito de remuneração, ou mesmo que não prevejam qualquer remuneração» [18]. A Espanha alega que, no caso ora em apreço, a realização de objectivos culturais prevalece sobre o objectivo de procurar garantir um rendimento adequado aos autores. O legislador espanhol teve em

16 — V. ainda n.º 44 da Exposição de motivos da primeira proposta de directiva do Conselho relativa ao direito de locação, ao direito de empréstimo e a certos direitos conexos aos direitos de autor, de 24 de Janeiro de 1991, COM(90) 586 final, referida no n.º 46 das minhas conclusões no processo Comissão/Portugal, já referido na nota n.º 14. V. igualmente o relatório de 2002 da Comissão, já referido na nota n.º 12, n.º 2.

17 — Já referido na nota 12, ponto 3.3.

18 — *Ibidem.*

conta o facto de o uso de bibliotecas públicas em Espanha estar bastante abaixo da média da União Europeia.

29. Na minha opinião, contudo, a obrigação de remunerar os autores imposta pelo artigo 5.º, n.º 1, primeiro período, da directiva, não faria sentido se, de acordo com o segundo período, os Estados-Membros pudessem fixar em zero essa remuneração. O artigo 5.º, n.º 1, segundo período, permite que os Estados-Membros modifiquem o nível da remuneração exigida pelo primeiro período «tendo em conta» os seus objectivos de promoção da cultura. Porém, não os autoriza a fixar uma remuneração «zero». O conceito de remuneração implica que os pagamentos recebidos pelos autores têm que constituir uma compensação adequada dos seus esforços criativos.

30. Da mesma forma, se os Estados-Membros pudessem fixar em zero uma remuneração para todas as categorias de estabelecimentos comodantes, teria sido inútil estabelecer no artigo 5.º, n.º 3, que aqueles apenas podem isentar «determinad[o]s» estabelecimentos da obrigação de pagar uma remuneração. Apesar de o artigo 5.º, n.º 3, deixar aos Estados-Membros uma ampla margem de discricionariedade, esta tem por fim definir as categorias de estabelecimentos que beneficiarão da isenção. Como referido acima, estas categorias não podem abranger, na prática, todos os estabelecimentos potencialmente responsáveis pelo pagamento da remuneração.

31. No que diz respeito à referência, que é feita no relatório de 2002 da Comissão, de que os Estados-Membros podem «mesmo [...] não preve[r] qualquer remuneração», o contexto desta afirmação esclarece que se refere precisamente à possibilidade atribuída aos Estados-Membros pelo artigo 5.º, n.º 3, de «isentar determinadas categorias de estabelecimentos do pagamento da remuneração». As categorias de estabelecimentos assim isentas não pagarão (por definição) qualquer remuneração. A questão em apreço reside, contudo, em saber como interpretar a excepção prevista no artigo 5.º, n.º 3. Por conseguinte, não vejo como é que a afirmação da Comissão no relatório de 2002 sustenta o argumento da Espanha. Além disso, deve ser apreciada no contexto dos comentários da Comissão ao artigo 5.º, n.º 3, constantes do ponto 3.4 do relatório [19]. Em todo o caso, mesmo que esclareça, de alguma forma, a questão ora em apreciação no Tribunal de Justiça no presente caso, a afirmação da Comissão não é mais do que a expressão da interpretação que a Comissão considera que deve ser feita da disposição em causa. Enquanto tal, esta afirmação não vincula o Tribunal de Justiça.

19 — «Enquanto o artigo 5.º oferece aos Estados-Membros muita flexibilidade em termos de derrogação do direito de comodato exclusivo, uma remuneração deve ser auferida, pelo menos, pelos autores. Os Estados-Membros podem definir o montante da remuneração, mas esta deve corresponder aos objectivos subjacentes à directiva e à protecção dos direitos de autor em geral. Na acepção do n.º 3 do artigo 5.º, os Estados-Membros podem isentar determinados estabelecimentos, mas não todos, de pagar a remuneração.»

Conclusão

32. Por conseguinte, sou da opinião que o Tribunal deve:

1) Declarar que o Reino de Espanha não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força dos artigos 1.º e 5.º 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.

2) Condenar o Reino de Espanha nas despesas.