CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL ANTONIO LA PERGOLA

apresentadas em 9 de Setembro de 1999 *

I — Contexto factual e normativo do processo principal e teor da questão prejudicial

1. A Hostelería Asturiana SA (a seguir «Hoasa»), sociedade recorrida no processo principal, é proprietária do Hôtel de la Reconquista (a seguir «hotel»), no qual instalou um sistema que utiliza para a recepção de programas de televisão difundidos por via terrestre ou por satélite e para a sua distribuição interna aos clientes que ocupam os quartos do hotel. O sinal dos programas recebidos é amplificado e transportado por cabo coaxial até aos televisores colocados nos quartos. A distribuição interna dos programas recebidos via satélite, e apenas destes, é, no entanto, precedida de uma alteração de frequência dos sinais (passagem de frequências muito elevadas para outras mais baixas), para permitir a sintonização dos respectivos canais nos televisores à disposição dos clientes. A Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales (a seguir «Egeda»), recorrente no presente processo, é um organismo que assegura a gestão, a representação e a protecção dos interesses e dos direitos dos autores e dos registos audiovisuais. Considerando que o serviço de distribuição de registos audiovisuais e de outras obras contidas nos programas de televisão oferecidos aos clientes do hotel viola o texto codificado da lei sobre a

propriedade intelectual¹ (a seguir «texto codificado»), a Egeda requereu ao Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n. 5 de Oviedo i) que ordene à Hoasa a suspensão imediata do fornecimento deste serviço e que não o retome sem autorização expressa da recorrente, bem como ii) que condene a recorrida a indemnizá-la em conformidade com as tarifas gerais aplicadas por esta e proporcionalmente ao número de quartos ocupados pelos clientes do hotel no decurso do período (não precisado no despacho de reenvio) durante o qual se dedicou à actividade em litígio.

2. O juiz de reenvio considera que a solução do processo principal depende essencialmente da questão de saber se a recepção de sinais de televisão e a sua distribuição por cabo aos quartos de um estabelecimento hoteleiro como o da recorrida constitui ou não um acto de comunicação ao público de obras que são objecto de direitos de propriedade intelectual. O direito de comunicar uma obra ao público («comunicação pública») faz parte dos direitos de exploração de que o seu autor é o titular exclusivo (v. artigo 17.º do texto codificado). Em virtude do artigo 20.º, n.º 1, deste último, deve entender-se por

1 — V. Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de Abril, que aprova o texto codificado da Lei de Propriedade Intelectual, regularizando, aclarando e harmonizando as disposições legais vigentes nesta matéria (BOE n.º 97, de 22 de Abril de 1996, p. 14369).

* Língua original: italiano.

comunicação ao público todo e qualquer acto através do qual uma obra é tornada acessível a uma pluralidade de pessoas, sem distribuição prévia de exemplares a cada uma delas, tendo a comunicação, todavia, um carácter privado quando tenha lugar num local estritamente privado, que não esteja integrado nem ligado a uma rede de difusão, qualquer que ela seja. Seguidamente, o artigo 122.º — que faz parte do título III do livro II (que diz respeito aos direitos da propriedade intelectual que não o direito de autor) do texto codificado — prevê que o direito de autorizar a comunicação ao público de *registos audiovisuais* pertence ao seu produtor. Além disso, os utilizadores de registos audiovisuais usados para os actos de comunicação ao público referidos no artigo 20.º, n.º 2, alíneas f) e g) (v. *infra*) devem pagar uma remuneração equitativa e única aos produtores desses registos e aos artistas intérpretes ou executantes. O exercício do direito a esta remuneração cabe aos organismos de gestão dos direitos de propriedade intelectual (v. artigo 122.º, n.º 3, do texto codificado).

As disposições do artigo 20.º, n.º 2, alíneas f) e g), já referido, do texto codificado precisam, seguidamente, que constituem actos de comunicação ao público, *em particular*: i) a retransmissão da obra radiodifundida, através de um dos meios referidos nas alíneas a) a e)², efectuada por um

organismo distinto do organismo de origem [v. artigo 20.º, n.º 2, alínea f)], e ii) a emissão ou a transmissão da obra radiodifundida, num local aberto ao público, através de todo e qualquer meio adequado [v. artigo 20.º, n.º 2, alínea g)]. No que concerne à solução do processo principal, há que mencionar, entre os meios de retransmissão a que o artigo 20.º, n.º 2, alínea f), do texto codificado faz referência, a transmissão por cabo [v. artigo 20.º, n.º 2, alínea e), já referido; v. nota 2, *supra*].

3. Resulta do despacho de reenvio que o legislador espanhol reproduziu literalmente no texto codificado³ as definições de «comunicação ao público por satélite» e de «retransmissão por cabo», que constam do artigo 1.º, n.ºs 2, alínea a), e 3.º da 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 cabo⁴ (a seguir «directiva»). Na parte pertinente para efeitos das presentes conclusões, o artigo 1.º da directiva, já referida, dispõe o seguinte:

«...

2 — As disposições do artigo 20.º, n.º 2, alíneas a) a e), do texto codificado dizem, respectivamente, respeito a: a) representações cênicas, recitativos, dissertações e execuções públicas de obras dramáticas, dramático-musicais, literárias ou musicais, *efectuadas através de qualquer meio ou processo*, b) a projecção ou apresentação pública de obras cinematográficas ou de outras obras audiovisuais, c) a radiodifusão de toda e qualquer obra ou a sua emissão *através de qualquer outro meio de difusão sem fios, de sinais, sons ou imagens*, d) a radiodifusão ou a comunicação ao público *por satélite* de toda e qualquer obra, ou e) a transmissão ao público de toda e qualquer obra *por fio, cabo, fibra óptica ou outro processo análogo*, gratuita ou onerosamente.

2. a) *Para efeitos da presente directiva, entende-se por 'comunicação ao*

3 — V., respectivamente, artigo 20.º, n.º 2, alíneas d) e f).

4 — JO L 248, p. 15.

público por satélite' o acto de introdução, sob o controlo e a responsabilidade do organismo de radiodifusão, de sinais portadores de programas que se destinam a ser captados pelo público numa cadeia ininterrupta de comunicação conducente ao satélite e deste para a terra.

em nome e por conta dos produtores e dos intérpretes ou executantes em causa. Em 1 de Junho de 1998, o juiz de reenvio decidiu, por conseguinte, submeter a questão prejudicial seguinte ao Tribunal de Justiça, ao abrigo do artigo 177.º do Tratado CE (actual artigo 234.º CE):

...

3. Para efeitos da presente directiva, entende-se por 'retransmissão por cabo' a retransmissão ao público, simultânea, inalterada e integral, por cabo ou microondas, de uma emissão primária a partir de outro Estado-Membro, com ou sem fio, incluindo por satélite, de programas de televisão ou rádio destinados à recepção pelo público» (o sublinhado é meu).

4. Em consequência, segundo o juiz de reenvio, se o serviço fornecido pela Hoasa aos seus clientes for qualificado de retransmissão de obras radiodifundidas, a recorrida — na medida em que utiliza registos audiovisuais no âmbito de actividades de comunicação ao público, tal como referidas no artigo 20.º, n.º 2, alíneas f) e g), do texto codificado — deverá pagar uma remuneração equitativa e única à Egeda,

«Deve o artigo 1.º, n.º 2, alínea a), e n.º 3 da Directiva n.º 93/83/CEE ser interpretado no sentido de que há que considerar que a captação, por parte de uma organização hoteleira, de sinais de televisão por via satélite ou terrestre e a sua distribuição aos diferentes quartos do hotel constitui um 'acto de comunicação ao público' ou uma 'recepção pelo público'?⁵ »

5. Para completar a descrição que acabo de fazer do contexto normativo do processo principal, observo que, nos termos do artigo 5.º do Protocolo 28 relativo à propriedade intelectual, anexo ao Acordo sobre o Espaço Económico Europeu⁶ (a seguir «protocolo 28»), o Reino de Espanha era obrigado, tal como os outros Estados-Membros, a aderir, antes de 1 de Janeiro de 1995, à Convenção de Berna para a Protecção das Obras Literárias e Artísticas (Acto de Paris de 24 de Julho

5 — Note-se que a referência feita pela presente questão prejudicial à noção de «recepção pelo público» parece mais clara se nos reportarmos à versão espanhola do artigo 1.º, n.º 3, da directiva («... la retransmisión... por medio de cable o microondas para su recepción por el público, de emisiones primarias desde otro Estado miembro...»), bem como, por exemplo, ao texto francês («retransmission... pour la réception par le public...») e ao texto inglês («retransmission... for reception by the public»). Recordo que a locução em questão foi traduzida na versão italiana pelos termos «ritrasmissione... destinata al pubblico» (o sublinhado é meu).

6 — JO 1994, L 1, p. 194.

de 1971, tal como alterado em 28 de Setembro de 1979, a seguir «convenção»⁷.

6. O artigo 11.º *bis*, n.º 1, da convenção — relativo (entre outras coisas) à *comunicação pública* de uma obra radiodifundida por fio (sistema de transmissão por cabo) ou sem fio ou por altifalantes ou por qualquer outro instrumento análogo — está formulado da seguinte forma: «Os autores de obras literárias e artísticas gozam do direito exclusivo de autorizar:... 2º toda e qualquer comunicação pública, seja por fio, seja sem fio, da obra radiodifundida, quando esta comunicação seja feita por outro organismo que não o de origem; 3º a comunicação pública, por altifalante ou por outro instrumento análogo transmissor de sinais, de sons ou de imagens, da obra radiodifundida.»

7. À semelhança de outras disposições materiais da convenção (com a única excepção do artigo 6.º *bis*, que diz respeito ao direito moral do autor), o referido artigo 11.º *bis* deve ser considerado como integrado no acordo sobre os aspectos dos direitos de propriedade intelectual que se referem ao comércio⁸ (a seguir «acordo TRIPs»), que constitui o anexo 1 C do

acordo que institui a Organização Mundial do Comércio (a seguir «acordo OMC»), aprovado em nome da Comunidade, no que respeita às matérias abrangidas pela sua competência, pela Decisão 94/800/CE do Conselho, de 22 de Dezembro de 1994⁹. O principal objectivo do acordo TRIPs é reforçar e harmonizar, à escala mundial, a protecção da propriedade intelectual. Para este efeito, por um lado, remete para as convenções já largamente aceites a nível internacional¹⁰; por outro lado, contém disposições de fundo específicas relativas a certos sectores da propriedade intelectual em relação aos quais os países participantes sentiram a necessidade imediata de uma protecção maior. Em virtude do artigo 9.º do acordo TRIPs — contido na secção 1 («Direito de autor e direitos conexos») da

9 — Decisão relativa à celebração, em nome da Comunidade Europeia e em relação às matérias da sua competência, dos acordos resultantes das negociações multilaterais do Uruguai (1986-1994) (JO L 336, p. 1). Nos termos do artigo 65.º do acordo TRIPs, «nenhum membro será obrigado a aplicar as disposições do presente acordo antes do termo de um período geral de um ano após a data de entrada em vigor do acordo OMC». Uma vez que o acordo OMC entrou em vigor em 1 de Janeiro de 1995, as disposições do acordo TRIPs tornaram-se obrigatórias para as partes contratantes, o mais tardar, em 1 de Janeiro de 1996. Recordo que o acordo OMC foi celebrado pela Comunidade e ratificado pelos Estados-Membros, sem que as suas obrigações respectivas em relação às outras partes contratantes tenham sido repartidas entre si. Em conformidade com o princípio da competência conjunta, consagrado no parecer 1/94, de 15 de Novembro de 1994, sobre a «competência da Comunidade para concluir acordos internacionais em matéria de serviços e de protecção da propriedade intelectual» [proferido nos termos do artigo 228.º, n.º 6, do Tratado CE (que passou, após alteração, a artigo 300.º, n.º 6, CE), v. Colect., p. I-5267, n.ºs 54 a 71 e 102 a 105], tanto a Comunidade como os Estados-Membros aderiram igualmente ao acordo TRIPs. Neste parecer, o Tribunal de Justiça reconheceu que, até então, a competência da Comunidade em matéria de propriedade intelectual só tinha sido exercida marginalmente no plano interno, através da adopção de normas comuns sobre as quais os compromissos internacionais podiam ter incidência. Por conseguinte, a condição que permite construir uma competência externa exclusiva da Comunidade ainda não tinha sido realizada. Por outro lado, o Tribunal negou que o domínio dos instrumentos destinados a assegurar a protecção dos direitos de propriedade intelectual possa ser apresentado como um domínio reservado aos Estados-Membros, observando que a Comunidade tem certamente competência para harmonizar as regras neste domínio, desde que tenham uma incidência directa sobre o estabelecimento ou o funcionamento do mercado comum.

10 — V., por exemplo, além da Convenção de Berna, a Convenção de Paris para a Protecção da Propriedade Industrial (acto de Estocolmo de 14 de Julho de 1967, tal como alterado em 2 de Outubro de 1979).

7 — V. nota 26, *infra*. Apenas para a Irlanda, o artigo 5.º, já referido, fixou em 1 de Janeiro de 1995 o prazo para cumprimento da obrigação de adaptar a sua legislação interna às disposições materiais da convenção. Todos os Estados-Membros são partes na convenção (à qual aderem actualmente 140 países, no total) e, em especial, assinaram o texto desta, adoptado pela conferência de revisão de Paris; apenas o Reino da Bélgica e a Irlanda ainda estão vinculados pela versão precedente adoptada em Bruxelas (26 de Junho de 1948). A Comissão afirmou na audiência que tinha, por conseguinte, iniciado um processo de infracção nos termos do artigo 169.º do Tratado CE (actual artigo 226.º CE) contra estes dois Estados-Membros.

8 — JO 1994, L 336, p. 213.

parte II («Normas relativas à existência, âmbito e exercício dos direitos de propriedade intelectual»), que obriga os membros da OMC a preverem um nível mínimo de protecção — «os membros devem observar o disposto nos artigos 1.º a 21.º da Convenção de Berna (1971) e no respectivo anexo...».

II — Argumentos das partes e observações apresentadas ao Tribunal pelos Estados-Membros que «intervieram» e pela Comissão

8. Nas observações que apresentou ao Tribunal, a *Egeda* afirmou, a título principal, ser inadmissível a presente questão prejudicial. Em especial, observa que não parece tratar-se de difusão transfronteiriça por satélite nem de retransmissão por cabo de programas provenientes de outros Estados-Membros. É por isso que a situação dos sujeitos de direito em causa não tem qualquer factor de ligação com as disposições do direito comunitário e não pode, portanto, ser posta em relação com este¹¹. Além disso, segundo a *Egeda*, o caso que constituiu o objecto do presente processo não entra, de qualquer forma, no campo de aplicação material da directiva e o litígio no processo principal deve, portanto, ser decidido com base apenas nas disposições do direito nacional. A título subsidiário, a recorrente propõe, seguidamente, que o Tribunal declare que uma actividade como a actividade em litígio constitui um acto de comunicação ao público na acepção da directiva.

11 — V., nomeadamente, acórdão de 19 de Março de 1992, Batista Morais (C-60/91, Colect., p. I-2085), relativo às regras do tratado sobre a livre circulação de pessoas e de serviços.

9. Os *Governos alemão, do Reino Unido e francês* também sustentaram que a questão suscitada pelo juiz de reenvio deve ser resolvida por aplicação das disposições pertinentes da legislação nacional aplicável¹², isto na medida em que nem as disposições mencionadas no despacho de reenvio nem qualquer outra regra da directiva (ou de outras directivas relativas à propriedade intelectual) permitem que o Tribunal forneça ao juiz de reenvio os elementos de interpretação solicitados.

10. A *Hoasa* concluiu, por seu lado, que o serviço que fornece à clientela do hotel não corresponde a nenhuma das duas definições citadas na questão prejudicial. Segundo a recorrida, não se vê como é que a regulamentação adoptada pela directiva em matéria de comunicação ao público *por satélite* é aplicável a uma actividade completamente diferente, como a que consiste na simples recepção e distribuição interna de sinais difundidos por terceiros. Com efeito, não há qualquer interrupção da transmissão entre o momento da recepção dos sinais de radiotelevisão por antena parabólica e o da sua recepção nos quartos do hotel. Por outro lado, quanto à noção de «recepção pelo público» no contexto do artigo 1.º, n.º 3, da directiva, a referência — contida no artigo 8.º, n.º 1¹³ — aos distribuidores por cabo, como partes normais ou necessárias aos acordos de autorização celebrados com os titulares dos direitos, demonstra que a retransmissão por cabo de programas provenientes de outros Estados-Membros,

12 — As autoridades francesas precisaram que, no estado actual do direito comunitário, o juiz nacional é obrigado a interpretar e a aplicar as regras internas pertinentes em conformidade com as disposições dos artigos 11.º e 11.ºbis da convenção.

13 — V. também o vigésimo sétimo considerando da directiva.

que está prevista e regulamentada pela directiva, deve ser efectuada com fim lucrativo e constituir o objecto exclusivo ou principal da empresa. Estes critérios não estão satisfeitos no caso de um serviço de distribuição puramente interno, como o serviço em litígio, que utiliza um sistema por cabo «passivo», quer dizer, que assegura simplesmente a recepção. Segundo a Hoasa, há, por conseguinte, que responder negativamente à questão prejudicial.

verosimilmente determinadas com base no número de telespectadores potenciais da obra radiodifundida em toda a zona abrangida pelo satélite. Por outro lado, afirmam ainda as autoridades espanholas, não é possível pensar numa comunicação pública de obras protegidas se os destinatários constituírem um grupo de pessoas fechado, isolado em relação ao exterior (por exemplo, como no caso dos clientes de um hotel, por estarem unidos por laços de confiança pessoal ou poderem criar relações recíprocas), mesmo que sejam muitos.

11. Esta conclusão é partilhada pelo *Governo espanhol*, segundo o qual, quando foi adoptada a directiva, o legislador comunitário teve por objectivo eliminar as disparidades preexistentes nas regulamentações nacionais relativas aos direitos de autor, que expunham os titulares dos direitos «ao risco de verem explorar as suas obras sem receber remuneração» (v. quinto considerando). Ora, embora a oferta de programas de televisão transfronteiriços por um hotel possa ter incidência no preço de locação dos quartos — da mesma maneira que os outros serviços, tais como a colocação à disposição de um telefone, de um fax, de um minibar ou de uma casa de banho individual —, torna-se necessário concluir que uma empresa que se encontre na situação da recorrida não pratica actos autónomos de exploração económica de direitos de autor com fins lucrativos. Além disso, os clientes do hotel fazem, mesmo assim, parte do público que a radiodifusão da obra protegida pode atingir, supondo que esta esteja devidamente autorizada pelos titulares dos direitos de autor em causa. Estes últimos já receberam, uma vez por todas, as remunerações que competem a cada um deles,

12. Finalmente, segundo a *Comissão*, há que excluir que, no caso em apreço, se possa pensar numa actividade de «comunicação ao público por satélite», na acepção do artigo 1.º, n.º 2, alínea a), da directiva. A Comissão observa, a este respeito, que — estando bem adquirido o princípio da origem em que é baseada a directiva (v. ponto 14, *infra*) — a distribuição, nos quartos de hotel, dos programas televisivos em litígio, que ocorre após a sua recepção por satélite, provoca uma interrupção na sequência de comunicação. No entanto, o fornecimento do serviço em questão pela recorrida pode entrar no campo de aplicação do artigo 1.º, n.º 3, da directiva, desde que a recepção de programas televisivos transfronteiriços por uma empresa hoteleira e a sua distribuição interna por cabo dêem lugar a uma recepção pelo público. Segundo a Comissão, o Tribunal de Justiça é obrigado a assegurar a aplicação uniforme desta disposição em todo o território da Comunidade, com base numa decisão interpretativa, para prevenir as distorções indevidas na livre prestação de serviços e no livre jogo da concorrência no mercado

interno. A Comissão indica que as disposições da convenção, que contêm numerosas referências à noção de «comunicação ao público», fazem parte integrante da ordem jurídica comunitária depois da entrada em vigor do Acordo sobre o Espaço Económico Europeu (a seguir «acordo EEE»), isto na medida em que, em virtude do artigo 5.º do protocolo 28, os Estados-Membros são obrigados a aplicar correctamente a convenção. Ao mesmo tempo, a Comissão recordou a jurisprudência em que o Tribunal de Justiça consagrou a obrigação de interpretar a regulamentação comunitária primária e derivada à luz do direito internacional público. A directiva deve, portanto, em todo o caso, ser interpretada à luz das disposições materiais da convenção, mesmo que se considere que esta não foi «comunitarizada». Segundo a Comissão, a interpretação uniforme pedida ao Tribunal no caso em apreço deve basear-se na noção de «comunicação ao público da recepção de uma emissão de radiodifusão», tal como elaborada no Glossário do Direito de Autor e dos Direitos conexos¹⁴ e no Guia sobre a Convenção de Berna¹⁵, publicados pela Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI; a seguir, respectivamente, «glossário» e «guia»). Ora, os clientes-utilizadores dos televisores colocados nos quartos constituem um público novo em relação ao (hotel) inicialmente visado pelo autor, quando concedeu autorização de radiodifusão da obra protegida. À questão suscitada pelo juiz de reenvio, deve, portanto, responder-se que — em conformidade com o artigo 1.º, n.º 3, da directiva, interpretado à luz da convenção — a retransmissão, por cabo, por um hotel, de sinais de televisão, recebidos por satélite ou

por cabo, para os quartos ocupados pela clientela constitui não uma simples recepção de programas mas um acto independente de retransmissão ao público, graças ao qual uma obra protegida é comunicada a um público novo e que requer, portanto, uma autorização independente dos titulares do direito.

III — Análise jurídica

13. É conveniente, antes de mais, verificar o bem-fundado das afirmações da Comissão. Esta última invoca, por um lado, o artigo 5.º do protocolo 28 e, por outro, a jurisprudência do Tribunal de Justiça relativa à obrigação de interpretar o direito comunitário derivado à luz do direito internacional, para sugerir que o Tribunal interprete as disposições da directiva referidas pelo juiz de reenvio — em especial, o artigo 1.º, n.º 3 — de um modo tão conforme quanto possível com as disposições materiais pertinentes da convenção (v. ponto 12, *supra*). A circunstância de o despacho de reenvio não mencionar sequer a convenção não pode, como é evidente, constituir obstáculo à análise que me proponho fazer. Segundo uma jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, com efeito, este último é competente, quando toma posição nos termos do artigo 177.º do Tratado, para também tomar em consideração as disposições do direito comunitário — para as quais a Comissão tenha

14 — V. Boytha, G., *WIPO Glossary of Terms of the Law of Copyright and Neighbouring Rights* — *OMPI Glossaire du droit d'auteur et des droits voisins* — *OMPI Glosario de derecho de autor y derechos conexos*, Ginebra, 1980.

15 — V. Masouyé, C., *Guide de la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques (Acte de Paris, 1971)*, Ginebra, 1978.

eventualmente chamado a sua atenção¹⁶ — além daquelas a que se referem as questões prejudiciais suscitadas pelo juiz nacional, mas que pareçam pertinentes para efeitos da solução do litígio no processo principal¹⁷.

bros «completar[em] as disposições gerais necessárias ao cumprimento dos objectivos da presente directiva através de disposições [normativas] internas» (v. os trigésimo terceiro, trigésimo quarto e trigésimo quinto considerandos).

14. A directiva foi adoptada com base no artigo 57.º, n.º 2, do Tratado CE (que passou, após alteração, a artigo 47.º, n.º 2, CE) e do artigo 66.º do Tratado CE (actual artigo 55.º CE), e destina-se a suprimir os obstáculos à plena realização da livre circulação dos programas de televisão na Comunidade, do ponto de vista do direito de autor. Tal como resulta dos considerandos da directiva, o legislador comunitário limitou-se a adoptar nesta matéria as disposições mínimas necessárias, que a Comissão e o Parlamento tinham já querido inicialmente ver inseridas na directiva sobre «a televisão sem fronteiras»¹⁸. A adopção da directiva, de resto, não prejudica uma «posterior harmonização em matéria de direitos de autor e de direitos conexos» nem, em todo o caso, deve prejudicar a faculdade de os Estados-Mem-

Deve recordar-se, além disso, que o objectivo do disposto no artigo 1.º, n.º 2, alínea a) — tal como se deduz do n.º 2, alínea b), e do décimo quarto considerando da directiva —, consiste essencialmente em evitar a aplicação cumulativa de duas ou mais legislações nacionais a um único acto de radiodifusão *por satélite* de obras protegidas pelo direito de autor. Para eliminar a insegurança jurídica existente até então quanto aos direitos a adquirir e os obstáculos que daí resultam para a difusão transnacional dos programas, o Conselho definiu, assim, o conceito de comunicação ao público por satélite no interior da Comunidade¹⁹. Uma vez precisado que o acto de comunicação é considerado como efectuado no Estado-Membro de origem, é em conformidade com a lei deste último que o autor tem o direito exclusivo de autorizar por contrato a radiodifusão da obra²⁰. Por conseguinte, a directiva exige

16 — V., nomeadamente, acórdão de 18 de Março de 1993, Viessmann (C-280/91, Colect., p. I-971, n.º 15).

17 — V., nomeadamente, acórdãos de 18 de Fevereiro de 1964, Rotterdam e Puttershoek (73/63 e 74/63, Colect., p. 369); de 28 de Junho de 1978, Simmenthal (70/77, Recueil, p. 1453, Colect., p. 499); de 20 de Março de 1986, Tissier (35/85, Colect., p. 1207); e de 16 de Dezembro de 1992, Claeys (C-114/91, Colect., p. I-6559).

18 — Directiva 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 actividades de radiodifusão televisiva (JO L 298, p. 23), tal como alterada pela Directiva 97/36/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 30 de Junho de 1997 (JO L 202, p. 60). A directiva sobre a televisão sem fronteiras foi, também ela, adoptada com base nos artigos 57.º, n.º 2, e 66.º do Tratado. V. Erdozain López, V. J. C., *Las Retransmisiones por Cable y el Concepto de Público en el Derecho de Autor*, Pamplona, 1997, p. 321.

19 — Como Erdozain López observa, a questão da articulação do acto da radiodifusão ou de comunicação ao público por satélite a uma ordem jurídica determinada faz mais parte do direito internacional privado que do direito de autor em sentido estrito (v. nota 18, pp. 330 e 331).

20 — V. artigos 1.º, n.º 2, alínea b), 2.º e 3.º, n.º 1, da directiva. Do princípio a que se refere o texto resulta que a directiva afastou a teoria chamada de Bogsch, segundo a qual os direitos de radiodifusão de uma obra protegida devem ser adquiridos de modo global para todos os países de recepção (v. sétimo considerando).

aos Estados-Membros que introduzam na sua ordem jurídica interna disposições relativas ao direito de radiodifusão por satélite (v. artigo 2.º)²¹.

A solução adoptada para a retransmissão por cabo é, no entanto, diferente: tal como observam as autoridades britânicas, a directiva não impõe aqui a introdução de um direito exclusivo análogo, antes parte do princípio que existem, nas legislações nacionais, outros direitos («direitos de autor e direitos conexos»), não harmonizados nem definidos, cujo respeito os Estados-Membros são obrigados a garantir (v. artigo 8.º). Observo, por conseguinte, que, no que concerne às presentes conclusões, o ponto em litígio no processo principal — quer dizer, a determinação do conteúdo do direito de radiodifusão em caso de comunicação ao público por cabo de uma obra protegida já radiodifundida — continua fora do campo de aplicação material da

directiva, que se limita a prescrever o exercício exclusivo deste direito sob forma colectiva (v. artigo 9.º).

15. Uma vez que o alcance da coordenação deste modo pretendida pelo legislador comunitário é evidentemente muito limitada, fica explicado por que razão a directiva — ainda que o seu artigo 1.º («Definições») seja consagrado, na totalidade, a clarificar o significado de certas noções fundamentais utilizadas seguidamente no texto normativo, com vista à aplicação das regras materiais que nele se contêm («para efeitos da presente directiva») — não define as noções de «retransmissão», de «sistema por cabo», de «público», de «comunicação ao público» e de «recepção pelo público» (v. nota 5, *supra*). Simplesmente, estas definições não pareceram necessárias. Em todo o caso, o intérprete pode deduzi-las das convenções internacionais nesta matéria, incluindo, naturalmente, a de Berna, no contexto da qual, tal como a Comissão indicou, foram inicialmente elaborados muitos dos conceitos utilizados seguidamente pela directiva. Estou, por conseguinte, de acordo com a recorrente e com os Governos alemão, do Reino Unido e francês, para dizer que, mesmo admitindo que, no processo principal, o litígio incida sobre programas de radiotelevisão provenientes de outros Estados-Membros²², não é possível responder à

21 — Foi observado que a «harmonização mínima» das disposições materiais relativas à protecção dos direitos de autor se tornou necessária na sequência da escolha de base em que a directiva se fundou, que consiste em aplicar unicamente a lei do Estado onde está estabelecido o emissor. «De outro modo, poderia acontecer... que alguns fizessem um 'uso anormal' da livre prestação de serviços: um emissor que transmite a partir de um Estado em que a transmissão por satélite não exige qualquer autorização, na medida em que aí existe um sistema de licença involuntária, poderia enviar o sinal para todos os outros Estados-Membros da Comunidade, incluindo aqueles em que a própria transmissão teria, pelo contrário, de ser autorizada exclusivamente pelo autor. Uma situação deste género, além de comportar, para os autores, um sacrifício excessivo dos seus direitos (mesmo patrimoniais)... criaria evidentemente também distorções de concorrência. Os emissores que se estabelecessem no Estado que 'oferecesse' uma legislação que lhes fosse mais vantajosa seriam favorecidos» [Mastroianni, R., «La protezione dei diritti d'autore e dei diritti connessi nelle trasmissioni televisive via satellite e via cavo in Europa», in *Rapporto '93 sui problemi giuridici della radiotelevisione in Italia* (Barile, P.; Zaccaria, R., ed.), Turin, 1994, p. 363, sobretudo pp. 381 e 382].

22 — Recordo que, segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça relativa aos mecanismos de cooperação entre este último e os juizes nacionais, instituídos pelo artigo 177.º do Tratado, a questão de saber se todos os elementos pertinentes da actividade em litígio no processo principal estão ou não no interior de um único Estado-Membro depende de verificações de facto que compete unicamente ao órgão jurisdiccional nacional efectuar (v., nomeadamente, acórdão de 18 de Março de 1980, Debaue e o., 52/79, Recueil, p. 833, n.º 9).

questão prejudicial submetida pelo Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n. 5 de Oviedo com base na directiva.

todavia, que este princípio não pode valer para os acordos celebrados pelos Estados-Membros que não vinculam a Comunidade, tais como a convenção²⁵.

16. Acrescento que, por outra razão, não posso, em todo o caso, aderir à ideia da Comissão de que a solução da presente questão prejudicial exige que se interprete a directiva à luz da convenção. A jurisprudência do Tribunal de Justiça a que a Comissão faz referência nas suas observações diz respeito apenas a acordos internacionais *celebrados pela Comunidade*. Estes acordos fazem parte integrante da ordem jurídica comunitária desde a sua entrada em vigor e constituem «actos adoptados pelas instituições da Comunidade», na acepção do artigo 177.º, primeiro parágrafo, alínea b), do Tratado²³. As disposições aí contidas primam, além disso, hierarquicamente sobre o direito comunitário derivado. «O primado dos acordos internacionais celebrados pela Comunidade sobre os textos do direito comunitário derivado [afirmou o Tribunal] exige interpretar estes últimos na medida do possível em conformidade com esses acordos», de um modo absolutamente análogo ao caso em que, «quando um texto de direito comunitário derivado necessita de interpretação, ele deve, na medida do possível, ser interpretado num sentido conforme com as disposições do Tratado»²⁴. Considero,

17. A conclusão a que chego não exclui, todavia, que precisamente a convenção possa, em todo o caso, servir de base à resposta à presente questão prejudicial, que o Tribunal de Justiça é convidado a fornecer ao juiz de reenvio. No decurso do processo no Tribunal de Justiça, a Egeda e a Comissão defenderam, baseando-se em argumentos diferentes, a tese de que a convenção foi «comunitarizada» e que o Tribunal é, por conseguinte, obrigado a garantir a aplicação uniforme das suas disposições no interior da Comunidade. Enquanto a Comissão faz referência ao artigo 5.º do protocolo 28 (v. ponto 12, *supra*)²⁶, a recorrente invocou, embora de

25 — Mesmo no caso de o Tribunal, tomando posição sobre questões relativas à interpretação ou validade de regras comunitárias, ter feito referência a convenções internacionais de que a Comunidade não faz parte, baseou-se, na realidade, nos princípios do direito internacional consuetudinário codificados nessas convenções. V. Puissechet, J.-P., «La place du droit international dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes», in *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*, Milão, 1998, vol. II, p. 779).

26 — Este artigo 5.º está formulado nos seguintes termos: «1. As partes contratantes providenciarão no sentido de assegurar a sua adesão, antes de 1 de Janeiro de 1995, às seguintes convenções multilaterais relativas à propriedade industrial, intelectual e comercial:

...
b) Convenção de Berna para a protecção das obras literárias e artísticas (acto de Paris, 1971);

...
3. À data da entrada em vigor do presente protocolo, as partes contratantes deverão respeitar, na sua legislação interna, as disposições substantivas das convenções enumeradas nas alíneas a) a c) do n.º 1...»

23 — O Tribunal de Justiça é, portanto, competente para tomar decisões a título prejudicial sobre a interpretação destes acordos (v., nomeadamente, acórdãos de 30 de Abril de 1974, Haegeman, 181/73, Colect., p. 251, n.ºs 3 a 6; de 26 de Outubro de 1982, Kupferberg, 104/81, Recueil, p. 3641, n.ºs 12 a 14; e de 15 de Junho de 1999, Andersson, C-321/97, Colect., p. 3551, n.º 26).

24 — V. acórdão de 10 de Setembro de 1996, Comissão/Alemanha (C-61/94, Colect., p. I-3989, n.º 52). V. também acórdão de 26 de Abril de 1972, Interfood (92/71, Recueil, p. 231, n.º 6, Colect., p. 81).

modo absolutamente incidental²⁷, as obrigações assumidas pela Comunidade no momento da adesão ao acordo TRIPs. Destas duas ideias, é a última que me parece a mais convincente. Com efeito, bem vistas as coisas, o artigo 5.º do protocolo 28 impõe aos Estados-Membros (bem como aos Estados EFTA)²⁸ *obrigações consistentes na adopção de normas* (adesão à convenção e adaptação das legislações nacionais). Evidentemente, é apenas quando os Estados tiverem cumprido estas obrigações que regras correspondentes às da convenção entrarão em vigor nas ordens jurídicas nacionais. Coisa diferente, no entanto, é sustentar que basta que essas obrigações sejam impostas para que as disposições da convenção entrem plena e imediatamente em vigor na ordem jurídica comunitária.

18. Considero a tese da Egeda mais convincente. Segundo a recorrente, as disposições da própria convenção estão integradas no acordo TRIPs, *mesmo que assim suceda apenas com as matérias em relação às quais tenham sido adoptadas regras comuns ao nível comunitário*²⁹. Em consequência, a Comunidade, embora não tendo aderido formalmente à convenção (não o podia fazer; v. nota 28, *supra*), é, no entanto, obrigada a respeitar os artigos 1.º a 21.º desta. No processo Hermès, o Tribunal de Justiça resolveu já de modo afirmativo a questão da competência do Tribunal para interpretar o acordo TRIPs, no que diz respeito ao artigo 50.º Tratava-se, recorde, de uma das disposições deste acordo relativa às «medidas a adoptar para garantir uma protecção eficaz dos direitos de propriedade intelectual», que, segundo os

27 — Com efeito, segundo a Egeda, a convenção não tem, em todo o caso, pertinência para a solução do litígio no processo principal, pois nenhuma das suas disposições se refere à questão em litígio.

28 — Embora a Comunidade tenha aderido formalmente ao acordo EEE e as obrigações de agir visadas pelo texto estejam textualmente relacionadas com as «partes contratantes», não dizem respeito à Comunidade como tal. Com efeito, o artigo 2.º do acordo precisa que os termos «partes contratantes», tais como utilizados seguidamente no acordo, se devem entender em cada caso, no que diz respeito à Comunidade e aos seus Estados-Membros, como respectando: i) a Comunidade *conjuntamente* com os Estados-Membros, ii) apenas a Comunidade ou iii) apenas os Estados-Membros, em função do contexto e das competências respectivas, tais como previstas e reguladas pelo Tratado. Ora, a Comunidade não pode aderir à convenção: tal como em relação às versões anteriores da convenção, o acto de Paris, já referido, faz exclusivamente referência aos «países da União» [o que deve ser entendido como referindo-se aos Estados: v. guia (já referido na nota 15, *supra*), p. 8] e não parece, portanto, permitir a adesão das organizações internacionais à convenção. V. também a proposta de decisão do Conselho relativa à adesão dos Estados-Membros à Convenção de Berna, apresentada oportunamente pela Comissão [COM(90) 582 final; JO 1991, C 24, p. 5], seguidamente retirada por não ter sido aprovada, devido à transferência extraordinária de competências que uma decisão deste género teria implicado. Por outro lado, é preciso também excluir, no plano lógico e senântico, que a Comunidade possa ser destinatária de uma norma que lhe ordene «que se conforme, na sua legislação *interna*, às disposições materiais das convenções...».

29 — V. nota 9, *supra*. V. Mastroianni, R., *Diritto internazionale e diritto d'autore*, Milão, 1997, pp. 174 a 177, bem como Bercovitz, A., «Copyright and Related Rights», in *Intellectual Property and International Trade: The TRIPS Agreement*, Correa, C. M.; Yusuf, A. A. (ed.), Londres, 1998, pp. 148 e 149.

Governos «intervenientes» no âmbito deste processo, eram da competência dos Estados-Membros³⁰. Uma solução análoga parece impor-se por maioria de razão no caso em apreço. A solução do litígio no processo principal exige, com efeito — se se adoptar a solução que me parece preferível —, a interpretação de uma das disposições materiais da convenção, incorporada no acordo TRIPs através da técnica do reenvio formal, que tem por objecto a protecção do direito de comunicação ao público em caso de utilização secundária de

obras radiodifundidas originárias de outro Estado-Membro. A protecção do direito de autor é uma matéria em que a Comunidade exerceu já efectivamente a sua competência no plano interno³¹. Por isso, creio também que não pode haver qualquer dúvida quanto à competência do Tribunal de Justiça para tomar decisões a título prejudicial sobre a interpretação das disposições da convenção para que remete o artigo 9.º do acordo TRIPs. A conclusão a que, finalmente, cheguei neste caso não parece ser contraditada pela circunstância de o

30 — Acórdão de 16 de Junho de 1998 (C-53/96, Colect., p. I-3603, n.ºs 22 a 29). O Tribunal de Justiça afirmou a sua competência, baseando-se na dupla circunstância de, por um lado, o artigo 50.º, já referido, exigir que as autoridades dos Estados-Membros possam adoptar «medidas provisórias» para protegerem os interesses dos titulares dos direitos de marca conferidos pela legislação desses Estados e de, por outro lado, em virtude do artigo 99.º do Regulamento (CE) n.º 40/94 do Conselho, de 20 de Dezembro de 1993, sobre a marca comunitária (JO 1994, L 11, p. 1), em vigor no momento da assinatura do acordo OMC, os direitos resultantes da marca comunitária poderem ser protegidos através da adopção de «medidas provisórias e cautelares». Ora, embora as medidas referidas por esta última disposição, tal como as regras processuais correspondentes, sejam as previstas pela legislação nacional do Estado-Membro interessado para efeitos da marca nacional, uma vez que a Comunidade é parte contratante no acordo TRIPs e que este acordo diz respeito à marca comunitária, os tribunais referidos no artigo 99.º, já referido, quando têm de aplicar regras nacionais para adoptarem medidas provisórias destinadas a proteger direitos resultantes de uma marca *comunitária*, são obrigados a fazê-lo, na medida do possível, à luz da letra e da finalidade do artigo 50.º do acordo TRIPs. Recordo que, de resto, neste processo, o advogado-geral G. Tesouro concluiu que o Tribunal de Justiça era competente para se pronunciar a título prejudicial sobre *todas* as disposições do acordo TRIPs, para garantir que elas fossem interpretadas, e portanto aplicadas, de modo uniforme. O advogado-geral recordou: i) a interconexão que pode existir entre as disposições de um mesmo acordo; ii) o interesse da Comunidade em não ver a sua responsabilidade internacional desencadeada por causa de violações cometidas por um ou diversos Estados-Membros; iii) a necessidade de respeitar a obrigação de cooperação entre os Estados-Membros e as instituições comunitárias, não apenas durante a negociação e a celebração de acordos na matéria mas também no momento da sua aplicação; bem como iv) a função de garantia desempenhada pelo mecanismo de controlo jurisdicional definido pelo Tratado e que pressupõe a contribuição simultânea do juiz comunitário e dos juizes nacionais, apresentando-se o sistema jurídico comunitário para o exterior de modo essencialmente unitário, ao mesmo tempo que é caracterizado pela aplicação simultânea de disposições de origens diversas (internacionais, comunitárias e nacionais; v. as conclusões do advogado-geral G. Tesouro no processo Hermès, já referido, n.ºs 20 e 21).

31 — Recorde-se que, para além da Directiva 93/83, que constitui objecto da presente questão prejudicial, o Conselho adoptou diversas directivas em matérias de direitos de autor e de direitos conexos [v. Directiva 91/250/CEE do Conselho, de 14 de Maio de 1991, relativa à protecção jurídica dos programas de computador (JO L 122, p. 42); 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 (JO L 346, p. 61); Directiva 93/98/CEE do Conselho, de 29 de Outubro de 1993, relativa à harmonização do prazo de protecção dos direitos de autor e de certos direitos conexos (JO L 290, p. 9)]. V. também a Directiva 96/9/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Março de 1996, relativa à protecção jurídica das bases de dados (JO L 77, p. 20), bem como a proposta alterada de directiva do Parlamento Europeu e do Conselho sobre a harmonização de certos aspectos do direito de autor e de direitos conexos na sociedade de informação [COM(99) 250 final; JO 1999, C 180, p. 6]. No seu pedido de parecer relativo à competência da Comunidade para celebrar acordos internacionais em matéria de serviços e de protecção da propriedade intelectual (v. parecer citado na nota 9, *supra*, Colect., pp. I-5333 a I-5335), a Comissão afirmou que todas as disposições do acordo TRIPs correspondem, no plano interno, a certas disposições do direito comunitário derivado e, em especial, que as directivas referidas dizem respeito a sectores regulamentados pelos artigos 10.º a 14.º deste acordo. Como observa Mastroianni (v. nota 29, *supra*, p. 175), «ao indicar, exclusivamente a título de exemplo, certas matérias incluídas no acordo TRIPs em relação às quais a competência comunitária ainda *não* foi exercida de modo completo, o Tribunal de Justiça refere-se (no parecer 1/94) à harmonização parcial realizada em matéria de marcas, de patentes, de desenhos e de modelos e de protecção de informações técnicas reservadas, mas evitou referir-se ao direito de autor, matéria em que, como, de resto, a Comissão fez uma demonstração exaustiva, a acção normativa comunitária tinha, já então, atingido importantes resultados. Isto significa que, pelo menos nos sectores em que a harmonização foi já efectuada, a Comunidade, ao participar no acordo TRIPs, assumiu, em relação a Estados terceiros, obrigações *independentes das assumidas pelos Estados-Membros*» (nota omissa).

artigo 11.^o*bis* da convenção, integrado no acordo TRIPs por efeito do artigo 9.^o deste último, ser aplicável tanto a situações regidas pelo direito nacional como a situações abrangidas pelo direito comunitário. Mesmo neste caso, com efeito, «existe um verdadeiro interesse comunitário em que, para evitar divergências de interpretação futuras, a referida disposição seja interpretada de forma uniforme, quaisquer que sejam as condições em que se deva aplicar»³².

para que este esteja em condições de interpretar as regras nacionais pertinentes à luz das disposições da convenção, para as quais remete o acordo TRIPs³³ — que a disposição em questão enuncia um princípio suficientemente preciso e incondicional para que o juiz nacional o possa aplicar. Ela parece, portanto, susceptível de regular a situação jurídica dos particulares³⁴, desde que, segundo o parecer do Tribunal de Justiça, esta verificação não seja contraditada pelo exame do objecto, da natureza

19. Assim sendo, estou consciente do facto de que a aplicabilidade da interpretação, por este Tribunal, do artigo 11.^o*bis* da convenção à situação jurídica da recorrente no processo principal — e, por conseguinte, o próprio poder de o Tribunal tomar essa regra em consideração no âmbito do exame da presente questão prejudicial — pressupõe que o artigo 9.^o do acordo TRIPs tenha efeito directo. A este respeito, observo — embora o Tribunal de Justiça não seja chamado a pronunciar-se aqui sobre a questão do efeito directo do artigo 9.^o, já referido, mas apenas a resolver a questão de interpretação que lhe é submetida pelo juiz espanhol,

33 — V., no que respeita ao acordo TRIPs, o acórdão Hermès (já citado na nota 30, *supra*, n.^o 35).

34 — Segundo uma jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, uma disposição de um acordo celebrado pela Comunidade com países terceiros deve ser considerada como sendo de aplicação directa, quando, à luz dos seus termos e do objectivo e da natureza do acordo, contiver uma obrigação clara e precisa, que não esteja subordinada, na sua execução e nos seus efeitos, à intervenção de qualquer acto posterior (v., nomeadamente, acórdãos de 30 de Setembro de 1987, Demirel, 12/86, Colect., p. 3719, n.^o 14; de 31 de Janeiro de 1991, Kziber, C-18/90, Colect., p. I-199, n.^o 15; de 16 de Junho de 1998, Racke, C-162/96, Colect., p. I-3655, n.^o 31; e de 4 de Maio de 1999, Stítil, C-262/96, Colect., p. I-2685, n.^o 60). Ora, o artigo 9.^o do acordo TRIPs obriga os membros da OMC — em termos claros, precisos e imperativos — a aplicarem, nas suas ordens jurídicas respectivas, as disposições materiais da convenção, contidas nos seus artigos 1.^o a 21.^o e no anexo. Esta disposição inclui, assim, uma obrigação de resultado precisa e, pela sua própria natureza, pode ser invocada por um particular perante a autoridade judicial nacional, sem que seja necessária, para esse efeito, a adopção de medidas de aplicação complementares. É inútil salientar que a questão de saber se o artigo 11.^o*bis* da convenção pode ser invocado perante o juiz nacional não se põe no caso em apreço, dado que a pretensão da recorrente se baseia nas disposições pertinentes da lei espanhola. O artigo 11.^o*bis*, já referido, é invocado a título de simples parâmetro comunitário para a interpretação da noção de comunicação ao público contida na regra interna, não com vista à protecção imediata de alegados direitos que os particulares retêm directamente da convenção.

32 — V., em referência ao artigo 50.^o do acordo TRIPs, o acórdão Hermès (já referido na nota 30, *supra*, n.^o 32).

e do contexto do acordo com que esta disposição se articula³⁵.

20. Passo, portanto, à análise da questão de saber se a distribuição de obras radiodifundidas nos quartos de um hotel graças a televisores neles instalados deve ser qualificada como acto de simples recepção ou de emissão (comunicação ao público) com base na convenção. Antes de mais, advirto que as respostas dadas a estes problemas pelos legisladores nacionais diferem entre si; o mesmo se pode dizer das soluções

jurisprudenciais, frequentemente mesmo dentro de cada país. Não se pode negar que, como observou a Comissão, é necessário centralizar no Tribunal de Justiça a interpretação das disposições materiais da convenção para toda a ordem jurídica comunitária. Ora, um ponto de partida útil para a interpretação do artigo 11.ºbis, n.º 1, da convenção (v. ponto 6, *supra*) é constituído por materiais interpretativos elaborados pela OMPI³⁶. No que concerne à disposição aqui em causa, o glossário define a noção de «comunicação ao público da recepção de uma emissão de radiodifusão» como «o facto de utilizar postos receptores de rádio ou de televisão (altifalantes ou tubos receptores) fora de locais privados, dando acesso ao programa radiodifundido a quem quer que se encontre, por qualquer razão, no lugar de recepção. São utilizados frequentemente postos receptores em restaurantes, em armazéns e em locais semelhantes para atrair o público. O direito de radiodifundir ou a possibilidade de receber emissões não engloba necessariamente o direito de tornar acessíveis ao público os programas recebidos. O mesmo sucede com os programas recebidos por cabo. As autorizações necessárias devem, regra geral, ser pedidas às sociedades de autores ou a outros organismos encarregados de gerir os direitos dos autores»³⁷. Como se observa no guia, «o que importa no que respeita à aplicação [do artigo 11.ºbis, n.º 1, ponto 2º] é a questão de saber se e em que condições o intermediário se interpõe ao nível da distribuição da emissão e realiza actos de comunicação ao público... Os critérios que permitem distinguir entre uma tal comunicação e uma simples operação de recepção da

35 — Recordo que os advogados-gerais G. Cosmas e G. Tesouro se exprimiram em termos diferentes sobre a questão do efeito directo do acordo da OMC. De acordo com o primeiro, as disposições deste acordo — em especial, as referentes às possibilidades de derrogação e às medidas que podem ser tomadas em caso de dificuldades excepcionais e as relativas à resolução dos diferendos entre as partes contratantes — continuam a ser caracterizadas por uma grande flexibilidade, que não permite reconhecer-lhes um efeito directo (v. conclusões apresentadas em 10 de Dezembro de 1996 no processo *Affish*; acórdão de 17 de Julho de 1997, C-183/95, *Colect.*, p. I-4315, n.º 119). No processo *Hermès*, mais recente, o advogado-geral G. Tesouro afirmou, em contrapartida, que as mudanças que acompanharam a passagem do Acordo Geral sobre Pautas Aduaneiras e Comércio (GATT) à OMC — em especial, as ocorridas quanto à dimensão e ao alcance do sistema (inversão da relação entre regras e excepções), bem como quanto à natureza e à eficácia do mecanismo de resolução dos diferendos (sob o ângulo do carácter imperativo dos seus resultados) — são susceptíveis de justificar uma interpretação que, contrariamente ao que se passou no caso do GATT, reconheça o efeito directo do acordo OMC e do acordo TRIPs, isto tendo também em conta o facto de o Tribunal de Justiça, desde há muito, ter admitido o efeito directo de outros acordos celebrados pela Comunidade, que apresentam características substancialmente análogas, quanto à flexibilidade e ao carácter negociado da resolução dos conflitos, às da OMC (v. conclusões apresentadas em 13 de Novembro de 1997 no processo *Hermès*, já citado na nota 30, *supra*, n.º 26 a 30).

36 — V. Ricketson, S., *The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works: 1886-1986*, Londres, 1987, p. 140).

37 — V. Boytha, citado na nota 14, *supra*, p. 44.

emissões que não está sujeita ao regime do direito exclusivo de autor são deixados à apreciação das legislações nacionais»³⁸. Por outro lado, no contexto da convenção, uma licença de difusão radiotelevisiva, concedida a um emissor, também não abrange eventuais utilizações posteriores da obra por terceiros — tais como a comunicação ao público do programa transmitido através de um altifalante ou de um instrumento análogo (no caso concreto, um televisor) —, em especial, se prosseguirem um fim lucrativo. Esta forma de comunicação permitiria, com efeito, atingir um novo público, diferente daquele que o autor imaginava no momento em que concedeu a autorização de radiodifusão inicial, que concedeu no exercício do seu direito exclusivo. «Com efeito, embora, por definição, a radiodifusão possa atingir um número indeterminado de pessoas, o autor, ao autorizar este modo de exploração da sua obra, só toma em consideração os utilizadores directos; quer dizer, os detentores de aparelhos de recepção que, individualmente ou na sua esfera privada ou familiar, captam as emissões. A partir do momento em que esta captação é feita com destino a um auditório que se situa numa escala mais ampla, e por vezes com fins lucrativos, uma nova fracção do público receptor pode beneficiar da audição [ou da visão] da obra e a comunicação da emissão através de altifalante (ou instrumento análogo) deixa de ser a simples recepção da própria emissão, mas um acto independente através do qual a obra emitida é comunicada ao novo público. É nesta recepção pública que se funda o direito exclusivo de o autor a autorizar»³⁹.

21. Com base nas observações referidas, contidas no guia, considero que a disposição aplicável em abstracto no caso em apreço não é a do ponto 2º, mas aquela, de natureza especial, do ponto 3º do artigo 11.º, n.º 1⁴⁰. A distribuição da obra radiodifundida à clientela do hotel é, com efeito, tornada tecnicamente possível pela colocação à disposição de televisores nos quartos, quer dizer, de «instrumentos que transmitem sons e imagens análogos ao altifalante»⁴¹. Dito isto, observo que a solução de negar a necessidade de uma autorização específica dos titulares do direito de autor num caso como o agora em apreço se baseia, antes de mais, na ideia de que os quartos ocupados pelos clientes do hotel não são lugares abertos ao público, pelo menos em sentido estrito⁴². Tal como as autoridades espanholas sustentaram no Tribunal (v. ponto 11, *supra*),

40 — Tal como observa Erdozain López (citado na nota 18, p. 210), a interpretação oposta equivaleria a concluir que o ponto 3º da regra citada no texto é supérfluo, dado que, em caso de comunicação ao público através de altifalante ou de instrumento equiparado, há, por definição, intervenção de um organismo diferente do de origem.

41 — Em contrapartida, não creio que, para excluir a aplicabilidade, ao caso em apreço, do artigo 11.º, n.º 1, ponto 2º, da convenção, a circunstância de a recorrida não ser titular de uma concessão administrativa de radiodifusão nem gerente de uma empresa de distribuição por cabo tenha um carácter decisivo. Com efeito, esta condição não está prevista na convenção, que se limita a exigir a execução da comunicação pública da obra protegida por um qualquer organismo terceiro que se interponha entre o emissor de radiotelevisão de origem e o público. V. Hoge Raad der Nederlanden, acórdão de 24 de Dezembro de 1993, Centraal Antennesysteem Pastor Schelstraeteweg/Vereniging BUMA (*Eur. Comm. Cases*, 1995, p. 537, e *Revue internationale du droit d'auteur*, 1994, n.º 162, p. 404), segundo o qual uma associação de proprietários ou de locatários que gere uma instalação que permita a recepção por via hertziana de programas de radiotelevisão e a sua distribuição por cabo aos assinantes entra no âmbito de aplicação pessoal do artigo 11.º, n.º 1, ponto 2º, da convenção, quaisquer que sejam a dimensão da rede do cabo utilizada consoante as necessidades, bem como a natureza, o objectivo e a estrutura da organização da entidade que assegura a gestão.

42 — Como observa Erdozain López (citado na nota 18, *supra*, p. 419, nota 185), parece, pelo contrário, que se pode defender a qualificação do lugar aberto ao público no sentido amplo, se se interpretar a possibilidade de o público aceder aos quartos do hotel não em termos concretos (face à hipótese de uma pessoa que já ocupou o quarto e se encontra no seu interior), mas em sentido abstracto, quer dizer, como a possibilidade oferecida a todo e qualquer interessado, em qualquer momento, de ocupar o quarto em questão, excluindo assim qualquer outra pessoa.

38 — V. Masouyé, citado na nota 15, *supra*, pp. 79 e 80.

39 — *Ibidem*.

a distribuição por cabo dos sinais televisivos aos televisores deve ser aqui equiparada a um acto de comunicação num local estritamente privado e, portanto, qualificada de acto de simples recepção e não de emissão. Além disso, não está preenchido, neste caso, o critério do alargamento do público beneficiário, a que a convenção, tal como o próprio guia sugere, subordina a existência de um acto de comunicação ao público que exige a concessão de uma licença pelo autor, isto porque — se o hotel que procede à distribuição dos sinais recebidos nos quartos se encontra no interior da zona abrangida pelo emissor inicial — os clientes-teleespectadores teriam, em todo o caso, podido receber a radiodifusão inicial da obra, utilizando os aparelhos receptores que lhes pertencem, se, no momento da comunicação efectuada pelo hotel, se encontrassem no seu domicílio. Finalmente, a existência de uma comunicação ao público deve, por outro lado, ser excluída, devido ao facto de a recepção efectiva da obra radiodifundida depender de um acto individual do hóspede (ligação do televisor e sintonização do emissor inicial)⁴³.

22. Esta última afirmação não pode ser acolhida por ser inconciliável com um dos princípios fundamentais do direito de

autor: o de que o titular do direito é remunerado não pelo gozo efectivo da obra mas pela simples *possibilidade jurídica* deste gozo. Pense-se, por exemplo, no editor, que é obrigado a pagar ao autor os montantes acordados pelos exemplares vendidos de um romance, quer estes sejam ou não efectivamente lidos pelos compradores. Em termos absolutamente análogos, um hotel responsável pela distribuição interna por cabo — sob forma simultânea, integral e não alterada — de uma emissão primária transmitida por satélite não poderá recusar-se a pagar ao autor a remuneração que lhe pertence, alegando que a obra radiodifundida não foi concretamente recebida pelos telespectadores potenciais que têm acesso aos televisores instalados nos quartos⁴⁴. É, por outro lado, perfeitamente claro — dado que esta distribuição *não* constitui um simples meio técnico para garantir ou melhorar a recepção da emissão de origem na sua zona de cobertura, como seria, por exemplo, a instalação e a utilização de retransmissores — que, neste caso, é a Hoasa que é o sujeito jurídico responsável pela possibilidade de acesso à obra protegida que é oferecida aos clientes do hotel. Na ausência desta utilização secundária pela recorrida, os clientes — embora encontrando-se fisicamente no interior da zona de cobertura do satélite — não teriam, com efeito, podido gozar de outra maneira da obra radiodifundida; constituem, portanto, neste sentido, um público «novo» em relação ao da emissão primária.

43 — Este último critério foi recentemente acolhido (com outros) pelo Oberster Gerichtshof (Austria) (v. acórdão de 16 de Junho de 1998, n.º 146, GACM/Franz Stoisser Gesellschaft & Co.), para distinguir a distribuição por televisor, nos espaços comuns de um hotel, da efectuada nos quartos e limitar à primeira a qualificação de comunicação ao público.

44 — V. cour d'appel de Paris, acórdão de 20 de Setembro de 1995, Cable News Network/Novotel (*Revue internationale du droit d'auteur*, 1996, n.º 167, p. 277, e *Eur. Comm. Cases*, 1996, p. 370); bem como Erdozain López (citado na nota 18, *supra*, p. 153).

23. Por outro lado, considero necessário libertar o campo da análise de um equívoco evidente, inerente à afirmação do carácter privado da distribuição de radiodifusão primária nos quartos de um hotel. Não pretendo, certamente, contestar que, do ponto de vista da protecção dos direitos individuais garantida pelas Constituições não apenas dos Estados-Membros mas de todos os Estados democráticos, um quarto de hotel é um local que faz parte da esfera puramente privada ou doméstica de uma pessoa ou da sua família. No entanto, a linha de demarcação jurídica entre privado e público não é necessariamente a mesma para fins de protecção do direito de autor⁴⁵. Não é por acaso que o critério do carácter privado ou público da habitação parece estranho não apenas à letra mas também ao espírito do artigo 11.º *bis* da convenção, que exige uma autorização do autor não para as retransmissões num local público ou aberto ao público mas para os actos de comunicação através dos quais a obra é tornada acessível ao público. Nesta óptica, também não se pode reconhecer um peso determinante, para a qualificação de um acto de comunicação como público, ao elemento material da noção de público, tradicionalmente identificado na falta de relações pessoais especiais entre as pessoas pertencentes a um grupo ou entre estas pessoas e o organizador⁴⁶.

24. Qual é, então, o critério que sugiro que o Tribunal adopte para distinguir, na matéria que nos ocupa, as comunicações públicas das que o não são? Em meu entender, a convenção enunciou o princípio da necessidade de uma autorização do autor para todas as utilizações secundárias da obra radiodifundida que dão lugar a actos autónomos de exploração económica, em razão do *fin lucrativo* prosseguido pelo sujeito jurídico responsável⁴⁷ bem como da *importância económica* do novo público (v. ponto 22, *supra*), quer dizer, do conjunto de pessoas que cada acto de comunicação visa através do televisor. O critério que indiquei permite, por exemplo, explicar de modo convincente por que razão não se pode falar de comunicação ao público quando a obra protegida é tornada acessível pelo utilizador directo do televisor ao círculo dos seus familiares ou dos seus amigos; neste caso, mais do que uma utilização secundária da obra radiodifundida por um terceiro, é uma simples *colocação em comum de aparelhos de*

45 — V. Juzgado de Primera Instancia nº 26 de Madrid, decisão de 12 de Novembro de 1996, n.º 627, Egeda/CIGA Internacional Hotels Corporation.

46 — V. Erdozain López (citado na nota 18, *supra*), pp. 196 e 420.

47 — Segundo S. Abada (v. «La transmission par satellite et la distribution par câble et le droit d'auteur», in *Droit d'auteur*, 1989, p. 307, em especial pp. 310 e 311), é igualmente o critério do fim lucrativo que serve para distinguir os actos de emissão dos actos de simples recepção da obra já radiodifundida. Além disso, tal como resulta do guia (v. ponto 20, *supra*), há que reconhecer valor ao critério da existência de um fim lucrativo para interpretar a disposição do artigo 11.º *bis*, n.º 1, ponto 3º, dado que este último abrangia, na origem, essencialmente, as comunicações públicas efectuadas em bares, restaurantes, comboios e armazéns, precisamente para atrair a clientela.

recepção da emissão primária que ocorre, sem que o interessado prossiga um fim lucrativo.

outrem acabam assim inegavelmente por se tornar num dos factores de produção do serviço hoteleiro global oferecido por uma empresa como a da recorrida.

25. As autoridades espanholas negaram que uma empresa que se encontra na situação da Hoasa prossiga um fim lucrativo quando torna obras radiodifundidas acessíveis à sua clientela. Todavia, os seus argumentos não me convencem. Mesmo que não seja pedido qualquer suplemento de preço (formalmente mencionado como suplemento ou simplesmente integrado no montante devido pela prestação global) aos clientes pelo serviço de distribuição interna nos quartos, não há qualquer dúvida de que este serviço dá ao hotel responsável pela utilização secundária uma vantagem susceptível de ser apreciada economicamente, no sentido de que permite atrair a clientela. É um facto da experiência corrente que a inclusão do serviço de distribuição de programas de televisão por cabo na gama dos serviços oferecidos aos clientes por um estabelecimento hoteleiro, em combinação com o número de canais distribuídos, constitui um dos índices normalmente utilizados para a classificação do estabelecimento numa categoria determinada da classificação administrativa, com as repercussões que isso pressupõe nos preços susceptíveis de serem praticados⁴⁸. As obras radiodifundidas pertencentes a

26. No presente caso, o que é mais difícil de demonstrar é, talvez, a existência do segundo elemento que invoquei (v. ponto 24). Com efeito, pode-se objectar que a importância económica que os clientes que ocupam um quarto de hotel têm é de tal modo modesta que eles não podem constituir um público «novo» em relação ao da emissão primária. Não se poderia, portanto, reconhecer à distribuição da obra radiodifundida por televisor uma importância económica como acto independente de comunicação. Esta concepção formalista parece, todavia, tornar-se obsoleta, sob a influência do impulso dado por decisões recentes dos órgãos jurisdicionais nacionais, inspiradas pela doutrina chamada da «acumulação espacial» (*räumliche Kumulation*)⁴⁹. Segundo esta orientação, é a *totalidade* dos clientes presentes num hotel num determinado momento que deve ser qualificada como «público» na aceção e para efeitos das disposições relativas a

48 — V. acórdão do Oberster Gerichtshof (Áustria) de 16 de Junho de 1998 (já referido na nota 43, *supra*).

49 — V. Schricker, G., «Videovorführungen in Hotels in urheberrechtlicher Sicht», in *Festschrift für Walter Oppenhoff zum 80. Geburtstag*, 1985, p. 367, em especial pp. 370 e 375.

direito de autor⁵⁰. Por outras palavras, a «descontinuidade espacial» entre os diferentes sujeitos jurídicos de que é constituído o círculo dos destinatários, a que a obra é tornada acessível pelo responsável de cada acto de utilização secundária, não basta para que se possa negar a importância económica do novo público atingido (ainda que potencialmente, na acepção de uma simples possibilidade jurídica; v. n.º 22, *supra*).

27. Uma vez que o emissor originário e a pessoa que efectua a comunicação por

50 — V. Cour de cassation (França), acórdão de 6 de Abril de 1994, Cable News Network/Novotel Paris-Les Halles (in *Eur. Comm. Cases*, p. 530); cour d'appel de Paris, acórdão de 20 de Setembro de 1995 (já citado na nota 44, *supra*), e Audiencia Provincial de Barcelona, acórdão de 20 de Maio de 1996 (citado por Erdozain López, nota 18, p. 414, nota 169); bem como, no que concerne à retransmissão simultânea de obras sonoras radiodifundidas nos quartos de um hospital graças a aparelhos de difusão dotados de postos de escuta interna, Bundesgerichtshof, acórdão de 9 de Junho de 1994, GEMA/Hôpital L. de A. (*Revue internationale du droit d'auteur*, 1995, n.º 163, p. 302). É numa orientação um pouco diferente que se baseia a jurisprudência que interpreta a noção de comunicação ao público num sentido temporal, afirmando que a presença sucessiva de hóspedes diferentes nos quartos pode preencher a condição que exige que a obra radiodifundida seja acessível a uma pluralidade de pessoas [é o que se chama «acumulação temporal» (zeitliche Kumulation)]. O conceito de público presente deve assim ser substituído pelo de público *sucessivo*: v. Walter, M., «Die Hotel-video-Systeme aus urheberrechtlicher Sicht», in *Medien und Recht*, 1984, Archiv 9; bem como Tribunal Supremo (Espanha), acórdão de 11 de Março de 1996, Hotel Blanco don Juan/SGAE (RJ, 1996, 2413), e, mais recentemente, Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Santander, acórdão de 31 de Julho de 1998, n.º 308, Egeda/Hotel Real, Segundo Erdozain López, a dimensão espaço-temporal da noção de público — em que se encontra um precedente normativo de grande autoridade no Copyright Act des Etats-Unis, de 1976, cujo artigo 101.º inclui na definição da «execução ou apresentação pública de uma obra» a comunicação ao público da obra executada ou apresentada, independentemente do facto de os membros do público que a podem receber a recebam no mesmo local ou em locais diferentes e simultaneamente ou em momentos sucessivos [... To perform or display a work 'publicly' means — ... (2) to transmit or otherwise communicate a performance or display of the work to a place [open to the public or at any place where a substantial number of persons outside of a normal circle of a family and its social acquaintances is gathered] or to the public, by means of any device or process, whether the members of the public capable of receiving the performance or display receive it in the same place or in separate places and at the same time or at different times...)] — mais não é do que um instrumento jurídico formal para acolher a ideia de «público pertinente do ponto de vista económico» (v. nota 18, *supra*, p. 419).

televisor da obra já radiodifundida desempenham actos de exploração económica diferentes e independentes, as condições a que estão subordinadas as pretensões dos titulares do direito de autor num e noutra caso são, assim, absolutamente autónomas⁵¹. Isto arruína também o argumento relativo à alegada ilegitimidade da pretensão do autor a uma dupla remuneração pelo «mesmo acto» de radiodifusão da obra protegida (v. n.º 11, *supra*). Considero, por conseguinte, que, para decidir o litígio no processo principal, o juiz de reenvio deve fazer aplicação do princípio de que a distribuição, por um estabelecimento hoteleiro, aos clientes que ocupam os quartos, graças a televisores instalados em cada um destes, de uma obra radiodifundida por satélite ou por via terrestre, por um emissor de outro Estado-Membro, constitui uma comunicação ao público, que, como tal, deve ser objecto de uma autorização autónoma dos titulares dos direitos de autor sobre a obra protegida.

51 — V. Tribunal Supremo (Espanha), acórdão de 19 de Julho de 1993, SGAÉ/Olmos Fernandez (RJ, 1993, 6164), que diz respeito a um caso de comunicação pública de obras radiodifundidas no interior de um bar. Em sentido contrário, acórdão de 16 de Junho de 1998 (citado na nota 43, *supra*), segundo o qual a distribuição por cabo em quartos de hotel constitui uma utilização da emissão primária conforme com o seu destino.

Conclusões

28. Face às considerações que precedem, proponho que o Tribunal decida, nos termos seguintes, a presente questão prejudicial, reenviada pelo Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n. 5 de Oviedo:

- «1) A questão de saber se a recepção, por um estabelecimento hoteleiro, de obras protegidas, radiodifundidas por satélite ou por via terrestre por um emissor de outro Estado-Membro, e a distribuição posterior por cabo do sinal dos programas recebidos aos televisores instalados nos quartos desse estabelecimento constituem ou não um acto de comunicação ao público não pode ser resolvida com base na 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.
- 2) A recepção, por um estabelecimento hoteleiro, de obras protegidas, radiodifundidas por satélite ou por via terrestre por um emissor de outro Estado-Membro, e a distribuição posterior por cabo do sinal dos programas recebidos aos televisores instalados nos quartos deste estabelecimento constituem uma comunicação pública, na acepção e para os efeitos do artigo 11.º *bis* da Convenção de Berna para a Protecção das Obras Literárias e Artísticas (acto de Paris de 24 de Julho de 1971, tal como alterado em 28 de Setembro de 1979), para o qual remete o artigo 9.º do acordo sobre os aspectos do direito de propriedade intelectual relacionados com o comércio.»