

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
N. JÄÄSKINEN
apresentadas em 10 de Março de 2011 (1)

Processo C-462/09

**Stichting de ThuisKopie
contra
Mijndert van der Lee
Hananja van der Lee
Opus Supplies Deutschland GmbH**

(pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Hoge Raad der Nederlanden)

«Direitos de autor – Directiva 2001/29/CE – Artigo 5.º, n.º 2, alínea b) – Artigo 5.º, n.º 5 – Direitos de reprodução – Compensação equitativa – Venda à distância»

1. O presente processo tem por objecto a análise da «compensação equitativa» referida no artigo 5.º, n.º 2, alínea b), da Directiva 2001/29 (2). Embora a definição de quem está obrigado ao pagamento desta compensação tenha sido recentemente tratada no acórdão Padawan (3), o presente pedido de decisão prejudicial difere daquele processo porque contém um elemento transfronteiriço. Assim, a nova questão suscitada é a de saber se, por força do artigo 5.º, n.º 5, da Directiva 2001/29, a legislação nacional que aplica a directiva deve ser interpretada no sentido de que obriga uma sociedade envolvida num acordo de venda à distância, nos termos do qual a sociedade vende produtos através da Internet a clientes situados num Estado-Membro cujo direito nacional prevê a compensação equitativa, a pagar essa compensação num dos dois Estados-Membros.

I – Quadro jurídico

Direito da UE (4)

2. O artigo 17.º, n.º 2, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia refere que é protegida a propriedade intelectual (5).

3. O artigo 28.º CE proíbe as restrições quantitativas à importação, bem como todas as medidas de efeito equivalente. O artigo 30.º CE contém justificações para estas restrições e permite expressamente uma justificação baseada na protecção da propriedade industrial e comercial.

4. Os considerandos 35, 38 e 39 da Directiva 2001/29 referem:

«(35) Em certos casos de excepção ou limitação, os titulares dos direitos devem receber uma compensação equitativa que os compense de modo adequado da utilização feita das suas obras ou outra matéria protegida. Na determinação da forma, das modalidades e do possível nível dessa compensação equitativa, devem ser tidas em conta as circunstâncias específicas a cada caso. Aquando da avaliação dessas circunstâncias, o principal critério será o possível prejuízo resultante do acto em questão para os

titulares de direitos. Nos casos em que os titulares dos direitos já tenham recebido pagamento sob qualquer outra forma, por exemplo como parte de uma taxa de licença, não dará necessariamente lugar a qualquer pagamento específico ou separado. O nível da compensação equitativa deverá ter devidamente em conta o grau de utilização das medidas de carácter tecnológico destinadas à protecção referidas na presente directiva. Em certas situações em que o prejuízo para o titular do direito seja mínimo, não há lugar a obrigação de pagamento.

[...]

(38) Deve dar-se aos Estados-Membros a faculdade de preverem uma excepção ou limitação ao direito de reprodução mediante uma equitativa compensação, para certos tipos de reproduções de material áudio, visual e audiovisual destinadas a utilização privada. Tal pode incluir a introdução ou a manutenção de sistemas de remuneração para compensar o prejuízo causado aos titulares dos direitos. Embora as diferenças existentes nestes sistemas de remuneração afectem o funcionamento do mercado interno, tais diferenças, no que diz respeito à reprodução analógica privada, não deverão ter um impacto significativo no desenvolvimento da sociedade da informação. A cópia digital privada virá provavelmente a ter uma maior divulgação e um maior impacto económico. Por conseguinte, deverão ser tidas devidamente em conta as diferenças existentes entre a cópia digital privada e a cópia analógica privada e, em certos aspectos, deverá ser estabelecida uma distinção entre elas.

[...]

(39) Ao aplicarem a excepção ou limitação relativa à cópia privada, os Estados-Membros devem ter em devida consideração a evolução tecnológica e económica, em especial no que se refere à cópia digital privada e aos sistemas de remuneração, quando existam medidas adequadas de carácter tecnológico destinadas à protecção. Tais excepções ou limitações não devem inibir nem a utilização de medidas de carácter tecnológico nem [a] repressão dos actos destinados a neutralizá-las.

5. O artigo 2.º da Directiva 2001/29 enuncia a regra geral em matéria de direitos de reprodução. Dispõe:

«Os Estados-Membros devem prever que o direito exclusivo de autorização ou proibição de reproduções, directas ou indirectas, temporárias ou permanentes, por quaisquer meios e sob qualquer forma, no todo ou em parte, cabe:

- a) Aos autores, para as suas obras;
- b) Aos artistas intérpretes ou executantes, para as fixações das suas prestações;
- c) Aos produtores de fonogramas, para os seus fonogramas;
- d) Aos produtores de primeiras fixações de filmes, para o original e as cópias dos seus filmes;
- e) Aos organismos de radiodifusão, para as fixações das suas radiodifusões, independentemente de estas serem transmitidas por fio ou sem fio, incluindo por cabo ou satélite.

6. O artigo 5.º contém as excepções e limitações. Nas partes que relevam para efeitos do presente processo, dispõe:

«2. Os Estados-Membros podem prever excepções ou limitações ao direito de reprodução previsto no artigo 2.º nos seguintes casos:

[...]

(b) Em relação às reproduções em qualquer meio efectuadas por uma pessoa singular para uso privado e sem fins comerciais directos ou indirectos, desde que os titulares dos direitos obtenham uma compensação equitativa que tome em conta a aplicação ou a não aplicação de medidas de carácter tecnológico, referidas no artigo 6.º, à obra ou outro material em causa;

[...]

5. As exceções e limitações contempladas nos n.ºs 1, 2, 3 e 4 só se aplicarão em certos casos especiais que não entrem em conflito com uma exploração normal da obra ou outro material e não prejudiquem irrazoavelmente os legítimos interesses do titular do direito.

Direito nacional

7. O artigo 16c da Auteurswet (Lei dos Direitos de Autor) prevê o seguinte:

«1. Não se considera infracção aos direitos de autor sobre uma obra literária, científica ou artística a sua reprodução [...] num suporte destinado à [...] reprodução de uma obra, desde que essa reprodução não tenha fins comerciais, directos ou indirectos, e sirva exclusivamente para uso, exercício ou estudo próprio da pessoa singular que efectua a reprodução.

2. Pela reprodução referida no n.º 1 é devida uma compensação equitativa, a favor do autor ou dos seus sucessores. É obrigado a pagar a compensação o fabricante ou importador dos suportes referidos no n.º 1.

3. A obrigação de pagar a compensação constitui-se, para o fabricante, no momento em que os suportes por ele fabricados podem ser introduzidos no mercado. Para o importador, essa obrigação constitui-se no momento da importação.

[...]»

8. Nos termos do artigo 16d da Lei dos Direitos de Autor, incumbe à Stichting de Thuiskopie (a seguir «Thuiskopie») cobrar a compensação equitativa a que se refere o artigo 16c, n.º 2, da Auteurswet.

II – Matéria de facto e questões prejudiciais

9. A Opus GmbH tem sede na Alemanha e comercializa suportes de dados em branco (vazios, por utilizar) através, entre outros, de sítios Web em língua neerlandesa e dirigidos ao público dos Países Baixos. Nas suas condições gerais, que podem ser consultadas nos seus sítios Web, é declarado o seguinte:

«As encomendas são feitas pelo cliente directamente à Opus Supplies Deutschland GmbH em Heinsberg, na Alemanha.

[...]

Os preços indicados não incluem a *Levy*, *Auvibel*, *Thuiskopie*, *GEMA* e outros impostos. O transporte das mercadorias é efectuado por conta do cliente, mediante remessa através da TPG Post ou da DHL Express, sempre em nome do cliente. Isto pode levar a que seja considerado, no seu país, como importador [...].»

10. Desde finais de 2003, a Opus GmbH oferece suportes de dados em branco a preços que, segundo o órgão jurisdicional de reenvio, não incluem qualquer quantia a título de compensação pela cópia privada, pois geralmente são mais baixos do que o montante para o qual foi fixada, nos Países Baixos, a compensação pela reprodução, para fins privados, de obras protegidas por direitos de autor, para a correspondente categoria de suportes de dados em branco.

11. As encomendas efectuadas através dos sítios Web são confirmadas pela Opus GmbH mediante uma mensagem de correio electrónico para o cliente. A encomenda é processada na Alemanha e as mercadorias são enviadas por correio, com destino aos Países Baixos, por transportadoras contratadas pela Opus GmbH.

12. A aquisição dos suportes de dados através dos sítios Web realiza-se sem que o consumidor tenha necessariamente que tomar conhecimento das condições gerais publicadas pela Opus GmbH no sítio

Web. O pagamento pode ser efectuado numa conta bancária neerlandesa e as devoluções de produtos encomendados podem ser efectuadas para um endereço nos Países Baixos.

13. Não é paga à ThuisKopie, pela Opus GmbH ou pelos seus clientes nos Países Baixos, qualquer compensação sobre esses suportes de dados. A Opus GmbH tão-pouco paga, na Alemanha, qualquer compensação pela cópia privada comparável à compensação neerlandesa a respeito dos suportes de dados em branco vendidos a clientes neerlandeses.

14. Para além da Opus GmbH, as outras partes no processo são a Opus Supplies B.V., que exerce a actividade de venda de suportes de dados em branco a clientes nos Países Baixos, e M. e H. van der Lee, que são gerentes (indirectos) das duas sociedades.

15. A ThuisKopie instaurou em 26 de Julho de 2005 no Rechtbank 's-Gravenhage (tribunal de primeira instância da Haia) um procedimento cautelar contra estas três partes. O juiz competente indeferiu os pedidos por despacho de 16 de Setembro de 2005. A ThuisKopie recorreu para o Gerechtshof te s'-Gravenhage (tribunal de segunda instância da Haia). Por acórdão de 12 de Julho de 2007, o Gerechtshof confirmou o despacho do juiz dos procedimentos cautelares. A ThuisKopie interpôs recurso de cassação do acórdão do Gerechtshof para o Hoge Raad der Nederlanden, que submeteu um pedido de decisão prejudicial a este Tribunal.

16. Na fundamentação do seu pedido de decisão prejudicial, o Hoge Raad explica que, nos termos do contrato, a entrega tem lugar no momento da transferência da posse e que, de acordo com o contrato, tal ocorre na Alemanha, pois o cliente é responsável pelo transporte das mercadorias. Uma vez que a legislação neerlandesa prevê que é o importador o responsável pelo pagamento da compensação equitativa, tal significa que no presente caso a obrigação incumbe ao cliente nos Países Baixos e não à Opus GmbH. Consequentemente, o órgão jurisdicional de reenvio pretende saber se a Directiva 2001/29 impõe que o termo «importador» utilizado na legislação nacional seja interpretado de um modo contrário ao seu significado normal.

17. Nestas circunstâncias, o Hoge Raad der Nederlanden pede que o Tribunal de Justiça se pronuncie sobre as seguintes questões:

«1. A [Directiva 2001/29], em especial o seu artigo 5.º, n.ºs 2, alínea b), e 5, fornece elementos para a resposta à questão de saber quem deve ser considerado, na legislação nacional, devedor da «compensação equitativa» a que se refere o artigo 5.º, n.º 2, alínea b)? Em caso de resposta afirmativa, quem é o devedor?

2. Se estiver em causa uma compra à distância, em que o comprador e o vendedor estão estabelecidos em Estados-Membros diferentes, o artigo 5.º, n.º 5, da [Directiva 2001/29] obriga a uma interpretação do direito nacional tão ampla que a «compensação equitativa» a que se refere o artigo 5.º, n.º 2, alínea b), é devida em pelo menos um dos Estados-Membros envolvidos nessa compra à distância por um devedor que exerça profissionalmente a sua actividade?»

III – Análise

A – Primeira questão

18. Com a sua primeira questão, o órgão jurisdicional de reenvio pretende saber, no essencial, se a Directiva 2001/29 estipula quem deve ser o responsável pelo pagamento da compensação equitativa nos casos em que é aplicável uma isenção à regra geral prevista no artigo 2.º desta directiva.

19. É verdade que a Directiva 2001/29 não refere expressamente quem deve pagar a compensação equitativa. Limita-se a indicar o resultado a alcançar, a saber, que, quando um Estado-Membro decida introduzir uma excepção à regra geral do artigo 2.º desta directiva, deve alcançar o resultado da obtenção de uma compensação equitativa, excepto se o prejuízo causado ao titular for mínimo.

20. Consequentemente, os Estados-Membros gozam de uma ampla margem de apreciação para a definição de quem deve pagar esta compensação.

21. Segundo jurisprudência assente do Tribunal de Justiça, o problema de saber quem está obrigado a pagar a compensação equitativa deve ser interpretado de modo uniforme em toda a EU, para se alcançarem os objectivos da Directiva 2001/29, nomeadamente os de harmonizar certos aspectos do direitos de autor e impedir as distorções de concorrência no mercado interno (6).
22. Isto deve ser feito tendo em devida conta o objectivo da directiva e da disposição em questão. O objectivo da disposição relativa à compensação equitativa que consta do artigo 5.º, n.º 2, alínea b), da Directiva 2001/29 é a adequada indemnização dos autores pela utilização das suas obras protegidas feita sem a sua autorização e pelo prejuízo sofrido pelos mesmos em consequência dessa utilização (7).
23. Muito recentemente, no acórdão Padawan, o Tribunal de Justiça abordou a questão de saber quem deveria ser obrigado a pagar a compensação. Referiu que, em geral, a pessoa que causou o prejuízo ao titular exclusivo do direito de reprodução é a que realizou, para seu uso privado, essa reprodução de uma obra protegida sem solicitar a autorização prévia e que deve, por conseguinte, reparar o prejuízo (8). Contudo, o Tribunal de Justiça também aceitou que, tendo em conta as dificuldades práticas para identificar os utilizadores privados, os Estados-Membros estão autorizados a estabelecer a obrigação de pagamento da compensação equitativa, colocando-a a cargo, não das pessoas privadas visadas, mas das que dispõem de equipamentos, de aparelhos e de suportes de reprodução digital e que disponibilizam estes equipamentos a pessoas privadas (9).
24. Verifica-se, por conseguinte, que resulta claramente deste acórdão que a compensação equitativa pode, em princípio, ser devida tanto pela pessoa privada como pela sociedade que vende o produto em questão e que causa ou é susceptível de causar um prejuízo ao titular do direito.
25. Um Estado-Membro não pode permitir a cópia privada e impor a obrigação de compensação às pessoas privadas, salvo se estes estabelecerem sistemas que garantam efectivamente que as compensações serão pagas. Caso contrário, o efeito útil dos artigos 2.º e 5.º, n.º 2, da Directiva 2001/29 não seria atingido. Além disso, os titulares dos direitos seriam privados da protecção que lhes é conferida pelo artigo 17.º, n.º 2, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.
26. Entendo que o efeito útil destas disposições não pode ser alcançado, na prática, a menos que o Estado-Membro crie um sistema no qual os titulares dos direitos sejam compensados através de um esquema colectivo. Tendo em conta a conclusão do Tribunal de Justiça, no acórdão Padawan, de que em princípio cabe aos utilizadores privados a reparação do prejuízo, parece lógico que, em termos económicos, a compensação tenha estes por fonte. Por conseguinte, o sistema de compensação estabelecido por um Estado-Membro que admite a excepção prevista pelo artigo 5.º, n.º 2, alínea b), da Directiva 2001/29 deve assegurar que esta compensação seja cobrada aos utilizadores finais, o que significa, na prática, que deve ser incluída no preço que estas pessoas pagam quando adquirem estes suportes.
27. Esta conclusão não é afectada pelos argumentos da Comissão a respeito das restrições à livre circulação de mercadorias.
28. A Comissão argumenta que a Directiva 2001/29 deve ser interpretada de forma a não entrar em conflito com o direito primário (10), ou seja, com os artigos 28.º CE e 30.º CE sobre a livre circulação de mercadorias. Em seu entender, existem diferentes formas de assegurar o pagamento efectivo da compensação e verifica-se que a Directiva 2001/29 favorece formas de compensação equitativa sem qualquer relação com os próprios produtos, pelo que não afectam o comércio transfronteiriço (11). Por conseguinte, a questão de saber quem deve pagar a compensação equitativa não deve ir além do necessário para se alcançar o objectivo pretendido através da compensação equitativa prevista no artigo 5.º, n.º 2, alínea b), da Directiva 2001/29.
29. A este respeito, o primeiro aspecto refere-se à questão de saber se as relevantes disposições da Directiva 2001/29 são compatíveis com as disposições do Tratado CE sobre a livre circulação de mercadorias.
30. Creio que não cabe dúvida, uma vez que o artigo 30.º CE autoriza as restrições nacionais justificadas pela protecção dos direitos de propriedade intelectual e que o legislador da UE pode

harmonizar as condições relativas ao exercício de tais direitos de molde a garantir a sua execução efectiva.

31. O segundo aspecto diz respeito à questão de saber se um regime de compensação que é aplicável aos suportes de reprodução importados de outros Estados-Membros é compatível com a livre circulação de mercadorias, tendo em conta que alegadamente podem ser concebidas soluções menos restritivas desta liberdade, de molde a se atingir o objectivo da compensação equitativa.(12)

32. É verdade que qualquer acto de legislação secundária deve ser interpretado em conformidade com o Tratado. Porém, tal não significa que os Estados-Membros não possam beneficiar da margem de apreciação para efeitos de transposição que o legislador da UE lhes concedeu, salvo se, ao lhes ter conferido tal margem, a própria directiva entrar em conflito com o Tratado.

33. Creio que qualquer outra conclusão seria contrária à própria natureza da directiva. Frequentemente, existem muitas formas diferentes de assegurar a transposição de uma directiva no direito nacional. Nestes casos, argumentos no sentido de estas alternativas não seriam iguais à luz dos princípios consagrados no Tratado, seriam contrários à expressa opção do legislador da UE de permitir mais do que um método de transposição. Poriam também em causa os princípios constitucionais que regem o exercício das competências legislativas da UE e a divisão das competências entre o legislador da UE e os Estados-Membros.

34. Creio que nem o Tratado CE nem a Directiva 2001/29 proíbem regimes de compensação baseados no princípio de que são os vendedores de suportes de reprodução que pagam a compensação às sociedades de cobrança que representam os titulares dos direitos de autor. Esta directiva não prevê que as importações de suportes de reprodução de outros Estados-Membros sejam isentas do pagamento da compensação equitativa e duvido que o legislador da UE o pudesse ter previsto sem violar as convenções internacionais em matéria de direitos de autor que também vinculam a União. Por conseguinte, tal não pode ser desproporcionado. Dito isto, importa salientar que este pedido de decisão prejudicial se refere apenas à interpretação da noção de «importador» no caso da venda à distância e não ao princípio de que as taxas de compensação também devem ser pagas a respeito dos suportes de reprodução importados.

35. Em terceiro lugar, importa realçar que o artigo 2.º da Directiva 2001/29 confere aos titulares o direito de autorização ou proibição de reproduções. Só pode ser prevista uma excepção a este direito na condição de o titular receber uma compensação equitativa.

36. Donde resulta que o direito de os titulares receberem tal compensação por força do direito da UE não pode ser negado unicamente por poderem existir alternativas mais adequadas para implementar este direito do que aquela que foi adoptada pelo Estado-Membro em questão. Acresce que a directiva não dá qualquer indicação de que uma certa parte dos suportes de reprodução comercializados no Estado-Membro pode ser isenta do âmbito de aplicação do direito à compensação equitativa apenas por terem sido colocados no mercado com recurso a uma técnica comercial que não garante o pagamento da compensação.

B – Segunda questão

37. A segunda questão diz respeito à aplicação da tripla condição prevista pelo artigo 5.º, n.º 5, da Directiva 2001/29 e à obrigação que resulta desta condição para o órgão jurisdicional de reenvio quando interpreta a legislação nacional. Com esta questão, pretende-se essencialmente saber se esta condição implica que, num contrato de venda à distância, o vendedor, que está estabelecido noutro Estado-Membro, é o devedor da compensação equitativa em pelo menos um dos Estados-Membros envolvidos na venda à distância.

38. Na sua questão, o órgão jurisdicional de reenvio parte do princípio de que o vendedor pode ser obrigado a pagar a compensação equitativa nesta situação. De facto, no acórdão Padawan, que foi decidido depois de ter sido submetido o presente pedido de decisão prejudicial, o Tribunal de Justiça decidiu que uma sociedade podia ser obrigada, por força da Directiva 2001/29, a pagar a compensação equitativa (13). Porém, o presente caso é diferente, porque o elemento transfronteiriço suscita questões relativas à territorialidade da compensação equitativa devida nos termos da Directiva 2001/29.

39. De acordo com o órgão jurisdicional de reenvio, o teor da legislação dos Países Baixos determina que o comprador privado fica sujeito, enquanto importador dos suportes para os Países Baixos, à obrigação do pagamento da compensação equitativa. Por isso, na prática, a mesma não pode ser cobrada. Assim, o órgão jurisdicional de reenvio interroga-se quanto à compatibilidade deste resultado com o previsto pela Directiva 2001/29 e se esta obriga a interpretar o conceito de «importador» num sentido mais amplo do que aquele que decorre do seu significado nos termos do direito nacional, tomando também em conta a utilização final dos suportes, uma utilização que é também conhecida do vendedor profissional.

40. É verdade que, segundo jurisprudência assente, o órgão jurisdicional nacional deve, na medida do possível, interpretar a legislação nacional de molde a atingir o resultado prosseguido pela pertinente directiva (14). Contudo, não está obrigado a interpretar o direito nacional *contra legem* (15).

1. A aplicabilidade da tripla condição ao presente processo

41. Em termos gerais, a tripla condição tem por destinatários os legisladores nacionais, que se devem assegurar de que é satisfeita quando introduzam no direito nacional as excepções e limitações previstas pelo artigo 5.º da Directiva 2001/29 (16).

42. Porém, quando interpretam as disposições nacionais, os órgãos jurisdicionais nacionais têm de o fazer à luz desta condição, na medida em que as leis nacionais sejam ambíguas ou deixem margem para diferentes resultados. Assim, embora se trate de uma norma sobretudo dirigida ao legislador, a tripla condição deve, em todo o caso, ser também aplicada pelos órgãos jurisdicionais nacionais de modo a assegurar que a aplicação prática da excepção ao artigo 2.º da Directiva 2001/29 prevista pela legislação nacional se mantém dentro dos limites permitidos pelo artigo 5.º da directiva.

2. A Directiva 2001/29 exige que o vendedor num contrato de venda à distância pague a compensação equitativa em pelo menos um dos Estados-Membros?

43. Em primeiro lugar, importa observar que a Directiva 2001/29 não permite quaisquer excepções à protecção dos direitos dos titulares a respeito dos contratos de venda à distância.

44. O artigo 5.º da Directiva 2001/29 é especial, na medida em que prevê um sistema que é harmonizado apenas parcialmente. Nos termos deste sistema, os Estados-Membros podem optar pela introdução de uma excepção à regra geral, permitindo a cópia privada de obras e de outros materiais protegidos por direitos de autor sem autorização dos seus titulares.

45. A partir do momento em que o façam, os Estados-Membros ficam, naturalmente, obrigados a garantir o pagamento de uma compensação equitativa, salvo se o prejuízo for mínimo, caso em que não há lugar à obrigação de pagamento (17). Todavia, tendo em conta a natureza parcial da harmonização prevista pelo artigo 5.º da Directiva 2001/29, é questionável se, e em que circunstâncias, uma sociedade estabelecida noutra Estado-Membro deve ser sujeita ao pagamento de tal compensação.

46. Creio que a Directiva 2001/29 não impõe a obrigação de pagamento de uma compensação equitativa em relação a *todos* os contratos de venda à distância que envolvam vários Estados-Membros, em especial porque podem ser visados clientes em Estados-Membros que não permitem a cópia privada.

47. Em primeiro lugar, tal conclusão poderia levar à distorção da concorrência no mercado interno. Por exemplo, existem problemas práticos relacionados com a identificação de todas as sociedades que vendem suportes de dados em branco a clientes nos Países Baixos. Sem a possibilidade de identificar todas as sociedades de países não membros da UE que vendem suportes de reprodução no Estado-Membro onde é devida a compensação equitativa, esta distinção seria aplicada de forma arbitrária e seria contrária ao próprio objectivo da Directiva 2001/29, que visa impedir as distorções de concorrência no mercado interno (18).

48. Além disso, entendo que não é necessário exigir que todas as sociedades que se dedicam à venda à distância paguem a compensação equitativa devida no Estado-Membro no qual se encontram os clientes, uma vez que, nesses casos, o prejuízo pode ser mínimo. Factores como as diferenças da

língua, o uso de diferentes nomes de domínio com os quais não estão familiarizados os consumidores e os elevados custos de expedição fazem com que os consumidores em determinado Estado-Membro só num número limitado de casos comprem a sociedades estabelecidas noutros Estados-Membros. Nos casos em que a sociedade não se dirige expressamente aos consumidores de um determinado Estado-Membro e em que o prejuízo é mínimo, também se podem suscitar problemas práticos relacionados com a cobrança de quantias muito reduzidas a uma sociedade que só vendeu um ou dois artigos a um cliente nesse Estado-Membro.

49. Acresce que a venda de produtos na Internet suscita muitas questões quanto às obrigações das sociedades cujos produtos estão disponíveis *online*. Uma vez que a Internet torna os produtos imediatamente disponíveis em toda a UE, suscita-se a questão de saber em que circunstâncias deve a sociedade ser sujeita à obrigação. Creio que devem necessariamente existir algumas restrições, caso contrário, uma sociedade ficará sujeita à obrigação de pagamento em todas as jurisdições do mundo. O Regulamento (CE) n.º 44/2001 do Conselho (19) visa expressamente a regulação deste tipo de situações quando prevê que só deve existir jurisdição nos casos em que uma sociedade se dirige a um território específico.

50. Embora este regulamento se destine a reger um domínio do direito diverso do da Directiva 2001/29, é apropriado considerar a sua interpretação, uma vez que a natureza do problema é semelhante, a saber, em que circunstâncias pode a obrigação de pagamento incumbir a uma sociedade de outro Estado-Membro ou, como no caso em apreço, em que circunstâncias pode ser sujeita ao pagamento de uma taxa a respeito de produtos que vende na Internet a um consumidor de outro Estado-Membro.

51. As questões suscitadas pela venda à distância, em conjugação com a harmonização parcial pretendida pela Directiva 2001/29, implicam que é unicamente em situações nas quais uma sociedade de outro Estado-Membro dirige a sua actividade aos consumidores do Estado-Membro do órgão jurisdicional de reenvio que deverá ser obrigada ao pagamento da compensação equitativa.

52. Além disso, é nesta situação que a dimensão do prejuízo tenderá a ser maior e que se justificará a imposição da compensação equitativa. No caso em apreço, por exemplo, a ThuisKopie afirmou, sem ter sido contradita a esse respeito, que as vendas da Opus GmbH ascendem a cerca de um terço de todos os suportes de dados em branco vendidos nos Países Baixos.

53. No que respeita aos critérios para determinar se a empresa de um Estado-Membro dirige a sua actividade ao mercado de um determinado Estado-Membro, pode encontrar-se inspiração na recente interpretação dada pelo Tribunal de Justiça ao significado da expressão actividade «dirigida ao» Estado-Membro do domicílio do consumidor, na acepção do Regulamento (CE) n.º 44/2001, tendo em mente que a Directiva 2001/29 não utiliza esse termo.

54. Neste sentido, o Tribunal de Justiça enumerou, no acórdão Pammer e Hotel Alpelhof, uma lista não exaustiva de critérios susceptíveis de demonstrar que a actividade de um comerciante era dirigida a um determinado Estado-Membro. Segundo o declarado nesse acórdão, é necessário apurar se, antes da eventual celebração de um contrato com o consumidor, resulta desses sítios na Internet e da actividade global do comerciante que este pretendia entrar em relações comerciais com consumidores domiciliados num ou vários Estados Membros, incluindo o do domicílio do consumidor. Os critérios a tomar em consideração que são particularmente relevantes para o caso em apreço, incluem (i) a utilização de uma língua ou moeda diferentes das habitualmente utilizadas no Estado-Membro onde o comerciante está estabelecido, (ii) a possibilidade de reservar e confirmar a reserva nessa língua, (iii) a menção de números de telefone com a indicação de um indicativo internacional, (iv) a realização de despesas num serviço de referência na Internet para facilitar aos consumidores domiciliados noutros Estados-Membros o acesso ao sítio do comerciante ou a um sítio do seu intermediário, (v) a utilização de um nome de domínio de primeiro nível diferente do do Estado-Membro em que o comerciante está estabelecido, e (vi) a menção de uma clientela internacional constituída por clientes domiciliados em diferentes Estados-Membros (20).

55. Creio que também importa observar que a sociedade não deve ser obrigada a pagar a compensação equitativa se já o fez noutro Estado-Membro. Assim, se o Estado-Membro em que a

sociedade está estabelecida exigir o pagamento da compensação equitativa e a sociedade pagar esta compensação, os direitos conferidos aos titulares pela Directiva 2001/29 são protegidos de modo bastante. Isto também se aplica se o vendedor tiver pago voluntariamente a compensação no seu Estado de origem, deixando assim à organização responsável pela cobrança e representação dos titulares destes direito nesse Estado a sua distribuição pelas correspondentes organizações dos países aos quais dirige a sua actividade. Uma solução diferente resultaria no pagamento de uma dupla compensação, o que não é necessário para se atingirem os objectivos da directiva.

56. Por último, é importante salientar que uma sociedade não se pode eximir contratualmente das obrigações que lhe incumbem por força do direito da UE.

57. No caso em apreço, a Opus GmbH e os seus clientes estão a fazer uso da sua liberdade contratual para estipular que o contrato é executado fora dos Países Baixos, o que tem por efeito que o «importador» obrigado ao pagamento da taxa de compensação nos termos da Auteurswet não é o vendedor, mas sim o comprador. Conclui-se que esta solução assenta na construção bastante inusitada de ser o vendedor a organizar o transporte dos produtos para o consumidor como agente deste último e não por sua própria conta.

58. Creio que o direito a uma compensação equitativa previsto pelo artigo 5.º, n.º 2, não pode ser eludido através de um mero contrato celebrado entre os vendedores dos suportes e os seus clientes. Tais acordos visam escapar aos efeitos do direito da UE. Consequentemente, a legislação nacional que transpõe a Directiva 2001/29, aplicada em conjugação com as disposições nacionais relativas aos contratos, não pode ser objecto de uma interpretação que conduza a um tal resultado.

3. Exige a tripla condição que, num contrato de venda à distância, o vendedor pague a compensação equitativa em pelo menos um dos Estados-Membros?

59. O direito nacional deve ser interpretado de uma forma que garanta a observância da tripla condição, no sentido de que a excepção deverá permanecer limitada, não entrar em conflito com uma exploração normal da obra ou outro material e não prejudicar irrazoavelmente os legítimos interesses do titular do direito.

60. No caso em apreço, os primeiros dois critérios apontam para a conclusão de que a compensação equitativa deve ser devida em todos os contratos de venda à distância, em pelo menos um Estado-Membro. Em relação ao primeiro critério, a questão da compensação equitativa não afecta os limites da excepção, mas respeita unicamente ao remédio decorrente da própria excepção. Em relação ao segundo critério, se a compensação equitativa não for devida, certamente haverá conflito com uma exploração normal da obra, uma vez que o titular não poderá gozar do seu direito de autorizar as reproduções e o uso da sua obra, como também não beneficiará do direito a compensação.

61. Porém, salvo se a actividade estiver dirigida para consumidores do Estado-Membro em questão, creio que não existe um prejuízo irrazoável dos legítimos interesses dos titulares, uma vez que, conforme antes analisámos, o prejuízo por estes sofrido é mínimo.

62. Pelos referidos motivos, creio que a tripla condição não exige que a compensação equitativa seja paga por todas as sociedades envolvidas na venda à distância transfronteiriça de suportes de reprodução entre Estados-Membros, mas apenas pelas sociedades cuja actividade esteja dirigida para os consumidores do Estado-Membro em questão.

IV – Conclusão

63. Concluindo, proponho que o Tribunal de Justiça responda conjuntamente às duas questões prejudiciais, fazendo-o nos seguintes termos:

«O artigo 5.º, n.ºs 2, alínea b), e 5, da Directiva 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de Maio de 2001, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação, não impõe aos Estados-Membros uma solução única quanto ao modo como deve ser assegurado o pagamento da compensação equitativa aos titulares, no caso de o Estado-Membro ter optado por permitir a cópia privada de obras e de outros materiais protegidos por

direitos de autor. Estas disposições excluem qualquer interpretação da legislação nacional relevante que não assegure o pagamento efectivo de tal compensação equitativa por um vendedor à distância de suportes para reprodução de tais obras ou de outros materiais protegidos cuja actividade está dirigida a clientes nesse Estado-Membro, salvo se o vendedor já tiver pago uma compensação análoga no Estado-Membro onde tem lugar a transacção.»

1 – Língua original: inglês.

2 – Directiva 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de Maio de 2001, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação (JO L 167, p. 10).

3 – Acórdão de 21 de Outubro de 2010 (C-467/08, Colect., p. I-0000).

4 – Uma vez que, no presente processo, o pedido de decisão prejudicial foi apresentado antes da entrada em vigor do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (JO C 115, p. 47), são mantidas as referências aos artigos do Tratado que institui a Comunidade Europeia (JO C 325, p. 33) ao longo das presentes conclusões.

5 – JO C 364, p. 1.

6 – Acórdão Padawan, referido na nota 3, n.ºs 32, 33 e 35).

7 – Acórdão Padawan, *ibid*, n.ºs 39 e 40.

8 – Acórdão Padawan, *ibid*, n.ºs 44 e 45.

9 – Acórdão Padawan, *ibid*, n.º 46.

10 – Acórdão de 29 de Junho de 1995, Comissão/Espanha (C-135/93, Colect., p. I-1651, n.º 37).

11 – V., como apoio para esta conclusão, considerandos 1, 3 e 6 do preâmbulo da Directiva 2001/29, que referem: (i) a harmonização das legislações em matéria de direito de autor contribui para o estabelecimento do mercado interno, (ii) a Directiva 2001/29 contribuirá para a implementação das quatro liberdades e assegurará o respeito dos princípios fundamentais do direito e (iii) a harmonização assegurará que não haja uma compartimentação do mercado interno em consequência das diferenças significativas em termos de protecção entre os Estados-Membros.

12 – A Opus GmbH referiu a possibilidade de se estabelecer um fundo de compensação a favor dos titulares como uma alternativa menos restritiva da livre circulação de mercadorias. Na medida em que este fundo só fosse financiado pelos fabricantes e comerciantes nacionais, creio que seria problemático do ponto de vista da não discriminação. Se fosse financiado pelos contribuintes, julgo que se suscitaria um problema em termos de legislação dos auxílios de Estado, uma vez que, deste modo, seria estabelecido um regime de ajuda selectivo a favor dos operadores económicos que comercializam suportes de reprodução, que não teriam de incluir nos preços de tais produtos uma compensação pelo prejuízo causado pelo facto de os compradores reproduzirem, para fins privados, obras e outros materiais protegidos por direitos de autor.

[13](#)– Acórdão Padawan, *ibid*, n.ºs 46 a 49.

[14](#) – Acórdãos de 4 de Julho de 2006, Adeneler e o. (C-212/04, Colect., p. I-06057, n.º 108) e de 19 de Janeiro de 2010, Küçükdeveci (C-555/07, Colect., p. I-0000, n.º 48).

[15](#) – Acórdão de 24 de Junho de 2010, Sorge (C-98/09, Colect., p. I-0000, n.º 52 e jurisprudência aí referida).

[16](#) – Walter, M. *European Copyright Law: A commentary*, OUP, 2010, ponto 11.5.79.

[17](#) – Última frase do considerando 35 no preâmbulo da Directiva 2001/29. V. também acórdão Padawan, referido na nota 3, n.ºs 39 e 46.

[18](#)– Acórdão Padawan, referido na nota 7, n.º 35. V. também acórdão de 12 de Setembro de 2006, Laserdisken (C-479/04, Colect., p. I-8089, n.ºs 26, 31 a 34).

[19](#) – Regulamento de 22 de Dezembro de 2000, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial (JO L 12, p. 1).

[20](#) – Acórdão de 7 de Dezembro de 2010, Pammer e Hotel Alpelhof (C-585/08 e C-144/09, Colect., p. I-0000, n.ºs 75, 76, 80, 81 e 84).