

Edição provisória

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
MACIEJ SZPUNAR
apresentadas em 10 de setembro de 2019 (1)

Processo C-263/18

**Nederlands Uitgeversverbond,
Groep Algemene Uitgevers
contra
Tom Kabinet Internet BV,
Tom Kabinet Holding BV,
Tom Kabinet Uitgeverij BV**

[pedido de decisão prejudicial apresentado pelo rechtbank Den Haag (Tribunal de Primeira Instância de Haia, Países Baixos)]

«Diretiva 2001/29/CE – Sociedade da informação – Harmonização de certos aspetos do direito de autor e dos direitos conexos – Livros eletrónicos (“e-books”) – Mercado virtual para livros eletrónicos em segunda mão – Artigo 2.º – Reprodução – Atos necessários para garantir uma utilização legítima – Artigo 3.º – Comunicação ao público – Colocação à disposição – Artigo 4.º – Distribuição – Colocação à disposição à distância para utilização, por meio de transferência (download), por um período ilimitado, de livros eletrónicos – Esgotamento – Artigo 5.º – Exceções e limitações – Alcance»

Introdução

1. O esgotamento do direito de distribuição, inicialmente uma ideia doutrinária (2), foi introduzido pela via jurisprudencial (3) no início do século XX. Segundo esta regra, quando uma cópia de uma obra protegida pelo direito de autor é licitamente posta em circulação, o titular do direito de já autor não pode opor-se à revenda dessa cópia pelo seu adquirente. A justificação para tal é que o direito de autor não se pode sobrepôr ao direito de propriedade desse adquirente sobre a cópia da obra em questão enquanto objeto. Por outro lado, através da colocação em circulação de uma cópia da obra pelo seu autor ou com o seu consentimento, considera-se que este obteve a remuneração devida em relação a essa cópia.

2. Foi também pela via jurisprudencial que a regra do esgotamento do direito de distribuição dos objetos protegidos pelo direito de autor foi introduzida no direito da União. Com efeito, embora esta regra já existisse nas ordens jurídicas dos Estados-Membros, o Tribunal de Justiça alargou o seu alcance a todo o território da União Europeia (4). Esta jurisprudência era principalmente motivada pela necessidade de garantir a efetividade da livre circulação de mercadorias.

3. Desde então, o esgotamento do direito de distribuição foi reconhecido tanto a nível do direito internacional como a nível do direito da União, bem como dos Estados-Membros (5).
4. No entanto, a digitalização dos conteúdos suscetíveis de serem protegidos pelo direito de autor e o desenvolvimento de novos meios de disponibilização desses conteúdos em linha alteraram o equilíbrio entre os interesses dos titulares dos direitos e os direitos dos utilizadores dos objetos protegidos, equilíbrio para cuja manutenção contribuía o princípio do esgotamento do direito de distribuição.
5. Por um lado, tornou-se possível criar, com um custo negligenciável, cópias perfeitamente exatas dos ficheiros digitais que contêm objetos protegidos e transferi-las, sem esforço ou custos adicionais, através da Internet. Esta evolução ameaça a possibilidade de os titulares dos direitos de autor obterem uma remuneração adequada pelas suas criações e contribui significativamente para o desenvolvimento da contrafação.
6. Por outro lado, os meios tecnológicos modernos permitem aos titulares exercer um controlo muito intenso da utilização que os adquirentes fazem das suas obras, incluindo na sua esfera privada, bem como desenvolver modelos comerciais que, muitas vezes sem o admitir abertamente, transformam o pleno gozo da cópia de uma obra num mero direito de uso limitado e condicional.
7. Caberá ao Tribunal de Justiça decidir se, tendo em conta estas evoluções, a regra do esgotamento do direito de distribuição, introduzida no mundo real das cópias – objetos, é transponível para o mundo virtual das cópias – ficheiros digitais.

Quadro jurídico

Direito internacional

8. O artigo 6.º do Tratado da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI) sobre Direito de Autor, adotado em Genebra em 20 de dezembro de 1996 (6) (a seguir «TDA»), com a epígrafe «Direito de distribuição», prevê:

«1) Os autores de obras literárias e artísticas gozam do direito exclusivo de autorizar a colocação à disposição do público do original e de cópias das suas obras, por meio da venda ou por outra forma de transferência de propriedade.

2) Nenhuma das disposições do presente Tratado afeta a liberdade das partes contratantes para determinar as eventuais condições em que o direito previsto no n.º 1 se esgota após a primeira venda do original ou de uma cópia da obra, ou outra forma de transferência de propriedade, realizada com o consentimento do autor.»

9. A Declaração Acordada relativamente aos artigos 6.º e 7.º, anexa ao TDA, especifica:

«As expressões “cópias” e “original e cópias” utilizadas nestes artigos para designar o objeto do direito de distribuição e do direito de aluguer neles previstos referem-se exclusivamente a cópias fixadas que possam ser postas em circulação enquanto objetos materiais.»

10. O artigo 8.º, n.º 1, do TDA dispõe:

«[...] os autores de obras literárias e artísticas gozam do direito exclusivo de autorizar qualquer comunicação ao público das suas obras, por fios ou sem fios, incluindo a colocação das suas obras à disposição do público por forma a torná-las acessíveis a membros do público a partir do local e no momento por eles escolhido individualmente»

Direito da União

11. Por força do artigo 2.º da Diretiva 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de maio de 2001, relativa à harmonização de certos aspetos do direito de autor e dos direitos conexos na

sociedade da informação (7):

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

- a) Aos autores, para as suas obras;

[...]

12. O artigo 3.º, n.º 1, desta diretiva dispõe:

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

13. Por último, nos termos do artigo 4.º da mesma diretiva:

«1. Os Estados-Membros devem prever a favor dos autores, em relação ao original das suas obras ou respetivas cópias, o direito exclusivo de autorizar ou proibir qualquer forma de distribuição ao público através de venda ou de qualquer outro meio.

2. O direito de distribuição não se esgota, na Comunidade, relativamente ao original ou às cópias de uma obra, exceto quando a primeira venda ou qualquer outra forma de primeira transferência da propriedade desse objeto, na Comunidade, seja realizada pelo titular do direito ou com o seu consentimento.»

Direito neerlandês

14. O artigo 1.º da Auteurswet (Lei sobre o direito de autor) dispõe:

«O direito de autor é o direito exclusivo do autor de uma obra literária, científica ou artística, ou dos titulares do direito sobre a mesma, de a divulgar e de a reproduzir, sem prejuízo das limitações previstas na lei.»

15. Nos termos do artigo 12.º, n.º 1, ponto 1, desta lei:

«1. Entende-se por divulgação de uma obra literária, científica ou artística, nomeadamente:

1.º a divulgação, total ou parcial, de uma reprodução da obra;

[...]

16. Por força do artigo 12.º-B dessa mesma lei:

«Se um exemplar de uma obra literária, científica ou artística tiver sido posto em circulação por transferência de propriedade, pela primeira vez, num Estado-Membro da União Europeia ou num Estado parte do Acordo sobre o Espaço Económico Europeu pelo seu autor ou por um titular do direito sobre a mesma, ou com o seu consentimento, a colocação em circulação desse exemplar de outra forma, excetuando o aluguer ou o comodato, não constitui uma violação do direito de autor.»

Matéria de facto, tramitação do processo e questões prejudiciais

17. A Nederlands Uitgeversverbond (a seguir «NUV») e a Groep Algemene Uitgevers (a seguir «GAU»), recorrentes no processo principal, são associações cujo objeto é a defesa dos interesses comuns dos editores holandeses.

18. A Tom Kabinet Internet BV (a seguir «Tom Kabinet»), ré no processo principal (8), é uma sociedade de direito neerlandês. A Tom Kabinet é titular de um sítio Internet que fornece um mercado em linha para livros eletrónicos em segunda mão. As modalidades de funcionamento deste mercado evoluíram no decorrer do processo principal. Atualmente, no quadro deste serviço, denominado «clube de leitura» (*leesclub*), a Tom Kabinet revende aos particulares registados no seu sítio livros eletrónicos que adquiriu junto dos distribuidores oficiais ou de outros particulares. Os preços praticados pela Tom Kabinet são inferiores aos preços dos distribuidores oficiais. O sítio da Tom Kabinet incentiva os particulares que lhe compraram livros eletrónicos a revendê-los à Tom Kabinet depois de lê-los, o que lhes dá o direito a «créditos», permitindo-lhes então comprar outros livros. Quando compra livros eletrónicos aos particulares, a Tom Kabinet exige que estes removam a sua própria cópia (9) e afixa uma marca de água digital (*digital watermark*) nas cópias que revende, a fim de garantir a legalidade da cópia.

19. Em 1 de julho de 2014, a NUV e a GAU apresentaram uma providência cautelar no Rechtbank Amsterdam (Tribunal de Primeira Instância de Amesterdão, Países Baixos), que indeferiu o pedido com o fundamento de que, à primeira vista, não havia um grau suficiente de probabilidade da existência de uma violação do direito de autor (10). A NUV e a GAU recorreram desta decisão para o Gerechtshof te Amsterdam (Tribunal de Recurso de Amesterdão, Países Baixos), que concordou com a decisão do juiz da providência cautelar, proibindo a Tom Kabinet de oferecer um serviço em linha que permitisse a venda de livros eletrónicos transferidos ilegalmente. O Acórdão do Gerechtshof te Amsterdam (Tribunal de Recurso de Amesterdão) não foi objeto de recurso de cassação.

20. No seu acórdão interlocutório, o órgão jurisdicional de reenvio considerou que os livros em causa devem ser qualificados de «obras» na aceção da Diretiva 2001/29 e que a oferta de livros eletrónicos transferíveis em circunstâncias como as que estão em causa no processo principal não constitui uma comunicação ao público dessas obras na aceção do artigo 3.º, n.º 1, desta diretiva. Salienta, contudo, que a resposta às questões de saber, por um lado, se a colocação à disposição à distância, por meio de transferência (*download*), de um livro eletrónico para utilização por um período ilimitado é suscetível de constituir um ato de distribuição na aceção do artigo 4.º, n.º 1, da Diretiva 2001/29 e, por outro lado, se o direito de distribuição pode assim esgotar-se na aceção do artigo 4.º, n.º 2, da mesma diretiva, não é evidente. Por outro lado, interroga-se se o titular do direito de autor se pode opor, em caso de revenda, aos atos de reprodução necessários a uma transmissão entre sucessivos adquirentes da cópia cujo direito de distribuição eventualmente se esgotou.

21. Foi nestas circunstâncias que o órgão jurisdicional de reenvio decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

- «1) Deve o artigo 4.º, n.º 1, da Diretiva [2001/29] ser interpretado no sentido de que também se entende por “qualquer forma de distribuição ao público através de venda ou de qualquer outro meio” “em relação ao original das suas obras ou respetivas cópias” a colocação à disposição à distância, por meio de transferência (*download*), para utilização, durante um período de tempo ilimitado, de livros eletrónicos (ou seja, cópias digitais de livros protegidos por direitos de autor), mediante um preço destinado a permitir que o titular do direito de autor obtenha uma remuneração que corresponde ao valor económico da cópia da obra de que é proprietário?
- 2) Em caso de resposta afirmativa à questão 1, o direito de distribuição esgota-se, na União, relativamente ao original ou às cópias de uma obra, conforme referido no artigo 4.º, n.º 2, da Diretiva [2001/29], quando seja realizada pelo titular do direito ou com o seu consentimento, na União, a primeira venda ou outra transferência desse objeto, incluindo-se para o efeito a colocação à disposição à distância, por meio de transferência (*download*), para utilização, durante um período de tempo ilimitado, de livros eletrónicos (ou seja, cópias digitais de livros protegidos por direitos de autor), mediante um preço destinado a permitir que o titular do direito de autor obtenha uma remuneração que corresponde ao valor económico da cópia da obra de que é proprietário?
- 3) Deve o artigo 2.º da Diretiva [2001/29] ser interpretado no sentido de que a transferência entre os sucessivos adquirentes da cópia legalmente adquirida cujo direito de distribuição se esgotou inclui uma autorização para os atos de reprodução referidos nesse artigo, na medida em que estes

sejam necessários para a utilização legítima do exemplar? Em caso afirmativo, em que condições?

- 4) Deve o artigo 5.º da Diretiva [2001/29] ser interpretado no sentido de que o titular do direito de autor já não se pode opor aos atos de reprodução necessários a uma transferência entre sucessivos adquirentes da cópia legalmente adquirida cujo direito de distribuição se esgotou? Em caso afirmativo, em que condições?»

22. O pedido de decisão prejudicial deu entrada no Tribunal de Justiça em 16 de abril de 2018. Foram apresentadas observações escritas pelas partes no processo principal, pelos Governos checo, dinamarquês, alemão, espanhol, francês, italiano, português e do Reino Unido e pela Comissão Europeia. As partes no processo principal, os Governos belga, checo, dinamarquês, alemão e espanhol e a Comissão fizeram-se representar na audiência realizada em 2 de abril de 2019.

Análise

Observações preliminares

23. O órgão jurisdicional de reenvio submeteu ao Tribunal de Justiça quatro questões prejudiciais a fim de determinar se o fornecimento de livros eletrónicos por transferência (*download*) para utilização permanente é abrangido pelo direito de distribuição na aceção do artigo 4.º da Diretiva 2001/29, se esse direito se esgota pelo facto de este fornecimento ser efetuado com o consentimento do autor e se os atos de reprodução necessários para uma eventual transmissão de um livro eletrónico assim adquirido são lícitos. Por outro lado, algumas das partes que apresentaram observações no presente processo, em especial a NUV e a GAU, os Governos dinamarquês e alemão, bem como a Comissão, consideram que o âmbito das questões deveria ser alargado, a fim de permitir igualmente determinar se os atos em causa são abrangidos pelo direito de comunicação ao público, tal como previsto no artigo 3.º da Diretiva 2001/29.

24. Penso, no entanto, que todas estas questões devem ser analisadas conjuntamente, uma vez que constituem partes indissociáveis de uma única questão complexa: deve considerar-se que o fornecimento aos utilizadores de obras protegidas através de transferência (*download*) é abrangido pelo âmbito de aplicação do direito de distribuição, de modo que esse direito se esgota com o fornecimento original efetuado com o consentimento do autor? Em especial, a qualificação de tais atos como abrangidos pelo âmbito de aplicação do direito de comunicação ao público exclui que possam ser abrangidos pelo direito de distribuição e vice-versa. Por outro lado, distinguir entre o direito de distribuição e o esgotamento deste direito não me parece lógico nem adequado, porque estes dois conceitos abrangem os mesmos atos (11). Finalmente, na medida em que uma reprodução da obra é indispensável para qualquer transmissão à distância de um ficheiro eletrónico, a questão do direito de reprodução é inerente a qualquer discussão sobre um eventual esgotamento do direito de distribuição em linha.

25. Nas presentes conclusões, analisarei os argumentos legislativos, jurisprudenciais e teleológicos que devem orientar o Tribunal de Justiça na sua resposta às questões prejudiciais.

Os textos legislativos

26. É possível distinguir duas formas principais de acesso do público a obras protegidas pelo direito de autor. A primeira consiste numa representação da obra aberta à participação do público. É a forma mais antiga, que precede de longe a emergência do direito de autor enquanto tal. Trata-se das representações de peças de teatro ou de óperas, das exposições de obras de artes plásticas ou ainda das sessões de cinema. É o titular do direito de autor que organiza a representação e o público deve estar presente no local e horário escolhidos por esse titular para ter acesso à obra.

27. O aparecimento da rádio e teledifusão tornou possível a representação à distância, libertando assim o público da obrigação de se deslocar ao local onde é realizada essa representação, mas mantendo a limitação temporal. Esta só foi eliminada com o aparecimento, primeiro, dos serviços de

televisão a pedido e, depois, da Internet. Estes meios tecnológicos permitem ativar a representação não só à distância, mas também no momento desejado pelo espetador.

28. O ponto comum a estas modalidades de acesso às obras é que a possibilidade de o público a elas aceder está condicionada à sua colocação à disposição pelos titulares dos direitos de autor sobre essas obras. Por outras palavras, são os titulares dos direitos que decidem se e por que meios tecnológicos a obra é acessível ao público. Este poder de decisão é crucial do ponto de vista da possibilidade de o titular do direito tirar proveito da sua obra. Com efeito, cada representação ou cada acesso à obra por um membro do público dá normalmente lugar a uma remuneração desse titular.

29. A segunda forma de acesso consiste na aquisição pelos membros do público, a título permanente ou temporário, de exemplares (originais ou cópias) de obras. Esta é a forma comum de acesso a obras literárias, mas também a obras musicais e audiovisuais (sob a forma de fonogramas ou de videogramas), bem como a certas obras de artes plásticas.

30. Neste caso, se a primeira colocação à disposição do público da obra depende naturalmente da vontade do titular do direito de autor, o membro do público, depois de ter adquirido uma cópia, pode, no entanto, beneficiar dela independentemente dessa vontade. A remuneração do titular do direito de autor deve então ser organizada de maneira diferente. Com efeito, uma vez que não é capaz de controlar, e, portanto, de rentabilizar, cada acesso à obra por um determinado membro do público, o referido titular deve satisfazer-se com o preço obtido pela venda de cada exemplar da obra (12).

31. Estes dois modos de acesso do público às obras estão sujeitos a dois direitos exclusivos dos titulares dos direitos de autor, denominados, nos atos em causa no presente processo, direito de comunicação ao público (13) e direito de distribuição (14). A questão que se coloca é a de saber qual destes direitos regula o fornecimento ao público através de transferência (*download*) das obras protegidas pelo direito de autor (15).

32. A resposta não é *a priori* inequívoca, porque este modo de fornecimento combina as duas formas de acesso do público às obras. Em primeiro lugar, a obra é colocada à disposição do público em linha e todos podem aceder à mesma. Em seguida, em vez de beneficiar da obra à distância, como é o caso de uma comunicação ao público «clássica», o próprio utilizador, com a autorização do titular dos direitos de autor, faz uma cópia da obra, que armazena no seu computador (16) e à qual tem depois acesso, independentemente, em princípio, da colocação à disposição realizada pelo referido titular dos direitos. Consequentemente, a partir do momento em que esta reprodução é feita pelo utilizador, a transferência (*download*) aparenta-se a um ato de distribuição.

33. Os redatores do TDA estavam conscientes desta natureza mista da transferência (*download*). Segundo o Guia de Interpretação do TDA editado pela OMPI (17), dado o «caráter híbrido» da colocação à disposição das obras em linha, foi impossível escolher, para este modo de transmissão, a proteção por um «direito relacionado com a cópia» ou um «direito não relacionado com a cópia». Por conseguinte, foi admitida a adoção de uma «solução-quadro» que, embora privilegiando o direito de comunicação ao público, não exclui a aplicação do direito de distribuição.

34. No entanto, uma vez que o TDA estabelece um nível mínimo de proteção, as Partes Contratantes estão proibidas de fixar essa proteção a um nível inferior. Ora, aplicar o direito de distribuição limitado pela regra do seu esgotamento em vez do direito de comunicação ao público, ao qual não se aplica tal regra, equivaleria a reduzir o nível de proteção abaixo do limiar estabelecido pelo TDA.

35. Além disso, a Declaração Acordada relativamente aos artigos 6.º e 7.º do TDA limita a aplicação destas disposições às «cópias fixadas que possam ser postas em circulação enquanto objetos materiais». É certo que esta declaração tem apenas caráter interpretativo e reflete a forma como estes artigos foram entendidos pelas partes signatárias no momento da assinatura do TDA. Por conseguinte, poderia argumentar-se que a realidade dos mercados evoluiu consideravelmente desde 1996, ano em que foi assinado o TDA, o que justificaria uma abordagem diferente.

36. No entanto, sendo a União Europeia signatária do TDA, este foi incorporado no seu sistema jurídico, nomeadamente através da Diretiva 2001/29 (18). Ora, ao adotar esta diretiva, o legislador da

União parece ter tomado uma posição clara a favor da aplicação do direito de comunicação ao público ao fornecimento das obras através de transferência (*download*) e da limitação do direito de distribuição e, por conseguinte, do seu esgotamento, apenas às cópias materiais. Mais concretamente, a transferência (*download*) está abrangida pelo direito de colocação das obras à disposição do público, previsto no artigo 3.º, n.º 2 desta diretiva.

37. Isto resulta claramente da leitura conjugada dos considerandos 24, 25, 28 e 29 da Diretiva 2001/29. Segundo estes considerandos:

«(24) O direito de colocar à disposição do público materiais contemplados no n.º 2 do artigo 3.º deve entender-se como abrangendo *todos os atos de colocação desses materiais à disposição do público não presente no local de onde prov[ê]m esses atos de colocação à disposição*, não abrangendo quaisquer outros atos.

(25) [...] Deve ficar claro que todos os titulares dos direitos reconhecidos pela diretiva têm o direito exclusivo de colocar à disposição do público obras ou qualquer outro material protegido *no âmbito das transmissões interativas a pedido*. Tais transmissões interativas a pedido caracterizam-se pelo facto de qualquer pessoa poder aceder-lhes a partir do local e no momento por ela escolhido.

[...]

(28) A proteção do direito de autor nos termos da presente diretiva inclui o direito exclusivo de controlar a distribuição de uma obra *incorporada num produto tangível*. A primeira venda na Comunidade do original de uma obra ou das suas cópias pelo titular do direito, ou com o seu consentimento, esgota o direito de controlar a revenda de tal objeto na Comunidade. [...]

(29) A questão do esgotamento não é pertinente no caso dos serviços, em especial dos serviços em linha. *Tal vale igualmente para as cópias físicas de uma obra ou de outro material efetuadas por um utilizador de tal serviço com o consentimento do titular do direito*. [...] Ao contrário do que acontece com os CD-ROM ou os CDI, em que a propriedade intelectual está incorporada num suporte material, isto é, uma mercadoria, cada serviço em linha constitui de facto um ato que deverá ser sujeito a autorização quando tal estiver previsto pelo direito de autor ou direitos conexos.» (19)

38. É verdade que estes considerandos contêm algumas ambiguidades. Em especial, a referência aos serviços no considerando 29 pode parecer inoportuna. Com efeito, o comércio em linha esbateu um pouco a distinção entre bens e serviços. Assim, a Diretiva 2000/31/CE (20) qualifica a venda de mercadorias em linha de «serviço da sociedade da informação» (21). Considerada literalmente, esta qualificação poderia levar ao resultado absurdo de que a venda em linha de um CD ou de um livro em papel não provoca o esgotamento do direito de distribuição.

39. No entanto, estes considerandos demonstram claramente a linha de demarcação pretendida pelo legislador da União entre o direito de comunicação ao público (sob a forma de colocação à disposição do público) e o direito de distribuição. Assim, o direito de comunicação ao público aplica-se a todas as formas de exploração das obras em linha, tanto as que não estão ligadas a uma cópia como as que assentam na criação dessa cópia. O considerando 29, nomeadamente, é explícito a este respeito. Se este considerando apenas se refere às cópias físicas criadas pelo utilizador com o consentimento do titular dos direitos é porque considera o esgotamento do direito de distribuição apenas para as cópias em suportes materiais. Está em causa evidentemente a questão das cópias resultantes da transferência (*download*).

40. Importa ainda notar que a aplicação do direito de comunicação ao público a atos como os realizados pela Tom Kabinet pode suscitar dúvidas face à definição de comunicação ao público dada pelo Tribunal de Justiça na sua jurisprudência. Segundo o Tribunal, a comunicação ao público engloba, sem surpresa, um ato de comunicação e um público, sendo este público constituído por um número considerável de pessoas (22).

41. No caso da colocação à disposição original por transferência (*download*), efetuada pelo titular dos direitos de autor, isso não coloca problemas, pois é possível criar tantas cópias quantos os membros do público que pretendem adquirir uma. A situação é diferente no que diz respeito ao fornecimento

subsequente por um utilizador da cópia que adquiriu. Com efeito, no modelo que resultaria da aplicação da regra do esgotamento do direito de distribuição, este utilizador só poderia fornecer uma cópia e esta só poderia ter um adquirente. Podemos então questionar se se trataria de uma comunicação ao público, dado que a obra só poderia ser comunicada a uma pessoa.

42. Discordo, neste aspeto, da posição da Comissão, que entende que a simples colocação à disposição, isto é, a oferta da cópia para revenda, constitui o ato de comunicação. Isto é verdade na situação em que o utilizador acede diretamente à obra disponibilizada ao público, por exemplo, num sítio Internet. Em contrapartida, quando o acesso requer a aquisição de uma cópia, é no momento de transferência (*download*) desta que ocorre o ato de comunicação. Se seguíssemos a abordagem proposta pela Comissão, qualquer oferta de aquisição das cópias de uma obra, incluindo cópias materiais, constituiria uma comunicação ao público e o direito de distribuição seria esvaziado do seu conteúdo. Por conseguinte, é provavelmente necessário clarificar a definição de «comunicação ao público» na situação de uma colocação à disposição por transferência (*download*). Com efeito, o que importa não é o número de pessoas a quem a comunicação é feita, mas o facto de a pessoa que está na origem dessa comunicação dirigir a sua oferta a pessoas fora do seu círculo privado. Nesse caso, um só adquirente pode, portanto, constituir um público.

43. Além da vontade do legislador, que decorre muito claramente dos considerandos da Diretiva 2001/29, a redação do artigo 4.º desta diretiva opõe-se à sua aplicação às obras colocadas à disposição do público por transferência (*download*). Este artigo estabelece, em benefício dos autores, o direito de autorizar ou proibir a distribuição das suas obras «através de venda ou de qualquer outro meio». O Tribunal já teve a ocasião de precisar que, com a formulação «de qualquer outro meio», há que entender exclusivamente uma transferência de propriedade (23). Assim, a distribuição implica a transferência da propriedade do exemplar da obra em questão, seja por venda ou por qualquer outro meio. Ora, é difícil falar de propriedade no contexto de um ficheiro digital (24). Este é desprovido de materialidade e, portanto, não constitui um bem na aceção do direito civil. Um ficheiro pode antes ser equiparado a informação pura. Esta informação pode ser protegida por diferentes direitos, mas não pelo direito de propriedade.

44. Por outro lado, a transferência de propriedade, em qualquer caso contratual, exige, em particular, o consentimento de ambas as partes nesta transação, uma cedendo à outra o conjunto dos direitos sobre o objeto da propriedade. Ora, na realidade da colocação à disposição das obras através da transferência (*download*), há uma multiplicidade de acordos que estipulam os direitos e as obrigações das partes. Estes acordos inscrevem-se no âmbito da liberdade contratual e não penso que o eventual reconhecimento da regra do esgotamento do direito de distribuição possa limitar essa liberdade. Assim, contrariamente à situação dos objetos materiais, no caso das obras desmaterializadas fornecidas em linha, nunca seria fácil estabelecer com certeza se houve ou não transferência de propriedade e, portanto, esgotamento do direito de distribuição, uma vez que as partes no contrato podem definir de diferentes formas as modalidades de utilização da cópia da obra.

45. Por último, o direito de reprodução, regulado pelo artigo 2.º da Diretiva 2001/29, opõe-se também, na minha opinião, ao reconhecimento da regra do esgotamento do direito de distribuição das obras fornecidas por transferência (*download*).

46. Com efeito, qualquer transferência (*download*) de um ficheiro digital consiste na criação de uma cópia do referido ficheiro no computador recetor. Ora, a criação de tal cópia constitui um ato de reprodução sujeito ao direito exclusivo do titular do direito de autor sobre a obra contida no ficheiro em questão. Tal resulta claramente da formulação muito abrangente do artigo 2.º da Diretiva 2001/29, que abarca a reprodução «por quaisquer meios e sob qualquer forma» (25). Esta abordagem é confirmada pelo segundo período da Declaração Acordada relativamente ao n.º 4 do artigo 1.º do TDA, segundo a qual «a armazenagem de uma obra protegida sob forma digital num suporte eletrónico constitui um ato de reprodução na aceção do artigo 9.º da Convenção de Berna [(26)]».

47. No caso do fornecimento de obras por transferência (*download*), a criação da cópia da obra pelo seu adquirente original é efetuada com o consentimento do titular dos direitos de autor, como elemento indispensável desta forma de colocação à disposição do público. No entanto, este consentimento não

abrange as reproduções que seriam necessárias para uma transmissão subsequente em caso de revenda da cópia da obra.

48. Também não se pode considerar que tais reproduções estão abrangidas pela regra do esgotamento do direito de distribuição. Com efeito, tal conclusão equivaleria a reconhecer o esgotamento do direito de reprodução. Ora, este direito não é suscetível de esgotamento. Assim, qualquer reprodução que acompanhe a revenda de uma obra em formato digital deve ser autorizada pelo titular do direito exclusivo de reprodução ou ser abrangida por uma exceção a esse direito exclusivo (27).

49. Por outro lado, a criação destas cópias não é abrangida por nenhuma das exceções ao direito de reprodução previstas no artigo 5.º da Diretiva 2001/29. Em especial, não é abrangida pela exceção relativa às reproduções transitórias ou episódicas que constituam parte integrante de um processo tecnológico, prevista no n.º 1 do artigo 5.º da referida diretiva. Com efeito, em primeiro lugar, estas reproduções não têm caráter provisório nem transitório, uma vez que se destinam a permanecer no computador recetor do da transferência (*download*) (28). Mesmo que a cópia de origem da transferência (*download*) seja posteriormente apagada, não é a reprodução final que é transitória, mas, quando muito, a multiplicação de cópias. Em segundo lugar, estes atos de reprodução não são desprovidos, em si, de significado económico, como exigido por esta disposição. Pelo contrário, o objetivo da transferência (*download*) é precisamente criar uma cópia do ficheiro digital (que contém a obra em questão) no computador recetor. É, pois, no ato de reprodução que reside o significado económico essencial de toda a operação.

50. Em conclusão, as diferentes disposições da Diretiva 2001/29, lidas à luz dos considerandos dessa diretiva e das disposições pertinentes do TDA, não me parecem permitir uma interpretação segundo a qual o fornecimento de obras protegidas pelo direito de autor através de transferência (*download*) seria abrangido pelo direito de distribuição previsto no artigo 4.º da referida diretiva e pela regra do seu esgotamento.

51. Esta observação não me parece ser posta em causa pelas lições retiradas da jurisprudência do Tribunal de Justiça.

Jurisprudência

52. O Tribunal de Justiça já teve a ocasião de se pronunciar sobre processos que têm por objeto questões jurídicas semelhantes às do presente processo. O primeiro que vem à mente é, naturalmente, o processo que deu origem ao Acórdão UsedSoft (29).

Programas de computador

53. Este processo dizia respeito à questão de saber se o descarregamento em linha de uma cópia de um programa de computador, acompanhado de uma licença de utilização desse programa por um período indeterminado, esgotava o direito de distribuição dessa cópia em conformidade com o artigo 4.º, n.º 2, da Diretiva 2009/24/CE (30).

54. É certo que algumas das conclusões formuladas pelo Tribunal no Acórdão UsedSoft (31) poderiam militar a favor do reconhecimento da aplicabilidade da regra do esgotamento do direito de distribuição não apenas no caso do fornecimento por transferência (*download*) dos programas de computador, mas também no caso do fornecimento de todas as categorias de obras protegidas pelo direito de autor.

55. Assim, o Tribunal considerou que a transferência de uma cópia de um programa de computador, quer através de um suporte material quer através de um *download* acompanhado de uma licença de utilização do referido programa por um período indeterminado, equivale à transferência de propriedade dessa cópia e, conseqüentemente, à venda desta na aceção do artigo 4.º, n.º 2, da Diretiva 2009/24 (32). Segundo o Tribunal, qualquer outra interpretação permitiria aos titulares dos direitos de autor sobre os programas de computador contornar a regra do esgotamento do direito de distribuição e comprometer o seu efeito útil, bastando que qualificassem o contrato não de contrato de «comercialização» mas de contrato de «licença» (33). Por outro lado, no que respeita ao direito de

comunicação ao público regulado pelo artigo 3.º da Diretiva 2001/29, o Tribunal considerou que a transferência do direito de propriedade sobre uma cópia do programa de computador transformou o ato de comunicação ao público num ato de distribuição, na aceção do artigo 4.º da referida diretiva, dando origem ao esgotamento do direito de distribuição em conformidade com o artigo 4.º, n.º 2, da referida diretiva (34). Por último, o Tribunal considerou que, do ponto de vista económico, a transmissão em linha de uma cópia de um programa de computador constitui o equivalente funcional da entrega de um suporte material (35).

56. No entanto, impõe-se concluir que estas afirmações do Tribunal foram feitas em relação a uma legislação específica que constitui uma *lex specialis* em relação à Diretiva 2001/29 (36) e relativamente à categoria muito especial de obras que são os programas de computador.

57. É verdade que, segundo o artigo 1.º, n.º 1, da Diretiva 2009/24, que reflete o artigo 4.º do TDA, os programas de computador são protegidos enquanto obras literárias. No entanto, na minha opinião, estas disposições refletem sobretudo a vontade dos autores do TDA, e posteriormente a vontade do legislador da União, de não criar uma categoria de obras à parte, e não tanto uma verdadeira semelhança entre os programas de computador e as obras literárias. Com efeito, os programas de computador são sequências de instruções destinadas a ser executadas por uma máquina (um computador). Ainda que o programa de computador possa ser expresso numa linguagem compreensível para o homem, pelo menos para as pessoas com certas qualificações (código fonte), tal não é a finalidade do programa. A sua finalidade é de ser compreendido e executado pela máquina, não resultando o interesse para o utilizador do programa da leitura deste, mas do funcionamento desta máquina. Para o utilizador, ler as linhas de código de um programa seria tão útil quanto beber um copo de gasóleo em vez de despejá-lo no depósito de seu carro. Assim, um programa de computador é mais uma ferramenta do que uma obra no verdadeiro sentido da palavra. Daí decorrem certas especificidades do programa de computador enquanto objeto da proteção pelo direito de autor que justificam o seu tratamento específico do ponto de vista da lei.

58. Assim, em primeiro lugar, a utilização de um programa de computador requer o seu carregamento no computador em que se destina a ser executado. Portanto, é absolutamente indiferente que este programa seja distribuído através de um suporte material (por exemplo, um CD-ROM) ou por transferência (*download*) porque, em qualquer caso, a cópia do programa terá de ser carregada num computador, quer tenha sido ou não fixada num suporte material; não é utilizável tal como está. Não é esse o caso de outras categorias de obras como, evidentemente, os livros, mas também as obras em discos óticos (CD ou DVD), que não requerem um computador, contrariamente às obras descarregadas.

59. Em segundo lugar, como o programa de computador é uma ferramenta, requer muitas vezes serviços adicionais de manutenção e atualização, que normalmente fazem parte de um contrato de utilização chamado «licença». A existência de tal licença é independente do modo – material ou imaterial – como o programa foi distribuído. Foi por esta razão que o Tribunal teve de aplicar uma definição ampla do conceito «comercialização» (37). Caso contrário, qualquer fornecimento de um programa de computador, tanto por transferência (*download*) como em suporte material, poderia ser qualificado de licença, sem nunca dar origem ao esgotamento do direito de distribuição, o que comprometeria o efeito útil do artigo 4.º, n.º 2, da Diretiva 2009/24. Em contrapartida, no caso de outras categorias de obras, a distribuição em suporte material não é normalmente acompanhada de uma licença, o que pode ser o caso do fornecimento por transferência (*download*).

60. Estes dois aspetos específicos dos programas de computador permitiram ao Tribunal concluir que, do ponto de vista económico, o fornecimento por transferência (*download*) é um equivalente funcional do fornecimento em suporte material (38). No caso de outras categorias de obras, se a sua utilidade principal, ou seja, dar a conhecer a obra, for a mesma independentemente do modo como são fornecidas aos utilizadores, a maneira como se processa o conhecimento pode, no entanto, variar em função do modo de fixação (digital ou analógico) e de fornecimento.

61. Em terceiro lugar, no caso das obras literárias, musicais ou cinematográficas, a utilidade esgota-se muitas vezes, por assim dizer, após uma única leitura, audição ou visualização. O utilizador está, portanto, pronto a desfazer-se da sua cópia da obra após este primeiro conhecimento, tendo satisfeito plenamente as suas necessidades relacionadas com a obra. Não é esse o caso de um programa

de computador que normalmente se destina a uma utilização duradoura. Os programas de computador são, portanto, menos suscetíveis de serem rapidamente postos em circulação no mercado em segunda mão do que as obras de outras categorias.

62. Além disso, enquanto ferramentas de um setor em que o progresso tecnológico é particularmente rápido, os programas de computador tendem a envelhecer rapidamente, não obstante as eventuais atualizações. Portanto, se o utilizador deseja revender a sua cópia de um programa de computador, podemos supor que ela já não lhe é útil, muitas vezes por causa de sua (relativa) obsolescência. Por conseguinte, também será menos útil adquirir um programa em segunda mão do que adquirir um programa novo, tecnicamente atualizado. Pode afirmar-se que a perda de valor sofrida pelas obras literárias, musicais ou cinematográficas em suporte material devido ao desgaste do referido suporte material tem o seu equivalente nos programas de computador com a obsolescência técnica. Em contrapartida, as obras literárias, musicais ou cinematográficas sem suporte material continuam a ser plenamente úteis, não obstante a passagem do tempo e o número de adquirentes sucessivos. Assim, um mercado das cópias imateriais em segunda mão de obras, literárias e outras, é suscetível de afetar muito mais gravemente os interesses dos titulares dos direitos de autor do que o mercado de programas de computador em segunda mão.

63. O Tribunal analisou, portanto, a questão do esgotamento do direito de distribuição dos programas de computador em caso de fornecimento por transferência (*download*) tendo em consideração as circunstâncias particulares desta categoria de obras, diferentes das circunstâncias das obras literárias, musicais ou cinematográficas. A estas diferenças factuais acrescem diferenças normativas entre a Diretiva 2009/24 e a Diretiva 2001/29.

64. Em primeiro lugar, a Diretiva 2009/24 não prevê, a favor dos autores dos programas de computador, um direito exclusivo de autorizar ou proibir a comunicação ao público ou a colocação à disposição do público. Os únicos direitos regulados por essa diretiva são o direito de reprodução, o direito de transformação e o direito de efetuar ou autorizar «[q]ualquer forma de distribuição» do original ou das cópias do programa de computador (39). Assim, o Tribunal teve de considerar o fornecimento de um programa de computador por transferência (*download*) como abrangido pelo âmbito de aplicação do direito de distribuição na aceção da Diretiva 2009/24; caso contrário, teria sido necessário admitir que a regulamentação especificamente concebida para os programas de computador não concedia um direito exclusivo que abrangesse o meio técnico de fornecimento mais generalizado, que é atualmente a transferência (*download*). A aplicação do direito de comunicação ao público previsto na Diretiva 2001/29 teria posto em causa o caráter de *lex specialis* da Diretiva 2009/24 (40) e das suas regras pormenorizadas, adaptadas às especificidades dos programas de computador enquanto objeto de proteção (41).

65. Em segundo lugar, contrariamente à Diretiva 2001/29, a Diretiva 2009/24 não contém nenhum elemento que indique que a regra do esgotamento do direito de distribuição, expressamente prevista no artigo 4.º, n.º 2, seria limitada às cópias fixadas num suporte material (42).

66. Finalmente, em terceiro lugar, o artigo 5.º, n.º 1, da Diretiva 2009/24 contém uma exceção ao direito de reprodução relativamente aos atos «necessários para a utilização do programa de computador pelo seu legítimo adquirente de acordo com o fim a que esse programa se destina». Esta disposição permitiu ao Tribunal declarar que o adquirente de um programa de computador em segunda mão podia fazer uma reprodução necessária para a sua transferência (*download*) sem violar o direito exclusivo do autor do referido programa (43). Ora, a Diretiva 2001/29 não prevê uma exceção análoga (44).

67. No presente processo, a Tom Kabinet sustenta que um livro eletrónico constitui um programa de computador e que, portanto, a decisão da UsedSoft deveria ser-lhe diretamente aplicada. No entanto, este argumento não colhe. Um livro eletrónico não é um programa de computador, ou seja, um conjunto de instruções para que o computador realize determinadas operações, mas um ficheiro digital que contém dados que o computador deve processar. Por conseguinte, não há razão para lhe aplicar a regulamentação específica destinada aos programas de computador, tal como interpretada pelo Tribunal de Justiça. Além disso, um livro eletrónico está protegido pelo direito de autor não apenas enquanto simples ficheiro digital, mas também devido ao seu conteúdo, ou seja, à obra literária que contém. Ora, esta proteção é abrangida pelo âmbito de aplicação da Diretiva 2001/29.

O comodato de livros eletrónicos

68. No seu Acórdão *Vereniging Openbare Bibliotheken* (45), o Tribunal declarou que o direito de comodato previsto no artigo 3.º da Diretiva 2006/115/CE (46), bem como a exceção de comodato público prevista no artigo 6.º dessa diretiva, são aplicáveis aos livros eletrónicos. Ora, tal como o artigo 4.º da Diretiva 2001/29, o artigo 3.º, n.º 1, alínea a), da Diretiva 2006/115 refere-se ao original e às cópias da obra. Poderia então sugerir-se que deve ser feita uma analogia entre o comodato de livros eletrónicos e a sua distribuição, que, com efeito, consistem ambos numa transferência (*download*) de uma cópia digital.

69. No entanto, a solução adotada pelo Tribunal no Acórdão *Vereniging Openbare Bibliotheken* (47) foi desenvolvida num enquadramento jurídico diferente do enquadramento do presente processo. Com efeito, o direito de comodato – contrariamente ao direito de aluguer também regulado no artigo 3.º da Diretiva 2006/115 e ao direito de distribuição em causa no presente processo – não está abrangido pelo TDA. O Tribunal salientou especificamente esta diferença, concluindo que o TDA não se opunha a uma interpretação da Diretiva 2006/115 que incluísse o comodato de livros eletrónicos no âmbito de aplicação do direito de comodato (48). Ora, não se pode formular a mesma conclusão relativamente ao direito de distribuição (49).

70. Por outro lado, a exceção relativa ao comodato público prevista no artigo 6.º da Diretiva 2006/115 prossegue um objetivo de interesse público e é exigida uma compensação para os autores. Tal não é o caso da regra do esgotamento do direito de distribuição, cuja justificação é de outra natureza, relativa à propriedade e à troca dos objetos materiais que contêm as obras protegidas.

71. Contudo, a Tom Kabinet observa com razão que o Tribunal parece ter aceitado o esgotamento do direito de distribuição no que respeita aos livros eletrónicos ao considerar, em resposta à segunda questão no processo *Vereniging Openbare Bibliotheken*, que «o artigo 6.º da Diretiva 2006/115 deve ser interpretado no sentido de que não se opõe a que um Estado-Membro submeta a aplicação do artigo 6.º, n.º 1, da Diretiva 2006/115 à condição de a cópia de um livro em formato digital disponibilizada pela biblioteca pública ter sido colocada no mercado através de uma primeira venda ou de outra forma de primeira transferência da propriedade dessa cópia na União Europeia pelo titular do direito de distribuição ao público ou com o seu consentimento, nos termos do artigo 4.º, n.º 2, da Diretiva [2001/29]» (50).

72. De facto, tal condição não faria muito sentido sem o reconhecimento da aplicabilidade do direito de distribuição e da regra do seu esgotamento às cópias desmaterializadas de livros eletrónicos. Isso exigiria que a cópia fosse fixada num suporte físico antes de a entregar à biblioteca, operação que não faria sentido do ponto de vista económico e seria contrária aos usos do mercado, uma vez que os livros eletrónicos são normalmente fornecidos por transferência (*download*). No caso de o Tribunal considerar, no presente processo, que o direito de distribuição não se aplica ao fornecimento de obras por transferência (*download*), esta condição ficaria esvaziada de sentido. Não penso, no entanto, que esta afirmação do Tribunal de Justiça no processo *Vereniging Openbare Bibliotheken* possa por si só antecipar a solução no presente processo.

Ligações Internet

73. O direito de comunicação ao público não é, em princípio, suscetível de esgotamento (51). No entanto, no ambiente da Internet, o Tribunal declarou que certos atos que poderiam ser abrangidos por este direito não estão sujeitos à autorização do titular do referido direito. É o caso das hiperligações(52), bem como das ligações que utilizam a técnica chamada «framing» (53), que encaminham o utilizador para conteúdos livremente acessíveis na Internet com o consentimento do titular do direito de autor. Segundo o Tribunal, esses atos de comunicação, que utilizam o mesmo meio técnico que a comunicação original (Internet) e que se dirigem ao mesmo público (todos os utilizadores da Internet), não exigem uma autorização independente dos titulares dos direitos de autor (54). Esta jurisprudência chegou a ser vista pela doutrina como a consagração do esgotamento do direito de comunicação ao público (55).

74. Sem entrar na discussão dos seus efeitos e da validade das teses doutrinárias, observo que, em qualquer caso, esta jurisprudência não pode ser aplicada por analogia à colocação à disposição de obras

ao público por transferência (*download*).

75. Com efeito, em primeiro lugar, a jurisprudência relativa às ligações Internet baseia-se na premissa de que, ao tornar um conteúdo livremente acessível na Internet, o titular dos direitos de autor teve em conta o facto de que, potencialmente, qualquer utilizador da Internet poderia ter acesso ao mesmo (56). No entanto, não é este o caso da transferência (*download*). Ao fazer pagar cada aquisição de uma cópia digital da obra, o titular dos direitos de autor tem em conta, enquanto público-alvo da sua comunicação, apenas os utilizadores que pagaram o preço da cópia da obra e não os utilizadores sucessivos que não pagaram esse preço ou que o pagaram a uma pessoa diferente do referido titular dos direitos (57). Qualquer fornecimento subsequente dessa cópia deve, por conseguinte, ser considerado uma comunicação a um novo público.

76. Em segundo lugar, se no caso das ligações Internet existe comunicação, trata-se de uma comunicação derivada, no sentido de que depende da comunicação original. Se o titular do direito de autor decidir retirar a sua obra da Internet, a ligação deixará de funcionar. O seu funcionamento depende então da vontade do referido titular dos direitos. Em contrapartida, no caso da transferência (*download*), a menos que existam medidas técnicas específicas, o titular dos direitos de autor perde o controlo factual sobre a cópia da sua obra depois de esta ter sido transferida por um utilizador. O seu único meio de controlo é o controlo jurídico que decorre do seu direito exclusivo.

Observações finais

77. Resumindo as considerações acima expostas, embora o Tribunal tenha dado alguns passos na sua jurisprudência no sentido do reconhecimento do esgotamento dos direitos de autor no ambiente digital, tal não significa que seja necessário reconhecer esse esgotamento nas circunstâncias do presente processo.

78. É verdade que esta jurisprudência do Tribunal de Justiça pode dar uma impressão de complexidade e incoerência e que seria tentador simplificar a situação jurídica admitindo a regra do esgotamento do direito de distribuição no ambiente digital para todas as categorias de obras (58). No entanto, penso que, na falta de uma regulamentação completa, por via legislativa, no que respeita a esta regra, a diversidade de soluções jurisprudenciais é justificada, e mesmo inevitável, no que toca a situações factuais diferentes, reguladas por atos legislativos diferentes e prosseguindo objetivos específicos. Na minha opinião, a simples procura de coerência não pode constituir a base para o reconhecimento jurisprudencial da regra do esgotamento.

O equilíbrio dos interesses em jogo

79. Como mencionei na introdução das presentes conclusões, a digitalização dos conteúdos, incluindo das obras protegidas pelo direito de autor e sobretudo o desenvolvimento das novas modalidades do seu fornecimento aos utilizadores tornadas possíveis pela Internet, alteraram o equilíbrio que existia no ambiente analógico entre, por um lado, os interesses dos titulares dos direitos de autor e, por outro, os interesses dos utilizadores das obras. A regra do esgotamento do direito de distribuição é um dos instrumentos que contribuem para a manutenção desse equilíbrio. A questão que se coloca é a de saber se o equilíbrio dos interesses em jogo exige a aplicação desta regra igualmente no caso do fornecimento de obras por transferência (*download*).

80. Numerosos argumentos, apresentados pela doutrina, militam a favor desta aplicação (59).

81. Em primeiro lugar, a existência de mercados de segunda mão reforçaria a concorrência, faria baixar os preços e contribuiria para uma melhor acessibilidade dos bens, com benefícios evidentes para o consumidor. Como as cópias digitais desmaterializadas em segunda mão são, contrariamente às cópias materiais, substitutos perfeitos dos exemplares novos, esta concorrência seria ainda mais forte.

82. Em segundo lugar, a acessibilidade, a preços moderados, das cópias de obras em segunda mão promoveria a inovação, tanto por parte dos titulares dos direitos de autor (a fim de fazer concorrência à oferta em segunda mão, v. ponto anterior) como por parte dos utilizadores e dos terceiros, como as plataformas dos mercados em linha.

83. Em terceiro lugar, a falta de controlo por parte dos titulares dos direitos de autor sobre a utilização e o destino da cópia da obra em resultado do esgotamento do direito de distribuição reforçaria a proteção da vida privada dos utilizadores. Com efeito, o fornecimento das obras por transferência (*download*) permite aos distribuidores conhecer não só a identidade de cada comprador mas também recolher informações sobre a forma como utiliza a obra. Os distribuidores dos livros eletrónicos podem saber, nomeadamente, se o leitor leu o livro até ao fim ou se fez anotações. O controlo que os distribuidores têm sobre as cópias transferidas também lhes permite rescindir o contrato, tornando inutilizável a cópia pretensamente «comprada» pelo utilizador.

84. Por último, em quarto lugar, o esgotamento do direito de distribuição permitiria impedir as práticas anticoncorrenciais que consistem em vincular os utilizadores aos distribuidores através do aumento dos custos para mudar de distribuidor. Estas práticas são mais uma vez visíveis, nomeadamente, no mercado dos livros eletrónicos, quando a aquisição e a utilização de um livro são condicionadas, por exemplo, à abertura de uma conta no distribuidor e à posse de um leitor de livros eletrónicos distribuído pela mesma empresa.

85. No entanto, alguns destes argumentos dizem respeito a aspetos de política económica geral (níveis de preços, concorrência, inovação) que podem, evidentemente, ser tomados em consideração pelo legislador, mas não devem, na minha opinião, orientar decisões de ordem jurisprudencial.

86. Em contrapartida, outros argumentos dizem respeito não ao comportamento dos beneficiários do direito de autor, mas ao dos distribuidores das obras. Reconhecer o esgotamento do direito de distribuição para contrariar tal comportamento significaria então limitar os direitos dos autores por razões alheias ao equilíbrio entre esses direitos e os direitos dos utilizadores. Por outras palavras, o direito de autor serviria de fator de correção dos pretensos problemas de funcionamento do mercado do fornecimento de obras.

87. Duvido também de que a regra do esgotamento do direito de distribuição, por si só, consiga resolver os problemas acima referidos. Com efeito, se, ao abrigo desta regra, o adquirente de uma cópia desmaterializada de uma obra pudesse revender essa cópia, isso não teria automaticamente por consequência a anulação de todas as condições contratuais de utilização dessa cópia (60). De resto, não é de todo certo que todos os utilizadores queiram libertar-se delas. Com efeito, os distribuidores acompanham estas limitações e intrusões na vida privada de vantagens em benefício dos utilizadores, que podem optar por suportar as primeiras para beneficiar das segundas.

88. Além disso, existem também argumentos importantes contra a aplicação da regra do esgotamento do direito de distribuição ao fornecimento de obras por transferência (*download*).

89. Primeiro, como já mencionei, as cópias digitais desmaterializadas não se deterioram com o uso, de modo que as cópias em segunda mão são substitutos perfeitos das cópias novas. A isto acresce a facilidade das trocas dessas cópias, que não requerem esforço nem custos adicionais. Assim, o mercado paralelo de segunda mão é suscetível de afetar os interesses dos titulares dos direitos de autor de forma muito mais significativa do que o mercado em segunda mão de objetos materiais.

90. O processo principal é uma excelente ilustração disso mesmo. Como o representante da Tom Kabinet admitiu na audiência, a empresa revende por vezes livros eletrónicos a um preço inferior ao preço de compra. A rentabilidade de tal processo deve-se ao facto de os utilizadores do seu sítio Internet serem incentivados a revender à Tom Kabinet, depois de os lerem, os livros eletrónicos que adquiriram a esta, que os pode então propor a outros clientes. Uma sequência de várias operações de revenda e aquisição permite assim à Tom Kabinet rentabilizar a sua atividade, cujo único custo é constituído pela primeira aquisição do livro eletrónico.

91. Isto cria dois riscos para os titulares dos direitos de autor. O primeiro é o da concorrência das cópias da mesma qualidade oferecidas a uma fração do preço de mercado original e o segundo é a multiplicação não controlada das cópias em circulação. Com efeito, múltiplas trocas, num curto período, de uma cópia digital da obra equivalem, na prática, a uma multiplicação de cópias. Isto é particularmente verdade quando, como acontece frequentemente com os livros, as necessidades dos utilizadores são satisfeitas após uma única leitura (61).

92. Em segundo lugar, existe um risco de multiplicação, desta vez real, decorrente do facto de a transferência (*download*) consistir numa reprodução da cópia no computador recetor. Se, em princípio, após a transferência (*download*), o revendedor for obrigado a apagar a sua própria cópia, o cumprimento desta obrigação é difícil de verificar, nomeadamente junto dos particulares (62).

93. É claro que este problema está mais relacionado com a digitalização do que com a transferência (*download*). Com efeito, uma cópia digital fixada num suporte material pode ser reproduzida pelo seu proprietário (um ato perfeitamente lícito ao abrigo da exceção da cópia privada), revendendo este utilizador em seguida a cópia material ao abrigo da regra do esgotamento. Se tal atuação não é muito honesta, seria difícil declará-la ilegal. Além disso, a sua proibição seria difícil de aplicar sem se intrometer na esfera privada do utilizador. No entanto, isto não se aplica a todas as categorias de obras, nomeadamente aos livros (63), e a revenda de uma cópia material exige que se suporte um custo (por exemplo, o custo do envio postal) que não existe no caso de trocas desmaterializadas.

94. Em terceiro lugar, não é certo que, uma vez autorizadas as trocas de cópias digitais em segunda mão, seja sempre fácil ou possível distinguir as cópias legais, ou seja, as que foram legalmente adquiridas e revendidas de acordo com as regras, das cópias contrafeitas. É certo que as plataformas profissionais podem utilizar meios técnicos para o efeito, como o faz a Tom Kabinet, segundo as informações contidas no pedido de decisão prejudicial. No entanto, não é certo que os particulares façam os mesmos esforços. Assim, o reconhecimento da regra do esgotamento do direito de distribuição das cópias desmaterializadas poderia contribuir para o desenvolvimento da pirataria e dificultar a implementação de medidas para combatê-la.

95. Por último, há que ter presente que a transferência (*download*) com um direito de utilização perpétuo como modalidade de fornecimento de conteúdos em linha está a ser relegada para o passado. Novos modos de acesso, como o *streaming* ou o acesso por assinatura, surgiram e são amplamente adotados, não só pelos titulares dos direitos de autor e os distribuidores mas também pelos utilizadores. Com efeito, estes novos modos de acesso, por um lado, asseguram rendimentos mais elevados aos primeiros e, por outro, proporcionam aos segundos um acesso mais flexível a um número muito mais elevado de conteúdos. É certo que estes novos modos de acesso não dizem em primeira linha respeito aos livros eletrónicos: é difícil conceber o *streaming* de um livro. No entanto, já existem soluções em que, pelo preço de uma assinatura mensal ou anual, o utilizador obtém acesso a toda uma biblioteca de livros eletrónicos. Embora este acesso exija sempre que o livro seja transferido, não há pagamento por cada objeto transferido, pelo que seria difícil falar de «venda» neste caso. Ora, a venda de uma cópia da obra é a condição para o esgotamento do direito de distribuição.

96. O Tribunal, ao reconhecer a regra do esgotamento do direito de distribuição no ambiente Internet, resolveria então um problema que não precisa realmente de o ser e que, em grande medida, pertence ao passado.

97. Estas considerações levam-me à conclusão de que, embora existam razões ponderosas para reconhecer a regra do esgotamento do direito de distribuição no caso da transferência (*download*), existem, contudo, outras razões, pelo menos tão ponderosas, que se lhe opõem. Assim, o equilíbrio dos vários interesses em jogo não faz pender a balança numa direção diferente da que resulta da letra das disposições em vigor.

Conclusão

98. As considerações anteriores levam-me a concluir que existem argumentos jurídicos e teleológicos a favor do reconhecimento da regra do esgotamento do direito de distribuição no que diz respeito às obras fornecidas por transferência (*download*) para uma utilização permanente (64). Em particular, a posse permanente de uma cópia dessa obra pelo utilizador demonstra a similitude deste modo de fornecimento com a distribuição das cópias materiais. Contudo, sou de opinião que, no estado atual do direito da União, os argumentos em sentido contrário devem prevalecer. Estes incluem nomeadamente os argumentos desenvolvidos nos n.ºs 36 a 49 das presentes conclusões, relativos à clara intenção do legislador da União de considerar que a transferência (*download*) pertence ao domínio do direito de comunicação ao público, à limitação do direito de distribuição aos atos de

transferência de propriedade de uma cópia e ao direito de reprodução. Esses argumentos jurídicos são corroborados pelas considerações de ordem teleológica expostas nos n.ºs 89 a 96 das presentes conclusões.

99. Por este motivo, proponho que seja dada a seguinte resposta às questões prejudiciais colocadas pelo Rechtbank Den Haag (Tribunal de Primeira Instância de Haia, Países Baixos):

O artigo 3.º, n.º 1, e o artigo 4.º da Diretiva 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de maio de 2001, relativa à harmonização de certos aspetos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação, devem ser interpretados no sentido de que o fornecimento de livros eletrónicos por transferência (*download*) para utilização permanente não se enquadra no direito de distribuição na aceção do artigo 4.º da referida diretiva, mas do direito de comunicação ao público na aceção do artigo 3.º, n.º 1, da mesma diretiva.

[1](#) Língua original: francês.

[2](#) Kohler, J., *Das Autorrecht: eine zivilistische Abhandlung*, Jena, G. Fischer, 1880.

[3](#) V., nomeadamente, Acórdão do Reichsgericht (Tribunal de Justiça Imperial, Alemanha) de 16 de junho de 1906, I 5/06 Koenigs Kursbuch. Um conceito semelhante surgiu ao mesmo tempo nos Estados Unidos sob o nome de «*first sale doctrine*», v. Acórdão da Supreme Court of the United States (Supremo Tribunal, Estados Unidos da América), de 1 de junho de 1908, *Bobbs-Merrill Co. v. Straus*, 210 U.S. 339 (1908).

[4](#) V., nomeadamente, Acórdãos de 8 de junho de 1971, *Deutsche Grammophon Gesellschaft* (78/70, EU:C:1971:59), e de 20 de janeiro de 1981, *Musik-Vertrieb membran e K-tel International* (55/80 e 57/80, EU:C:1981:10).

[5](#) V. quadro jurídico, *infra*.

[6](#) Tratado aprovado em nome da Comunidade Europeia pela Decisão 2000/278/CE do Conselho, de 16 de março de 2000 (JO 2000, L 89, p. 6).

[7](#) JO 2001, L 167, p. 10.

[8](#) Decorre da decisão de reenvio que as alegações contra os outros requeridos, Tom Kabinet Holding BV e Tom Kabinet Uitgeverij BV, serão rejeitadas pelo órgão jurisdicional de reenvio.

[9](#) Na verdade, a «transferência» de um ficheiro digital consiste na criação de uma nova cópia deste no computador recetor.

[10](#) Segundo o pedido de decisão prejudicial, o juiz baseou a sua decisão, nomeadamente, no Acórdão de 3 de julho de 2012, *UsedSoft* (C-128/11, EU:C:2012:407).

[11](#) V., neste sentido, Acórdão de 17 de abril de 2008, *Peek & Cloppenburg* (C-456/06, EU:C:2008:232, n.º 34).

[12](#) É, aliás, nesta premissa que se baseia, no plano económico, a regra do esgotamento do direito de distribuição: uma vez vendido o exemplar da obra, considera-se que o titular do direito de autor obteve a

remuneração adequada desse exemplar.

[13](#) Artigo 8.º do TDA e artigo 3.º da Diretiva 2001/29.

[14](#) Artigo 6.º do TDA e artigo 4.º da Diretiva 2001/29.

[15](#) Por enquanto, vou deixar de lado a questão dos atos de reprodução, também sujeitos a um direito de autor exclusivo, necessários para estes dois métodos de colocação à disposição ao público.

[16](#) Por «computador» entendo qualquer dispositivo que possa conectar-se à Internet e armazenar dados.

[17](#) Guia dos Tratados sobre o direito de autor e os direitos conexos administrados pela OMPI, OMPI, Genebra, 2003, pp. 210 e seguintes.

[18](#) V. considerando 15 desta diretiva.

[19](#) O sublinhado é meu.

[20](#) Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de junho de 2000, relativa a certos aspetos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio eletrónico, no mercado interno («diretiva sobre o comércio eletrónico») (JO 2000, L 178, p. 1).

[21](#) V. considerando 18 da Diretiva 2000/31.

[22](#) V., por último, Acórdão de 7 de agosto de 2018, Renckhoff (C-161/17, EU:C:2018:634, n.ºs 19 e 22).

[23](#) V. Acórdão de 17 de abril de 2008, Peek & Cloppenburg (C-456/06, EU:C:2008:232, dispositivo).

[24](#) Exceto, naturalmente, quando o ficheiro estiver fixado num suporte material, caso em que o direito de propriedade diz respeito a esse suporte.

[25](#) No processo Infopaq, o Tribunal parece não ter tido dúvidas de que o armazenamento informático de um excerto de uma obra constitui um ato de reprodução: V. Acórdão de 16 de julho de 2009, Infopaq International (C-5/08, EU:C:2009:465, n.º 1 do dispositivo), e as Conclusões da advogada-geral V. Trstenjak nesse processo (C-5/08, EU:C:2009:89, n.º 52).

[26](#) Convenção de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas, assinada em Berna, em 9 de setembro de 1886 (Ato de Paris de 24 de julho de 1971), conforme alterada em 28 de setembro de 1979.

[27](#) V., neste sentido, Acórdão de 12 de outubro de 2016, Ranks e Vasiļeviĉs (C-166/15, EU:C:2016:762, n.º 38).

[28](#) V., a este respeito, von Lewinsky, S., Walter, M., *European Copyright Law*, Oxford University Press, Oxford, 2010, p. 1027.

[29](#) Acórdão de 3 de julho de 2012 (C-128/11, EU:C:2012:407).

[30](#) Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de abril de 2009, relativa à proteção jurídica dos programas de computador (JO 2009, L 111, p. 16)

[31](#) Acórdão de 3 de julho de 2012 (C-128/11, EU:C:2012:407).

[32](#) V. Acórdão de 3 de julho de 2012, UsedSoft (C-128/11, EU:C:2012:407, n.ºs 45 a 48).

[33](#) V. Acórdão de 3 de julho de 2012, UsedSoft (C-128/11, EU:C:2012:407, n.º 49).

[34](#) V. Acórdão de 3 de julho de 2012, UsedSoft (C-128/11, EU:C:2012:407, n.º 52).

[35](#) V. Acórdão de 3 de julho de 2012, UsedSoft (C-128/11, EU:C:2012:407, n.º 61).

[36](#) V. Acórdão de 3 de julho de 2012, UsedSoft (C-128/11, EU:C:2012:407, n.º 51).

[37](#) V. Acórdão de 3 de julho de 2012, UsedSoft (C-128/11, EU:C:2012:407, n.º 49).

[38](#) V. Acórdão de 3 de julho de 2012, UsedSoft (C-128/11, EU:C:2012:407, n.º 61).

[39](#) Artigo 4.º, n.º 1, alínea c), da Diretiva 2009/24.

[40](#) V., nesse sentido, Acórdão de 3 de julho de 2012, UsedSoft (C-128/11, EU:C:2012:407, n.º 51).

[41](#) Trata-se das regras relativas à autoria (artigo 2.º), às exceções (artigo 5.º) e à descompilação (artigo 6.º).

[42](#) V. Acórdão de 3 de julho de 2012, UsedSoft (C-128/11, EU:C:2012:407, n.º 55).

[43](#) V. Acórdão de 3 de julho de 2012, UsedSoft (C-128/11, EU:C:2012:407, n.º 81).

[44](#) Exceto a contida no artigo 5.º, n.º 1, da Diretiva 2001/29, que não é, no entanto, aplicável a reproduções permanentes como as cópias transferidas.

[45](#) Acórdão de 10 de novembro de 2016 (C-174/15, EU:C:2016:856).

[46](#) Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2006, relativa ao direito de aluguer, ao direito de comodato e a certos direitos conexos ao direito de autor em matéria de propriedade intelectual (JO 2006, L 376, p. 28).

[47](#) Acórdão de 10 de novembro de 2016 (C-174/15, EU:C:2016:856).

[48](#) Acórdão de 10 de novembro de 2016, Vereniging Openbare Bibliotheken (C-174/15, EU:C:2016:856, n.º 39).

[49](#) V. n.ºs 33 a 35 das presentes conclusões.

[50](#) Acórdão de 10 de novembro de 2016, Vereniging Openbare Bibliotheken (C-174/15, EU:C:2016:856, n.º 2 do dispositivo).

[51](#) V. n.º 3 do artigo 3.º da Diretiva 2001/29.

[52](#) Acórdão de 13 de fevereiro de 2014, Svensson e o. (C-466/12, EU:C:2014:76).

[53](#) Despacho de 21 de outubro de 2014, BestWater International (C-348/13, não publicado, EU:C:2014:2315).

[54](#) Acórdão de 13 de fevereiro de 2014, Svensson e o. (C-466/12, EU:C:2014:76, n.ºs 24, 27 e 28).

[55](#) V., designadamente, nota de A. Lucas sobre o Acórdão Svensson e o., *Propriétés intellectuelles*, n.º 51 (2014), pp. 165 e segs. e Rosén, J., «How Much Communication to the Public Is “Communication to the Public”?», em Stamatoudi, I.A. (ed.), *New Developments in EU and International Copyright Law*, Wolters Kluwer, Alphen-sur-le-Rhin, 2016, pp. 331 e segs.

[56](#) Acórdão de 13 de fevereiro de 2014, Svensson e o. (C-466/12, EU:C:2014:76, n.º 27).

[57](#) Deixo de lado a questão das obras distribuídas gratuitamente, que não é suscitada no presente processo.

[58](#) V., neste sentido, Sganga, C., «A Plea for Digital Exhaustion in EU Copyright Law», *JIPITEC*, 9/2018, p. 211.

[59](#) V., em especial, Perzanowski, A., Schultz, J., «Digital Exhaustion», *UCLA Law Review*, 2011, n.º 58, p. 889; Sganga, C., *op. cit.* Para uma abordagem mais matizada dos argumentos a favor e contra, v. Kerber, W., «Exhaustion of Digital Goods: An Economic Perspective», *Intellectual Property Journal*, 2016, n.º 8, p. 149.

[60](#) O direito de autor não rege, em princípio, os contratos através dos quais as obras são disponibilizadas ao utilizador final; v. Lucas-Schloetter, A., «La revente d’occasion de fichiers numériques contenant des œuvres protégées par le droit d’auteur», in Bernault, C., Clavier, J.-P., Lucas-Schloetter, A., Lucas, F.-X. (dir), *Mélanges en l’honneur du Professeur André Lucas*, LexisNexis, Paris, 2014, pp. 573 e segs.

[61](#) O mesmo se aplica, por exemplo, às obras cinematográficas.

[62](#) A sociedade Amazon patenteou um sistema de mercado dos bens digitais usados que permite apagar automaticamente a cópia original após a transferência (*download*) (Karapapa, S., «Reconstructing copyright exhaustion in the online world», *Intellectual Property Quarterly*, p. 307); no entanto, tais sistemas só podem ser aplicados por plataformas profissionais. Seria difícil exigir a sua utilização por particulares.

[63](#) Os livros eletrónicos não são normalmente distribuídos num suporte material. Em contrapartida, a digitalização de um livro em papel não resulta na criação de um livro eletrónico.

[64](#) V., também, além dos já mencionados, Bernabou, L., «Digital Exhaustion of Copyright in the EU or Shall We Cease Being so Schizophrenic?», em Stamatoudi, I.A. (ed.), *op. cit.*, p. 351; von Lewinsky, S., Walter, M., *op. cit.*, p. 987 e segs.; Mezei, P., *Copyright Exhaustion. Law and Policy in the United States and the European Union*, Cambridge University Press, Cambridge, 2018; e Wójcik, A., «The evolution of the copyright exhaustion doctrine in the European Union: limitations and controversy in the digital age», *Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego*, 2017, n.º 1, p. 178.