

Comentário à proposta de transposição da Directiva 2012/28/UE

Analizada a proposta de redacção da transposição da Directiva 2012/28/UE, apresentada pela Secretaria de Estado da Cultura, a Sociedade Portuguesa de Autores tem alguns comentários e contributos a fornecer. Por uma questão sistemática, a SPA irá fazer os seus comentários, respeitando a estrutura apresentada pela Secretaria de Estado, o que faz nos seguintes termos:

A) Relativamente à excepção a introduzir no artigo 75º, a SPA considera que a redacção proposta não está conforme ao texto e ao espírito da Directiva que se pretende transpor. De facto, nos termos do artigo 1º n.º 1 da Directiva, resulta claro que “a presente Directiva diz respeito a **determinadas utilizações** de obras órfãs (...)”, nosso bold. Ora, as utilizações que a Directiva prevê no âmbito das obras órfãs contemplam o direito de reprodução e o direito de colocação à disposição do público destas obras, como se pode verificar nos considerandos (6), (20), (22), e no próprio artigo 6º. Não nos parece, por isso, conforme ao texto e à ratio da Directiva estender a excepção proposta para a alínea u) do artigo 75º do CDADC a outras utilizações previstas no artigo 68º. Essa referência deverá, por isso, ser eliminada, ficando apenas previstas a reprodução e a colocação à disposição do público.

Por outro lado, ainda nesta alínea, a SPA entende que tem que ficar expresso que só os organismos de radiodifusão de serviço público (e não os restantes) estarão abrangidos pela aplicação da Directiva. Esta referência encontra-se expressa ao longo de toda a Directiva, desde o considerando (1), e está expressamente prevista no artigo 1º n.º 1. Deve ser, por isso, respeitada.

Por fim, resulta, igualmente claro, que esta excepção deverá aplicar-se apenas às entidades aí referidas, e exclusivamente para atingir a sua missão de interesse público. Aliás, o considerando (20) é claro ao referir que os Estados Membros podem prever uma excepção ou limitação ao direito de reprodução ou de colocação à disposição do público, “desde que essa utilização cumpra as suas missões de interesse público (...)”. Reforçando esta ideia, o artigo 6º n.º 2 refere que as entidades acima referidas só podem utilizar obras órfãs para atingir os objectivos relacionados com a sua missão de interesse público. A expressão proposta pela SEC “no âmbito dos seus objetivos de interesse público” é, por isso, muito abrangente e deve ser retirada.

Sugere-se, por isso, a seguinte redacção:

"u) A reprodução e a colocação à disposição do público de obras órfãs, por parte de bibliotecas, estabelecimentos de ensino, museus, arquivos, instituições responsáveis pelo património cinematográfico ou sonoro e organismos de radiodifusão de serviço público, exclusivamente para atingir os objectivos relacionados com a sua missão de interesse público, no âmbito da preservação e restauro de obras e de fonogramas e a oferta de acesso cultural e educativo a essas obras e fonogramas."

B) Artigo 26º-A

A SPA sugere a seguinte redacção:

"1 - Consideram-se obras órfãs, as obras intelectuais protegidas em que nenhum dos seus titulares de direitos estiver identificado ou se, apesar de identificado, nenhum deles tiver sido localizado, depois de realizada e registada uma pesquisa diligente, nos termos do número seguinte."

Com efeito, esta redacção, não só é a que consta do artigo 2º da Directiva, como reforça a ideia de que não basta a falta de identificação ou de localização de titulares de direito para que uma obra seja considerada órfã; é necessário existir uma cuidada e diligente pesquisa, conforme se estipula no número 2 seguinte. Esta cuidada pesquisa deve ser um dos elementos que constem da definição de obras órfãs.

2. No número 2 proposto para o artigo 26º-A, deve eliminar-se a palavra "nomeadamente", já que a Directiva é taxativa ao referir as obras abrangidas, não possibilitando a aplicação do regime das obras órfãs a outras situações. Face a esta redacção, a lei portuguesa não deve ser mais abrangente, pelo que se sugere a supressão da palavra "nomeadamente".

4. Deve acrescentar-se uma referência à necessidade de efectuar uma consulta a fontes de informação noutros países, se aparecerem provas que possam levar a acreditar que haja informações relevantes sobre os titulares de direito noutros países.

5. A redacção proposta para o número 5 não corresponde ao que está previsto na Directiva. Na verdade, de acordo com o disposto no artigo 3º n.º 3 da Directiva, a pesquisa diligente deve ser efectuada, em regra, no Estado-Membro da primeira publicação ou difusão, com excepção das obras cinematográficas ou audiovisuais, em que essa pesquisa deve ser realizada no Estado-Membro onde o produtor tenha a sua sede ou residência habitual.

Situação diferente é a das obras ou fonogramas colocados à disposição do público (embora nunca publicados ou difundidos), com autorização dos respectivos titulares de direito. Neste caso, a pesquisa diligente deve ser efectuada no Estado-Membro em que se encontra a organização responsável pela colocação à disposição. São situações diferentes que não devem ser misturadas. Sugerimos, por isso, a seguinte redacção para o número 5 e que seja aditado um n.º 6:

“5 – No caso da primeira publicação ou difusão da obra ter sido efectuada em território português, a pesquisa diligente deve ser efectuada neste território, com excepção das obras cinematográficas ou audiovisuais e das fixadas em fonograma que sejam coproduzidas por produtores estabelecidos em Portugal e noutros Estados membros da União Europeia, caso em que a pesquisa se efetua nos Estados dos estabelecimentos em causa.

6 - No caso de obras que não tenham sido publicadas ou distribuídas, mas que tenham sido colocadas à disposição do público com o consentimento dos titulares de direitos, a pesquisa diligente é realizada em Portugal se a entidade que colocou a obra à disposição do público estiver estabelecida no país.”

8 – O considerando (22), possibilitando a celebração destes acordos com parceiros comerciais para a digitalização e colocação à disposição do público refere, no entanto, que os mesmos não podem conceder direitos aos parceiros comerciais para utilizar ou controlar as obras órfãs. Esta impossibilidade não parece resultar do texto proposto para a transposição. Sugerimos, por isso, a seguinte redacção para o n.º 8 do artigo 26º A:

“8. As entidades previstas no n.º 2 e que façam utilização de obras órfãs, em ordem a assegurar exclusivamente a cobertura dos custos de digitalização, tratamento, salvaguarda e preservação destes bens, podem celebrar acordos comerciais com entidades públicas e privadas e obter os financiamentos devidos, não podendo, contudo, estabelecer qualquer restrição de uso das referidas obras. As entidades públicas ou privadas com quem as entidades previstas no n.º 2 venham a estabelecer estes acordos comerciais ficam inibidas de utilizar ou controlar as obras órfãs.”.

Artigo 26º B

A redacção proposta para o n.º 3 possibilita uma limitação para o cálculo da compensação equitativa, com a qual a SPA não pode estar de acordo. Com efeito, independentemente dos restantes critérios estabelecidos, a SPA não concorda com o último, até porque não está, uma vez mais, conforme ao texto e ao espírito da Directiva. De acordo com o documento proposto, um dos critérios seria “os eventuais danos patrimoniais injustificados sofridos pelos titulares de direito”.

A fim de se evitar futuras discussões sobre o que é que integra o conceito de “dano injustificado”, até porque não seria possível a um titular de direito justificar um dano injustificado, a SPA propõe para este n.º 3 a redacção que já consta da Directiva:

“3 - Na fixação da compensação equitativa, tem-se em conta a natureza não comercial da utilização feita, os objetivos de interesse público envolvidos, designadamente o acesso à informação, à educação e à cultura, bem como os possíveis para os titulares de direitos”. ”