CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL F. G. JACOBS

apresentadas em 24 de Junho 1999 *

1. O presente litígio refere-se à interrupção publicitária de filmes difundidos na televisão, nomeadamente ao método segundo o qual, em conformidade com a directiva «televisão sem fronteiras» [1], deve calcular-se o número de interrupções autorizadas.

3. O litígio tem por origem a redacção do artigo 11.°, n.° 3, da directiva, que determina que o número de interrupções publicitárias autorizadas por filme difundido na televisão deve ser calculado por referência a um período qualificado de «duração programada».

Matéria de facto e tramitação no processo principal

2. As demandantes são onze sociedades de radiodifusão direito público dos Länder, reunidas no seio da Arbeitsgemeinschaft Deutscher Rundfunkanstalten (a seguir «ARD»). Nos termos da Lei Fundamental alemã, a radiodifusão televisiva é da competência dos *Länder*. Estas sociedades são responsáveis conjuntamente pela cadeia de televisão ARD. A demandada, a PRO Sieben Media AG (a seguir «Pro Sieben»), é uma sociedade privada de radiodifusão televisiva.

4. Segundo o princípio do tempo «bruto», invocado pela Pro Sieben, a duração da publicidade deve ser incluída no período de tempo em relação ao qual o número de interrupções autorizado é calculado. Segundo o princípio do tempo «líquido», invocado pela ARD, a publicidade não deve ser incluída nesse período, isto é, a duração em causa refere-se apenas à duração do próprio filme. A diferença é que, em determinadas circunstâncias, a aplicação do princípio do tempo bruto permite um maior número de interrupções do que o princípio do tempo líquido.

5. A ARD levantou a questão nos órgãos jurisdicionais alemães intentando uma acção contra a Pro Sieben, com base em

* Língua original: inglês.

1 — Directiva 89/552/CEE do Conselho, de 3 de Outubro de 1989, relativa à coordenação de certas disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros relativas ao exercício de actividades de radiodifusão televisiva (JO L 298, p. 23). Alterada pela Directiva 97/36/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 30 de Junho de 1997 (JO L 202, p. 60): v. *infra*, n.° 8.

concorrência desleal. Outros dois organismos privados de radiodifusão televisiva, a SAT 1 Satellitenfernsehen GmbH e Kabel 1, a K1 Fernsehen GmbH, intervieram no processo alemão em apoio dos pedidos da Pro Sieben. Em Outubro de 1996, o Landgericht Stuttgart (órgão jurisdicional regional), interpretando a legislação alemã relevante [2], ordenou à Pro Sieben que não interrompesse os filmes com maior frequência do que permitia o princípio da aplicação do tempo líquido. Em recurso interposto para o Oberlandesgericht Stuttgart (órgão jurisdicional regional superior), a Pro Sieben sustentou que, embora a legislação alemã previsse a aplicação do princípio do tempo líquido, essa legislação era contrária à directiva e ao direito comunitário primário.

6. Em Novembro de 1997, o Oberlandesgericht Stuttgart suspendeu a instância e colocou ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

«1) O n.º 3 do artigo 11.º da Directiva 97/36/CE [3] do Parlamento Europeu e do Conselho, de 30 de Junho de 1997, que altera a Directiva 89/552/CEE (directiva que modifica a directiva relativa à radiodifusão televisiva) ou o n.º 3 do artigo 11.º, de teor idêntico, da Directiva 89/552/CEE do Conselho, de 3 de outubro de 1989, relativa à coordenação de certas disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros relativas ao exercício de actividades de radiodifusão televisiva (directiva relativa à radiodifusão televisiva), prevê o princípio do tempo bruto ou o princípio do tempo líquido?

2) Admitindo que o § 44, n.º 4, do Dritter Staatsvertrag zur Änderung rundfunkrechtlicher Staatsverträge (terceiro tratado de Estado que visa a alteração dos tratados de Estado relativos ao direito da radiodifusão, Anexo B 33, p. 437 do anexo) prevê o princípio do tempo líquido, é esse facto compatível com o n.º 3 do artigo 11.º conjugado com o n.º 1 do artigo 3.º da Directiva 89/552 ou com o direito comunitário primário (artigos 5.º, 6.º, 30.º e seguintes, 59.º e seguintes do Tratado CE e princípio geral da igualdade de tratamento)?»

Primeira questão

7. Os Estados-Membros que apresentaram observações ao Tribunal de Justiça estão divididos sobre a primeira questão: A França, os Países Baixos e Portugal são partidários do princípio do tempo líquido; a Itália, o Luxemburgo e o Reino Unido defendem o princípio do tempo bruto, tal como a Comissão. A Suécia respondeu apenas à segunda questão.

2 — § 26.º, n.º 4, do Staatsvertrag über den Rundfunk im vereinigten Deutschland, de 31 de Agosto de 1991 (acordo nacional relativo à radiodifusão na Alemanha). Esta disposição foi substituída pelo § 44, n.º 4, do Dritter Staatsvertrag zur Änderung rundfunkrechtlicher Staatsverträg (terceiro tratado de Estado destinado à modificação dos tratados de Estado relativos aos direitos da radiodifusão), que entrou em vigor em 1 de Janeiro de 1997.

3 — Esta referência ao artigo 11.º, n.º 3, é incorrecta: a modificação do artigo 11.º, n.º 3, da Directiva 89/552 foi introduzida pelo n.º 13 do artigo 1.º da Directiva 97/36.

A directiva televisão sem fronteiras

8. A directiva televisão sem fronteiras foi adoptada em 3 de Outubro de 1989 e as suas disposições deviam ter sido regulamentadas até 3 de Outubro de 1991 [4]. A directiva foi modificada pela Directiva 97/36 que devia ter sido regulamentada até 31 de Dezembro de 1998 [5]. Embora o litígio no presente processo tenha surgido antes da adopção desta última directiva, o despacho de reenvio do Oberlandesgericht Stuttgart não foi proferido antes de Dezembro de 1997 pelo que a sua redacção se refere às duas directivas. O n.º 13 do artigo 1.º da última directiva alterou o artigo 11.º da directiva original, mas não alterou significativamente a redacção do n.º 3 do artigo 11.º, em causa no presente processo. As passagens citadas nas presentes conclusões são, salvo indicação contrária, as da directiva na versão alterada.

9. A directiva foi adoptada com base no artigo 57.º, n.º 2, do Tratado CE (que passou, após alteração, a artigo 47.º, n.º 2, CE) e 66.º do Tratado CE (actual artigo 55.º CE). Resulta do preâmbulo da directiva que o objectivo prosseguido por esta última era fixar o quadro legal da radiodifusão televisiva no mercado interno, adoptar regras comuns para a radiodifusão que devem contribuir, nomeadamente, para a livre circulação dos serviços. Entre essas regras comuns, as relativas à publicidade constituem uma parte importante da directiva e figuram no capítulo IV da directiva intitulado «Publicidade televisiva, patrocínio e televenda» (artigos 10.º a 20.º).

10. A publicidade deve ser facilmente identificável enquanto tal e distinguir-se da programação (artigo 10.º, n.º 1). Deve, em princípio, ser inserida entre os programas; pode ser inserida durante os programas na condição de «não atentar contra a sua integridade e valor tendo em conta as interrupções naturais do programa, bem como a sua duração e natureza, de maneira a não lesar os direitos dos respectivos titulares» (artigo 11.º, n.º 1). Com estas disposições, a directiva procura manifestamente criar um equilíbrio entre vários interesses potencialmente contraditórios: os dos espectadores, dos organismos de radiodifusão televisiva, dos anunciantes de que depende financeiramente a radiodifusão televisiva e os dos produtores de programas.

11. O n.º 2 do artigo 11.º prevê uma medida especial para os programas que, por natureza, se compõem de partes autónomas, como a transmissão televisiva de acontecimentos desportivos: neste caso, a publicidade deve ser inserida nos intervalos, por exemplo, entre as partes autónomas.

4 — Artigo 25.º da directiva.

5 — Artigo 2.º da directiva modificativa.

12. O n.º 3 do artigo 11.º tem a seguinte redacção:

«A transmissão de obras audiovisuais, tais como as longas metragens cinematográficas e os filmes concebidos para a televisão (com exclusão de séries, folhetins, programas ligeiros de entertenimento e documentários), de duração programada superior a 45 minutos, pode ser interrompida uma vez por cada período de 45 minutos. É autorizada outra interrupção se a duração programada da transmissão exceder, pelo menos em 20 minutos, dois ou mais períodos completos de 45 minutos.»

13. Em geral, os *spots* publicitários inseridos num programa devem ser separados por um período de, pelo menos, 20 minutos (artigo 11.º, n.º 4).

14. Nos termos do artigo 11.º, n.º 5:

«Não pode ser inserida publicidade ou televenda durante a difusão de serviços religiosos. Os telejornais e os programas de actualidade informativa, os documentários, os programas religiosos e os programas infantis de duração programada inferior a 30 minutos não podem ser interrompidos por publicidade ou televenda. Quando a sua duração programada for igual ou superior a 30 minutos, aplica-se o disposto nos números anteriores.»

15. Os artigos 15.º a 20.º contêm outras disposições em matéria de publicidade e patrocínio, algumas das quais deverão ser seguidamente referidas.

16. O efeito do n.º 3 do artigo 11.º dependerá da questão de saber se é aplicável o princípio do tempo bruto ou o princípio do tempo líquido. Se, por exemplo, um filme dura 40 minutos, segundo o princípio do tempo líquido não pode sofrer interrupções publicitárias, ao passo que, segundo o princípio do tempo bruto, pode ser interrompido por seis minutos de publicidade. Isto está, no entanto, sujeito às restrições gerais previstas no artigo 18.º: o n.º 2 do artigo 18.º, por exemplo, define o tempo máximo de publicidade no período de uma hora. Assim, mesmo que a aplicação do princípio do tempo líquido permita menos interrupções do que o princípio do tempo bruto, isso não produzirá qualquer efeito sobre o volume total de publicidade se o máximo previsto no artigo 18.º for inteiramente utilizado. Consequentemente, a questão poderia ser a de optar por interrupções mais frequentes, mas mais curtas, segundo o princípio do tempo bruto, ou por interrupções menos frequentes, mas mais longas, segundo o princípio do tempo líquido. Todavia, a questão é de grande interesse em alguns Estados-Membros e parece ter uma importância considerável tanto do ponto de vista comercial como em termos de política de radiodifusão televisiva.

17. A fim de determinar se o n.º 3 do artigo 11.º impõe o princípio do tempo bruto ou o princípio do tempo líquido, examinaremos sucessivamente (como fez o representante do Governo francês na audiência), em primeiro lugar, a interpre-

tação literal, em segundo lugar, a história da directiva, em terceiro lugar, a interpretação sistemática, e, em quarto lugar, os objectivos da directiva.

Interpretação literal

18. Tanto os partidários do princípio do tempo bruto como os partidários do princípio do tempo líquido invocam insistentemente o texto do n.º 3 do artigo 11.º

19. O primeiro argumento apresentado em apoio do princípio do tempo líquido é que, em algumas mas não em todas as versões linguísticas do n.º 3 do artigo 11.º, a expressão utilizada para a duração refere-se às próprias obras audiovisuais (filmes), por oposição à *transmissão* do filme. Foi sustentado que, ao fazer referência à duração dos filmes, esta disposição deveria ser entendida no sentido de se referir ao filme, excluindo quaisquer interrupções publicitárias, ao passo que a referência à transmissão do filme poderia ser mais facilmente entendida no sentido de incluir o filme e as interrupções publicitárias [6].

20. A este argumento, os partidários do princípio do tempo bruto opõem a redacção do n.º 3 do artigo 11.º que não se refere simplesmente à «duração» da obra, mas à sua «duração programada». Defendem que esta expressão deve referir-se à duração do programa tal como aparece na grelha de programação do organismo de radiodifusão televisiva, pelo que inclui o tempo de publicidade. Argumentam que, se não fosse assim, o termo «programado» seria redundante.

21. Contudo, outras explicações foram igualmente avançadas para justificar a utilização deste termo. Foi afirmado, por exemplo, que as longas metragens realizadas para o cinema são transmitidas pela televisão a uma velocidade ligeiramente diferente: foi, portanto, necessário precisar que não era a duração da obra original, mas a duração do filme tal como programado para a televisão que era decisivo. Uma explicação diferente que é talvez, no mínimo, igualmente plausível, é que era necessário utilizar o termo «programado» a fim de prever a eventualidade de a versão do filme, tal como é difundida, poder ser mais curta do que o previsto, devido a cortes ou outras alterações impossíveis de prever; considerou-se que o organismo de radiodifusão televisiva não devia ser multado por causa de divergências menores deste tipo e, portanto, que o critério relevante deveria ser a duração programada e não a duração difundida. Estas duas explicações são compatíveis com o princípio do tempo líquido; consequentemente, não nos parece razoável conceder demasiada importância ao termo «programado» enquanto argumento a favor do princípio do tempo bruto.

22. Concedeu-se igualmente importância ao facto de a directiva modificativa ter substituído a expressão «programmed

6 — V. Pechstein, M.: «Brutto-bzw. Nettoprinzip bei der Unterbrecherwerbung», *EuZW*, 1994, p. 583.

duration», utilizada na versão inglesa da directiva original, pela expressão «scheduled duration». Parece, todavia, provável que a expressão «programmed duration» foi adoptada inicialmente como uma tradução literal, embora infeliz, da expressão francesa «durée programée» e que se aproveitou a modificação da directiva para melhorar a versão inglesa. De qualquer forma, a meu ver, isso não implica qualquer diferença relevante quanto ao sentido.

23. O último argumento a analisar nesta fase é sugerido por uma interpretação normal, segundo o senso comum, do n.º 3 do artigo 11.º Pode parecer paradoxal interpretar a expressão «duração programada», utilizada nesta disposição como critério de determinação do número autorizado de interrupções, no sentido de incluir as próprias interrupções. Logicamente, parece necessário determinar primeiro a duração do próprio filme, e só depois pode ser determinado o número de interrupções autorizadas.

24. À primeira vista, esse parece ser um argumento decisivo em apoio do princípio do tempo líquido. Porém, deve reconhecer-se que a disposição pode ser interpretada, e foi esse o caso, no outro sentido. Além disso, noutros locais da directiva a base de cálculo das interrupções publicitárias inclui a própria publicidade. É, por exemplo, o caso do n.º 2 do artigo 18.º, que determina a duração máxima da publicidade no período de uma hora.

25. Em conclusão, os argumentos baseados no texto do n.º 3 do artigo 11.º, considerados isoladamente ou em conjunto, não fornecem qualquer indicação clara quanto à questão de saber se esta disposição impõe o princípio do tempo bruto ou o princípio do tempo líquido. Passemos agora à análise da história da directiva.

História da directiva

26. A história de um diploma comunitário não tem sido frequentemente utilizada pelo Tribunal de Justiça para extrair indicações quanto ao seu sentido e, geralmente, apenas é considerada um meio suplementar de interpretação. O Tribunal de Justiça tem dado maior destaque à estrutura do diploma, ao seu contexto legislativo (interpretação sistemática) e à sua finalidade e objecto. No entanto, tem admitido que a história pode fornecer indicações úteis; e, no processo RTI e o.[7], ao analisar a história da directiva aí em causa, o Tribunal de Justiça referiu-se aos mesmos elementos que os invocados no presente processo, isto é, a Convenção Europeia sobre a Televisão Transfronteiras e a posição defendida pelas instituições comunitárias ao longo do processo legislativo.

7 — Acórdão de 12 de Dezembro de 1996 (C-320/94, C-328/94, C-329/94, C-337/94 a C-339/94, Colect., p. I-6471).

Convenção Europeia sobre a Televisão Transfronteiras

27. O primeiro elemento de base para esclarecer a história da directiva é a Convenção Europeia sobre a Televisão Transfronteiras [8], adoptada pelo Conselho da Europa pouco tempo antes da adopção da directiva, e que contém disposições bastante semelhantes. Os trabalhos relativos aos dois diplomas decorreram simultaneamente, e, numa reunião em Rodes, em 2 e 3 de Dezembro de 1988, o Conselho Europeu declarou:

«O Conselho Europeu considera importante que os esforços efectuados pela da Comunidade sejam desenvolvidos em compatibilidade com a convenção do Conselho da Europa» [9].

Além disso, o preâmbulo da directiva faz referência à convenção.

28. O n.º 3 do artigo 14.º da convenção utiliza termos idênticos ao n.º 3 do artigo 11.º da directiva, abstraindo do facto de fazer referência à «duração» em vez de à «duração programada». A mesma diferença aparece nos dois textos autênticos da convenção, isto é, as versões inglesa e francesa.

29. É possível extrair conclusões diferentes das relações entre a directiva e a convenção. Por um lado, pode afirmar-se que a formulação diferente pode reflectir uma diferença quanto ao sentido. Por outro lado, pode sustentar-se que a diferente redacção deve considerar-se irrelevante, por ser pouco provável que os mesmos Estados, negociando no mesmo momento (embora no quadro algo mais vasto do Conselho da Europa e incluindo igualmente outros Estados que são partes na Convenção Cultural Europeia), tenham aprovado disposições incompatíveis.

30. Embora o n.º 3 do artigo 14.º da convenção não faça referência à «duração programada», o relatório explicativo da convenção (que não é vinculativo) faz-lhe referência [10]. Além disso, a convenção foi recentemente alterada por um protocolo [11], de modo a que o artigo 14.º, n.º 3, fizesse referência à «duração programada»; segundo as observações apresentadas pela Comissão no presente processo, esta alteração destina-se a facilitar a adesão da Comunidade à convenção. De qualquer forma, a alteração certamente sugere que

8 — *Série dos Tratados Europeus*, n.º 132.

9 — *Boletim das Comunidades Europeias*, n.º 12/1988, ponto 8.

10 — Televisão transfronteira: relatório explicativo sobre a Convenção Europeia (5 de Maio de 1989), n.º 191. Todavia, o n.º 192 faz referência à duração do filme. Os relatórios explicativos das convenções do Conselho da Europa são adoptados pelo comité intergovernamental, que adopta o texto da convenção em causa, mas não são adoptados pelo comité dos ministros do Conselho da Europa e são apresentados como não fazendo fé.

11 — Protocolo que modifica a Convenção Europeia sobre a Televisão Transfronteiras, *Série dos Tratados Europeus*, n.º 171, 1 de Outubro de 1998.

o termo «programada» se considerava importante.

A declaração do Conselho e da Comissão

31. A Comissão e o Governo do Reino Unido remetem para a acta do Conselho de 3 de Outubro de 1989 [12] (data em que foi adoptada a *directiva original*) que, tal como foi por eles citada, contém uma declaração do Conselho e da Comissão, segundo a qual as durações previstas nos n.os 3 e 5 do artigo 11.º devem ser calculadas com base na duração programada das emissões. O Tribunal de Justiça tem, em geral, mostrado relutância em recorrer a declarações deste tipo para interpretar uma disposição regulamentar, a menos que o conteúdo da declaração encontre expressão no texto da disposição a interpretar [13]. No caso vertente, a declaração encontra uma expressão próxima no texto. Com efeito, pode afirmar-se que a declaração levanta a questão do sentido a dar à expressão «duração programada», precisamente em causa no processo em causa. No entanto, esta declaração revela novamente a importância atribuída a este termo. Além disso, faz referência à duração programada das emissões que, como a seguir se observa, facilmente poderia ser entendida no sentido de incluir o filme e as interrupções publicitárias.

O projecto de modificação do Parlamento Europeu

32. Enquanto elemento da história legislativa, baseamo-nos igualmente na modificação do artigo 11.º, n.º 3, proposta pelo Parlamento Europeu em 14 de Fevereiro de 1996, durante o processo que culminou na adopção da directiva modificativa. O projecto de modificação tinha a seguinte redacção:

«A transmissão de obras audiovisuais, tais como longas metragens cinematográficas e os filmes concebidos para a televisão (com exclusão de séries, folhetins, programas de diversão e documentários) pode ser interrompida uma vez por cada período completo de 45 minutos. É autorizada outra interrupção se a duração programada de transmissão, *calculada sem ter em conta eventuais interrupções*, exceder de, pelo menos, 20 minutos dois ou mais períodos completos de 45 minutos» (sublinhado nosso) [14].

Daqui resulta que o Parlamento pretendia deixar claro que era aplicável o princípio

12 — Citada pela Comissão e pelo Reino Unido como documento do Conselho SN 3063/89. No texto original na versão francesa lê-se «Le Conseil et la Comission déclarent que les durées prévues aux paragraphes 3 et 5 doivent être calculées sur la durée programée des émissions.»

13 — V. o acórdão de 26 de Fevereiro de 1991, Antonissen (C-292/89, Colect., p. I-745, n.º 18); comparar com o acórdão de 12 de Maio de 1998, Reino Unido/Comissão (C-106/96, Colect., p. I-2729, n.º 29).

14 — Proposta de directiva do Parlamento Europeu e do Conselho que modifica a Directiva 89/552/CEE (JO C 65, pp. 96, 107).

do tempo líquido, pelo menos no que respeita às «restantes interrupções» previstas.

33. A este ponto a Comissão [15] respondeu que não podia aceitar a passagem da modificação que indicava que a base de cálculo do número de interrupções autorizadas devia ser a duração programada «com exclusão de qualquer interrupção». Isso imporia uma restrição desnecessária que poderia ter um impacto extremamente negativo sobre os rendimentos dos organismos de radiodifusão televisiva.

34. Não é possível, em nosso entender, extrair grandes esclarecimentos das etapas acima referidas da história legislativa da directiva em causa. O projecto de modificação do Parlamento indica que este pretendia obter um reconhecimento explícito do princípio do tempo líquido.

35. A resposta da Comissão mostra que esta considerava que a expressão «duração programada» pode incluir interrupções publicitárias. Revela igualmente que a Comissão era partidária do princípio do tempo bruto. A Comissão tinha defendido a mesma posição anteriormente, como foi ilustrado em Maio de 1995 no seu relatório relativo à aplicação da directiva [16], no qual declarou que, em sua opinião, o princípio do tempo bruto era a disposição mínima para efeitos da directiva.

36. Em conclusão, embora não lhe atribuamos grande importância, a história legislativa mostra que o Parlamento não conseguiu fazer admitir parcialmente o princípio do tempo líquido e sugere talvez que a legislação foi deliberadamente mantida de forma ambígua, o que, segundo a Comissão e alguns Estados-Membros, permite o princípio do tempo bruto.

Interpretação sistemática

37. No quadro da interpretação sistemática, pode parecer útil interpretar o n.º 3 do artigo 11.º à luz do capítulo IV da directiva «Publicidade televisiva e patrocínio»), considerada no seu conjunto. As disposições dos restantes artigos não parecem, no entanto, relevantes.

38. O principal argumento, que foi sublinhado nomeadamente pelo Governo neerlandês nas suas observações escritas e pelo Governo francês na audiência, refere-se à relação entre o artigo 11.º, n.º 1, e o artigo 11.º, n.º 3. Recordaremos que o artigo 11.º, n.º 1, estabelece a regra geral segundo a qual a publicidade deve ser inserida entre as emissões, mas que, sob

15 — Proposta modificada de directiva do Parlamento e do Conselho que modifica a Directiva 89/552, COM(96) 200 final.

16 — Relatório de aplicação da Directiva 89/552, COM(95) 86 final.

reserva das condições fixadas nos n.os 2 a 5 do referido artigo, a publicidade «pode ser inserida durante os programas de modo a que não atente contra a sua integridade e valor... e de maneira a não lesar os direitos de quaisquer titulares».

39. O Governo neerlandês e o Governo francês sustentam que, uma vez que o n.º 1 do artigo 11.º estabelece a regra geral segundo a qual a publicidade deve se inserida *entre* os programas, a interrupção dos programas autorizada pelo n.º 3 do artigo 11.º constitui uma excepção que, enquanto derrogação à regra geral, deve ser interpretada de forma restrita, isto é, segundo o princípio do tempo líquido.

40. Não nos parece que esta conclusão se imponha. Em termos concretos, o que está em causa é essencialmente, como a seguir se explica, a possibilidade de inserir interrupções mais frequentes, mas mais curtas, e interrupções menos frequentes, mas mais longas. Um argumento geral baseado no princípio da interpretação restrita das derrogações não permite, a meu ver, resolver esta questão específica.

41. Em todo o caso, a própria premissa parece duvidosa. Uma derrogação deve certamente ser interpretada de forma restrita quando derroga uma liberdade fundamental. Noutras circunstâncias, pode ser mais correcto atribuir a uma derrogação o alcance adequado aos seus próprios termos, objecto e finalidade. E no caso vertente, é o princípio do tempo líquido que parece mais compatível com a realização de uma liberdade fundamental: é o princípio do tempo líquido que impõe uma maior restrição à liberdade do organismo de radiodifusão televisiva e do anunciante. É certo que tais restrições podem ser desejáveis, entre outras razões, para a protecção do telespectador; mas não podem, a meu ver, ser justificadas com base simplesmente no princípio de interpretação que tem sido invocado.

42. Porém, outra conclusão resulta, a meu ver, da interpretação sistemática. Uma vez que o n.º 3 do artigo 11.º fixa uma regra geral, penso que, seja qual for o princípio, do tempo bruto ou do tempo líquido, aplicável por força do n.º 3 do artigo 11.º, a publicidade que interrompe a transmissão de filmes por força desta disposição deve, em qualquer circunstância, respeitar a integridade e o valor do filme e não lesar os direitos dos seus titulares.

43. Outro argumento estrutural assenta na utilização da mesma expressão «duração programada» no artigo 11.º, n.º 5, da directiva, supondo que tal expressão deve ser interpretada do mesmo modo nas duas disposições. Este argumento é apresentado nomeadamente pelo Governo do Reino Unido, cujo principal argumento relativo ao n.º 5 do artigo 11.º levanta questões ligeiramente diferentes das que são objecto do presente processo. Segundo este argumento, a aplicação do princípio do tempo líquido ao n.º 5 do artigo 11.º teria por efeito anular a política de programação dos

organismos comerciais britânicos de radiodifusão televisiva, que consiste em programar numerosos jornais televisivos e programas de informação política bem como documentários por períodos de meia hora e só prever uma única interrupção publicitária entre estes programas. Pelas razões a seguir indicadas não é necessário analisar as implicações deste argumento, nomeadamente no que respeita à confiança legítima das pessoas em causa. Todavia, admitimos que a expressão «duração programada» deve ter o mesmo significado no n.º 3 do artigo 11.º e no n.º 5 do artigo 11.º

Argumentos teleológicos: os objectivos da directiva

44. Analisemos, por último, os objectivos da directiva. Argumentos assentes nos objectivos da directiva, tal como anunciados no preâmbulo, são aduzidos pelas duas partes. Assim, segundo o vigésimo sétimo considerando do preâmbulo, a directiva procura assegurar de forma completa e adequada a protecção dos interesses dos consumidores que são os telespectadores e submeter a publicidade televisiva a um certo número de normas mínimas e de critérios. Há quem afirme que isso justifica uma interpretação restrita do n.º 3 do artigo 11.º, e milita a favor do princípio do tempo líquido.

45. Por outro lado, a Pro Sieben afirma que a directiva assenta na premissa do livre exercício das actividades económicas e, nomeadamente, da livre difusão de emissões televisivas. Cita, nomeadamente, o sexto e sétimo considerandos do preâmbulo, que determinam, respectivamente, que a radiodifusão televisiva é um serviço na acepção do Tratado e que o Tratado prevê a livre circulação de todos os serviços prestados normalmente contra remuneração. O preâmbulo faz igualmente referência ao princípio da liberdade de expressão, consagrado no n.º 1 do artigo 10.º da Convenção de Salvaguarda dos Direitos e Liberdades do Homem e das Liberdades Fundamentais.

46. O preâmbulo refere vários outros objectivos económicos, como o estabelecimento de uma concorrência leal [17] e a promoção de produções europeias [18]. Consequentemente, a directiva protege diferentes interesses concorrentes. Além disso, não resulta claro qual dos princípios, o do tempo líquido ou o tempo bruto, melhor serviria os vários objectivos, e ambas as partes apresentaram argumentos económicos.

47. Argumenta-se, por exemplo, que o princípio do tempo bruto é prejudicial para os consumidores porque permite que as emissões sejam interrompidas mais frequentemente pela publicidade. Além disso, uma maior oferta de espaços publicitários potencialmente mais baratos reduziria a procura dos anunciantes. Isso cria uma importante barreira à entrada de eventuais novos organismos de radiodifusão televisiva cujos rendimentos provêm necessaria-

17 — Terceiro considerando.

18 — Vigésimo, vigésimo segundo e vigésimo quarto considerandos.

mente da publicidade. A indústria europeia de radiodifusão televisiva bem com os produtores e os telespectadores sairiam prejudicados, restringindo assim o pluralismo que a directiva procura promover.

48. Por outro lado, a Pro Sieben e o Governo do Reino Unido afirmam que a aplicação do princípio do tempo líquido produzem um impacto económico negativo sobre os organismos privados de radiodifusão televisiva e os anunciantes. Este raciocínio assenta na hipótese, como a seguir se explica, de o princípio do tempo líquido autorizar interrupções publicitárias menos frequentes, mas mais longas.

49. Segundo um estudo encomendado pela Pro Sieben, interrupções de tal modo prolongadas produziriam dois efeitos: em primeiro lugar, os espectadores teriam tendência para mudar de canal logo que tais interrupções tivessem início e, em segundo, os *spots* publicitários individuais perderiam o seu elemento de identificação no interior dessas interrupções [19]. Na prática, isso significaria que os organismos de radiodifusão televisiva deveriam reduzir o volume de publicidade a fim de tornar as interrupções aceitáveis tanto pelos espectadores como pelos anunciantes. A redução do volume de publicidade teria um impacto negativo sobre os rendimentos dos organismos privados de radiodifusão televisiva. Por outro lado, do ponto de vista dos anunciantes — e, aqui, a análise pode apresentar uma certa contradição —, produzir-se-ia uma diminuição da oferta dos espaços publicitários, provocando um aumento dos preços. Além disso, os produtores e os espectadores europeus seriam prejudicados uma vez que os organismos de radiodifusão televisiva não poderiam financiar na mesma medida uma programação variada.

19 — Publieurope International Ltd., Memorandum zu den Auswirkungen des Nettoprinzips auf ausländische Werbetreibende, p. 3.

50. À luz dos argumentos precedentes, baseados nos objectivos da directiva, parece, uma vez mais, que nenhuma indicação clara resulta quanto à escolha entre o princípio do tempo bruto e o princípio do tempo líquido. Consequentemente, não me parece necessário avaliar os argumentos económicos que foram invocados.

Apreciação

51. Nenhuma conclusão clara resulta dos argumentos que foram apresentados, quer estes assentem numa análise textual, na história legislativa da directiva, na interpretação sistemática, quer assentem nos objectivos ou nos efeitos possíveis da directiva. Ainda que a história legislativa talvez milite a favor do princípio do tempo bruto, os argumentos não são de modo algum conclusivos.

52. Por uma questão de princípio, parece-me que, nestas circunstâncias, quando uma directiva é passível de duas interpretações, seria errado adoptar a interpretação mais restrita. Quando uma medida legislativa tenta impor uma restrição a uma actividade, essa restrição deve ser expressa em termos claros. Este princípio deve impor-se

tanto mais que a actividade em questão diz respeito simultaneamente ao exercício de uma liberdade fundamental do Tratado — a livre prestação de serviços — e um direito fundamental baseado na Convenção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais — a liberdade de expressão — uma vez que ambas são expressamente invocadas no preâmbulo da directiva.

53. Seja como for, este princípio parece especialmente adequado ao caso em vertente, no qual, à luz dos argumentos apresentados pelas duas partes, a disposição em causa parece não só igualmente aberta a duas interpretações contraditórias mas, porventura, deliberadamente ambígua. Não é possível invocar uma ambiguidade — nomeadamente uma ambiguidade deliberada — para restringir uma liberdade fundamental.

54. Na falta de indicações claras em sentido contrário, isso permitiria supor que a disposição deve ser interpretada no sentido de impor o princípio do tempo bruto, pelo facto de ser menos restritivo.

55. Mas esta consideração de princípio é, a meu ver, reforçada por um elemento importante da directiva que não recebeu suficiente atenção.

56. É importante ter presente que a directiva se destina a fixar unicamente normas mínimas e que estas normas prevêem expressamente que as emissões difundidas no interior de um só Estado-Membro estão sujeitas a regimes legais diferentes. Esta característica da directiva foi sublinhada pela jurisprudência do Tribunal de Justiça relativa à interpretação de outras disposições da directiva em matéria de publicidade: v., nomeadamente, os acórdãos Leclerc-Siplec, RTI e o. e De Agostini e TV-Shop [20].

57. O preâmbulo da directiva original estabelece:

«... a presente directiva prevê disposições mínimas necessárias para garantir a livre difusão de emissões... [21];

... para assegurar de forma completa e adequada a protecção dos interesses dos consumidores que são os telespectadores, é essencial que a publicidade televisiva seja submetida a um determinado número de normas mínimas e de critérios e que os Estados-Membros tenham a faculdade de fixar normas mais rigorosas ou mais pormenorizadas e, em determinados casos, condições diferentes para os organismos

20 — Acórdãos de 9 de Fevereiro de 1995, Leclerc-Siplec (C-412/93, Colect., p. I-179); RTI e o., já referido, e de 9 de Julho de 1997, De Agostini e TV-Shop (C-34/95 a C-36/95, Colect., p. I-3843).

21 — Décimo terceiro considerando.

de radiodifusão televisiva sob sua jurisdição» [22].

58. Além disso, o preâmbulo da directiva modificativa estabelece:

«... a abordagem adoptada na Directiva 89/552/CEE e a presente directiva visa a harmonização fundamental necessária e suficiente para assegurar a livre circulação das emissões televisivas na Comunidade... os Estados-Membros têm a faculdade, no que respeita aos organismos de radiodifusão televisiva sob sua jurisdição, de prever normas mais rigorosas ou mais pormenorizadas nos domínios abrangidos pela presente directiva...» [23].

59. Resulta claramente destes considerandos, bem como do n.º 1 do artigo 3.º da directiva, analisado a seguir, que a directiva tem por preocupação única uma harmonização mínima e prevê a possibilidade de os Estados-Membros adoptarem regimes legais diferentes para os organismos de radiodifusão televisiva sob a respectiva jurisdição.

60. Consequentemente, para responder à primeira questão com base nos argumentos acima referidos, o n.º 3 do artigo 11.º deve, em minha opinião, ser interpretado no sentido de prever o princípio do tempo bruto, embora as interrupções devam, de qualquer forma, respeitar as condições gerais previstas no n.º 1 do artigo 11.º

61. Devido à conclusão a que chegamos, não é necessário analisar as perturbações eventuais nem o efeito potencial sobre os contratos existentes ou sobre a confiança legítima dos lesados, se os Estados-Membros que até este momento aplicaram o princípio do tempo bruto fossem obrigados a aplicar o princípio do tempo líquido. Se, todavia, tivéssemos chegado à conclusão contrária, teria sido necessário analisar os limites a impor ao acórdão a proferir pelo Tribunal de Justiça, de modo a proteger a confiança legítima, nomeadamente devido à posição em favor do princípio do tempo bruto, constantemente defendida pela Comissão [24].

Segunda questão

62. Na segunda questão, o órgão jurisdicional nacional pergunta, com efeito, se a circunstância de um Estado-Membro prever o princípio do tempo líquido é compatível com o n.º 3 do artigo 11.º, conjugado com n.º 1 do artigo 3.º da directiva ou com o direito comunitário primário.

22 — Vigésimo sexto considerando.

23 — Quadragésimo quarto considerando.

24 — V. *supra*, n.º 35; sobre a relevância da posição da Comissão sobre a questão da confiança legítima, v. o acórdão de 8 de Abril de 1976, Defrenne (43/75, Colect., p. 193, n.ºs 72 e 73).

63. Apenas a Pro Sieben defende uma resposta negativa a esta questão. As demandantes, os Governos francês, italiano, neerlandês, sueco e do Reino Unido, bem como a Comissão respondem afirmativamente.

64. A segunda questão pode ser analisada em duas partes: a) n.º 3 do artigo 11.º, conjugado com o n.º 1 do artigo 3.º da directiva autoriza os Estados-Membros a prever o princípio do tempo líquido; e b) o princípio do tempo líquido é compatível com o direito comunitário primário?

Segunda questão, primeira parte

65. Existem actualmente duas disposições na directiva — os artigos 3.º, n.ºs 1 e 20.º — que permitem que os Estados-Membros prevejam condições diferentes das fixadas noutros locais da directiva. (O texto original continha duas disposições suplementares: o artigo 8.º, que dizia respeito à política linguística, e o artigo 19.º, que permitia que fossem adoptadas normas mais rigorosas «do que as do artigo 18.º para o tempo de antena e as regras de transmissão televisiva...»).

66. O artigo 20.º tem a seguinte redacção: «Sem prejuízo do artigo 3.º, os Estados-Membros podem prever, no respeito pelo direito comunitário, condições diferentes das estabelecidas nos n.ºs 2 a 5 do artigo 11.º... para as emissões exclusivamente destinadas ao território nacional e que não podem ser captadas, directa ou indirectamente, num outro ou em vários outros Estados-Membros». Aparentemente, o artigo 20.º não pode aplicar-se aos factos do caso *sub judice*, uma vez que as emissões da Pro Sieben podem ser captadas noutros Estados-Membros.

67. Em termos mais gerais, o artigo 3.º, n.º 1, determina que «no que respeita aos organismos de radiodifusão televisiva sob sua jurisdição, os Estados-Membros terão a faculdade de prever normas mais rigorosas ou mais pormenorizadas nos domínios abrangidos pela presente directiva». O texto desta disposição geral poderia parecer conclusivo.

68. No entanto, a Pro Sieben afirma que o n.º 1 do artigo 3.º não é aplicável ao caso vertente, uma vez que as normas em questão fazem parte do objecto do artigo 11.º (determinação do momento das interrupções publicitárias) e que, visto o artigo 20.º remeter para o artigo 11.º, os Estados-Membros têm direito de prever regras suplementares do tipo das previstas no artigo 11.º apenas nas circunstâncias previstas no artigo 20.º — isto é, quando as emissões em causa só podem ser captadas no território nacional.

69. Porém, a meu ver, basta observar que é expressamente referido que o artigo 20.º se aplica «sem prejuízo do artigo 3.º» Além

disso, o facto de o artigo 20.° aludir a condições «diferentes» das estabelecidas no artigo 11.° sugere que se destina a prever um tipo de normas diferente do permitido no n.° 1 do artigo 3.° que prevê normas «mais rigorosas ou mais pormenorizadas». Esta opinião é corroborada pela redacção do vigésimo sétimo e vigésimo oitavo considerandos do preâmbulo da directiva original, que distingue entre «normas mais pormenorizadas ou mais estritas» e «condições diferentes».

70. Como o Tribunal de Justiça observou no acórdão Leclerc-Siplec [25] a propósito do artigo 19.° da directiva original, nem os considerandos nem o objectivo da directiva exigem que esta última seja interpretada no sentido de privar os Estados-Membros da faculdade que lhes foi reconhecida pelo artigo 3.°, n.° 1 [26]; além disso, a realização do objectivo da directiva que consiste em assegurar a livre difusão das transmissões televisivas conformes com as normas mínimas por ela previstas não é de modo nenhum afectada quando os Estados-Membros impõem normas mais rigorosas aos organismos de radiodifusão televisiva que dependem da sua jurisdição [27].

71. Consequentemente, a meu ver, o n.° 1 do artigo 3.° da directiva concede aos Estados-Membros a faculdade de aplicarem um regime, como o do princípio do tempo líquido, que é mais restrito do que o princípio do tempo bruto, aos organismos de radiodifusão televisiva sob sua jurisdição, desde que esse regime seja compatível com outras disposições relevantes do direito comunitário.

Segunda questão, segunda parte

72. Tendo concluído que a adopção por um Estado-Membro do princípio do tempo líquido para os organismos de radiodifusão televisiva sob sua jurisdição não é contrária aos termos da directiva, analisemos a questão de saber se a adopção deste princípio é compatível com o Tratado e os princípios gerais do direito.

73. O Oberlandesgericht Stuttgart faz referência aos artigos 5.°, 6.°, 30.°, 59.° e 85.° do Tratado CE (actuais artigos 10.°, 12.°, 28.°, 49.° e 81.° CE), bem como ao princípio geral da igualdade.

74. Ainda que o n.° 1 do artigo 3.° da directiva permita que sejam adoptadas normas mais pormenorizadas ou rigorosas (e, portanto, a adopção do princípio do tempo líquido) nos domínios abrangidos pela directiva unicamente para organismos de radiodifusão televisiva sob jurisdição do Estado-Membro que pretende impor essas normas, pode afirmar-se que a adopção do princípio do tempo líquido por um Estado-Membro, em aplicação do n.° 1 do artigo 3.°, tem um efeito transfronteiriço sobre a livre circulação de serviços e mercadorias pelas seguintes razões.

25 — Referido na nota 20.
26 — N.° 42 do acórdão.
27 — N.° 44 do acórdão.

75. Em primeiro lugar, poderia sustentar-se que o reduzido número de espaços publicitários atractivos, bem como o aumento dos preços que daí provavelmente resultaria, podem afectar a capacidade dos vendedores de mercadorias e dos prestadores de serviços estabelecidos no estrangeiro de fazerem publicidade das suas mercadorias ou dos seus serviços nesse Estado.

76. Em segundo lugar, segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça e, como reconhece o preâmbulo da directiva, a prestação de serviços de radiodifusão, em geral, e a difusão de mensagens publicitárias na televisão, em especial, estão abrangidas pelas normas do Tratado relativas à prestação de serviços [28]. Poder-se-ia afirmar que a possibilidade de os organismos de radiodifusão televisiva oferecerem os seus serviços de radiodifusão a fim de transmitirem publicidade para clientes (isto é, os anunciantes) estabelecidos noutros Estados-Membros é afectada se o número de espaços publicitários atractivos a oferecer for reduzido. Pode sustentar-se que um organismo de radiodifusão televisiva sob jurisdição de um Estado que impõe o princípio do tempo líquido se encontra em desvantagem do ponto de vista da concorrência em relação a um organismo de radiodifusão televisiva sob jurisdição de um Estado que pratica o princípio do tempo bruto (supondo que os dois organismos podem transmitir emissões no Estado do seu concorrente), uma vez que terá um número reduzido de espaços publicitários atractivos a oferecer. Devido a essa oferta reduzida, esses espaços provavelmente também serão mais caros.

77. Contudo, o argumento de que o Tratado é, desta forma, violado, também pode ser rapidamente afastado. No que respeita, em primeiro lugar, ao artigo 30.° do Tratado recordo que, no acórdão Leclerc-Siplec [29], o Tribunal de Justiça declarou que a proibição de publicidade televisiva num sector especial (a distribuição) não fazia parte do domínio deste artigo. Uma vez que a restrição sobre a publicidade em causa no presente processo é de tipo análogo à restrição analisada no processo Leclerc-Siplec, embora de menor alcance, concluo que a aplicação do princípio do tempo líquido não faz parte do domínio deste artigo.

78. Quanto à aplicação do artigo 59.° do Tratado, na medida em que o princípio do tempo líquido restringe a livre prestação de serviços na acepção deste artigo, penso que estas restrições podem, de qualquer forma, justificar-se por razões que se prendem com a protecção do consumidor.

79. O Tribunal de Justiça já admitiu que determinadas restrições à difusão de publicidade, incluindo a restrição da duração ou

28 — V., nomeadamente, o acórdão de 30 de Abril de 1974, Sacchi (155/73, Colect., p. 223, n.° 6); v. igualmente o acórdão De Agostini e TV-Shop, já referido, n.° 48, bem como o n.° 106 das conclusões que apresentámos no mesmo processo.

29 — Acórdão já referido na nota 20.

da frequência da publicidade, podem ser justificadas por razões imperiosas de interesse geral se forem impostas para proteger os consumidores contra os excessos da publicidade ou, enquanto objecto de política cultural, para manter um certo nível de qualidade de programas, ou para manter o pluralismo: v. o processo Collectieve Antennevoorziening Gouda e o. [30].

80. Segundo a ARD, a protecção dos consumidores e das obras artísticas são, de facto, os objectivos prosseguidos pelo princípio do tempo líquido. Por outro lado, a Comissão sugere que o objectivo prosseguido pela aplicação do princípio do tempo líquido na Alemanha é impedir a queda dos custos da publicidade, de forma a manter o rendimento das autoridades públicas de radiodifusão televisiva. Segundo a Comissão, os objectivos são a preservação da pluralidade nos *media*, no interesse de uma política cultural, e também a protecção de uma concorrência leal.

81. É claro, em minha opinião, que o princípio do tempo líquido pode ser justificado por razões baseadas na protecção dos consumidores. É verdade que a directiva já contém ela própria determinadas garantias contra a publicidade excessiva no interesse dos consumidores. Isso não pode, porém, ser entendido no sentido de afastar necessariamente a possibilidade de os Estados-Membros justificarem as suas normas mais rigorosas com base na protecção do consumidor, dado que a directiva apenas visa uma harmonização mínima. Se os Estados-Membros não tivessem tal escolha, então, como a Comissão observou na audiência, as directivas de harmonização mínima transformar-se-iam efectivamente em directivas de harmonização total, impondo normas máximas.

82. Além disso, como a Comissão declara, não se pode afirmar que a aplicação do princípio do tempo líquido viola o princípio da proporcionalidade, uma vez que os seus efeitos sobre a livre circulação de serviços, comparados com os efeitos do princípio do tempo bruto, não parecem importantes, e não são manifestamente desproporcionados em relação aos objectivos prosseguidos pela medida nacional.

30 — Acórdão de 25 de Julho de 1991 (C-288/89, Colect., p. I-4007, n.os 27 e 23).

83. Não existe discriminação em razão da nacionalidade na acepção do artigo 6.° do Tratado. Qualquer diferença entre o tratamento reservado pela República Federal da Alemanha aos organismos nacionais de radiodifusão televisiva e o tratamento reservado por outros Estados-Membros aos seus organismos de radiodifusão televisiva não cai no âmbito deste artigo, uma vez que este último não obriga os Estados-Membros a reservarem aos seus organismos de radiodifusão televisiva o mesmo tratamento que os outros Estados-Membros reservam aos seus [31].

84. Também não se pode afirmar que o princípio geral da igualdade é violado. Ainda que organismos de radiodifusão televisiva situados em Estados-Membros diferentes possam estar sujeitos a condições diferentes, com o resultado de poderem subsistir determinadas desigualdades nas condições de concorrência, estas desigualdades parecem ser uma característica inerente às legislações que prevêem normas mínimas. Com efeito, noutros processos, o Tribunal de Justiça admitiu que estas consequências são uma característica necessária das disposições de harmonização que contêm disposições mínimas e não podem considerar-se, a este respeito, desiguais [32].

85. Por último, dificilmente se vê de que forma o artigo 85.° e o artigo 5.° do Tratado podem ser relevantes, uma vez que não foi provada a existência de um acordo entre empresas. Não foi sugerido que a aplicação do princípio do tempo líquido exige ou incentiva a conclusão de um acordo entre empresas ou reforça os efeitos desse acordo, nem que a lei impugnada delega em empresas privadas a responsabilidade de organizar a publicidade televisiva.

31 — V., por exemplo, o n.° 19 do acórdão de 7 de Maio de 1992, Wood e Cowie (C-251/90 e C-252/90, Colect., p. I-2873).

32 — V. o acórdão de 19 de Outubro de 1995, Hönig (C-128/94, Colect., p. I-3389, n.° 17).

Conclusão

86. Consequentemente, em minha opinião, deveria responder-se da seguinte forma às questões colocadas pelo Oberlandesgericht Stuttgart:

«1) O n.º 3 do artigo 11.º da Directiva 89/552/CEE do Conselho, de 3 de Outubro de 1989, relativa à coordenação de certas disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros relativas ao exercício de actividades de radiodifusão televisiva, na versão original e na versão modificada pelo n.º 13 do artigo 1.º da Directiva 97/36/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 30 de Junho de 1997, deve ser interpretado no sentido de prever o princípio do tempo bruto, isto é, a fim de calcular o período de quarenta e cinco minutos com o objectivo de determinar o número de interrupções publicitárias autorizado na transmissão de obras audiovisuais, tais como as longas metragens cinematográficas e os filmes concebidos para a televisão, a duração da publicidade deve ser incluída neste período. Todavia, estas interrupções só são autorizadas na condição de a integridade e o valor da obra serem respeitados e de não lesar os direitos dos respectivos titulares.

2) Sob reserva do respeito das mesmas condições, os Estados-Membros têm a faculdade, em virtude do n.º 1 do artigo 3.º da directiva, de prever para os organismos de radiodifusão televisiva sob sua jurisdição a aplicação do princípio do tempo líquido, isto é, de prever que, para calcular esse período, a duração da publicidade deve ser excluída.»