Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DA ADVOGADA-GERAL
VERICA TRSTENJAK
apresentadas em 17 de janeiro de 2012[1]

Processo C-510/10

DR
TV2 Danmark A/S
contra
NCB

[pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Østre Landsret (Dinamarca)]

«Direitos de autor e direitos conexos — Diretiva 2001/29/CE — artigo 5.º, n.º 2, alínea d) — Requisitos de uma exceção ao direito de reprodução — Gravações efémeras de obras efetuadas por organismos de radiodifusão pelos seus próprios meios e para as suas próprias emissões — Organismo de radiodifusão que encomendou gravações a sociedades de produção televisiva externas e independentes com o objetivo de as difundir nas suas próprias emissões»

I — Introdução

1. O pedido de decisão prejudicial do Østre Landsret dinamarquês aqui em causa versa sobre a interpretação do artigo 5.º, n.º 2, alínea d), da Diretiva 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de maio de 2001, relativa à harmonização de certos aspetos dos direitos de autor e direitos conexos na sociedade da informação[2] (a seguir «diretiva sociedade de informação»).

2. Esta disposição confere aos Estados-Membros a possibilidade de preverem uma limitação ao direito de reprodução, previsto no artigo 2.º desta diretiva, de obras protegidas quanto aos seus direitos imateriais em relação às designadas gravações efémeras de obras[3], efetuadas por organismos de radiodifusão pelos seus próprios meios e para as suas próprias emissões.

3. No entanto, também após a transposição da diretiva sociedade de informação, a lei dos direitos de autor dinamarquesa não precisa os requisitos ao abrigo dos quais se pode determinar se uma gravação foi efetuada «pelos […] próprios meios e para as […] próprias emissões» do organismo de radiodifusão[4]. Este representa o problema central do processo principal, no qual o órgão jurisdicional de reenvio tem de apreciar a questão da aplicação do artigo 5.º, n.º 2, alínea d), da diretiva sociedade de informação a programas televisivos que foram encomendados por organismos de radiodifusão a sociedades de produção televisiva externas.

1 — Língua original das conclusões: alemão; língua do processo: dinamarquês.

2 — JO L 167, p. 10.

3 — Este termo tem a sua origem no termo «gravações efémeras» na Convenção de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas, na qual foi introduzido em 1948. Este termo descreve um fenómeno radiofónico típico: na preparação de uma emissão que será transmitida em momento posterior, torna-se necessário gravar previamente em dispositivos mecânicos os contributos dos autores e artistas contratados pelos organismos de radiodifusão. As gravações efetuadas desta forma são designadas «gravações efémeras». No entanto, a Convenção de Berna não esclarece o âmbito temporal em que os mesmos podem ser conservados. Tais gravações são também acessórias, uma vez que a sua produção apenas se destina ao exercício do direito de transmissão existente em relação às obras gravadas não podendo ser utilizadas de outra forma (Ruijsenaars, H., «Zur Vergänglichkeit von 'ephemeren Aufnahmen'», ZUM 1999, pp. 707, 708).

4 — V. p. 6 da decisão de reenvio.

4. Tendo por base o referido, o órgão jurisdicional de reenvio pretende, essencialmente, saber se, e em caso afirmativo, em que condições, a gravação de um programa televisivo por uma sociedade de produção televisiva pode ser entendida como tendo sido efetuada pelo organismo de radiodifusão «pelos seus próprios meios e para as suas próprias emissões», no caso de um organismo de radiodifusão ter encomendado para as suas próprias emissões a produção deste mesmo programa junto de uma daquelas sociedades, nos termos do artigo 5.º, n.º 2, alínea d), da diretiva sociedade de informação, em conjugação com o seu quadragésimo primeiro considerando.

II — Quadro jurídico

A — *Direito da União*

5. O artigo 2.º da diretiva sociedade de informação («Direito de reprodução») dispõe:

«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;

[…]»

6. O artigo 3.º da diretiva sociedade de informação («Direito de comunicação de obras ao público, incluindo o direito de colocar à sua disposição outro material») dispõe:

«1. 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.

[…]»

7. O artigo 5.º, n.º 2, da diretiva sociedade de informação dispõe:

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

[…]

d) Em relação a gravações efémeras de obras efetuadas por organismos de radiodifusão pelos seus próprios meios e para as suas próprias emissões; […]»

8. O quadragésimo primeiro considerando da diretiva sociedade de informação refere em relação ao conceito de «pelos seus próprios meios»:

«Na aplicação da exceção ou limitação relativa às fixações efémeras realizadas por organismos de radiodifusão, entende-se que os meios próprios dos difusores incluem os da pessoa agindo por conta ou [5] sob a responsabilidade d[o] organi[smo] de radiodifusão.»

5 — As diferentes versões linguísticas não são uniformes neste ponto, o que o órgão jurisdicional de reenvio salienta na sua segunda questão prejudicial. As versões linguísticas, como a versão alemã, que implicam uma alternativa através da conjunção «ou» estão em minoria em relação àquelas que estabelecem uma cumulação através da conjunção «e».

9. A Posição Comum (CE) n.º 48/2000 do Conselho [6] refere a este respeito no n.º 27:

«A disposição constante da alínea d), do n.º 2, do artigo 5.º, fora aditada à lista de exceções na proposta alterada da Comissão no seguimento de uma sugestão do Parlamento Europeu (alteração 39). O Conselho […] acrescentou uma segunda cláusula a esta alínea a fim de alinhar a formulação pelo artigo 11.º-A da Convenção de Berna. O Conselho esclareceu igualmente a noção 'pelos seus próprios meios' no novo considerando 41, a fim de propiciar aos Estados-Membros flexibilidade suficiente para adaptarem a sua legislação às mudanças do mercado.»

B — *Direito internacional*

10. O artigo 11-[A] da Convenção de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas (Ato de Paris de 24 de julho de 1971), na versão resultante da alteração de 28 de setembro de 1979 (a seguir «Convenção de Berna») dispõe:

«1) Os autores de obras literárias e artísticas gozam do direito exclusivo de autorizar:

1.º A radiodifusão das suas obras ou a comunicação pública dessas obras por qualquer outro meio que sirva à difusão sem fio dos sinais, sons ou imagens;

2.º Qualquer comunicação pública, quer por fio, quer sem fio, da obra radiodifundida, quando essa comunicação seja feita por outro organismo que não o de origem;

3.º A comunicação pública, por altifalantes ou por qualquer outro instrumento análogo transmissor de sinais, sons ou imagens, da obra radiodifundida.

[…]

3) Salvo estipulação em contrário, uma autorização concedida em conformidade com a alínea 1) do presente artigo não implica a autorização de gravar, por meio de instrumentos permitindo a fixação dos sons e imagens, a obra radiodifundida. Fica, todavia, reservado às legislações dos países da União o regime das gravações efémeras efetuadas por um organismo de radiodifusão pelos seus próprios meios e para as suas emissões. Essas legislações poderão autorizar a conservação dessas gravações nos arquivos oficiais por motivo do seu caráter excecional de documentação.»

C — *Direito nacional*

11. O § 31 da lei do direito de autor dinamarquesa [7] dispõe:

«(1) Os organismos de rádio e televisão podem, com vista à sua difusão, gravar obras em disco, filme ou outro suporte que as possa reproduzir, no pressuposto de que têm o direito de difundir as obras em causa. O direito de efetuar a gravação de obras acessíveis ao público em geral depende das regras a seguir enunciadas.

(2) O Ministro da Cultura pode estabelecer regras detalhadas sobre as condições para efetuar tais gravações e sobre a utilização e conservação das mesmas.»

6 — Posição Comum (CE) n.º 48/2000, de 28 de setembro de 2000, adotada pelo Conselho deliberando nos termos do procedimento previsto no artigo 251.º do Tratado que institui a Comunidade Europeia, tendo em vista a adoção de uma diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à harmonização de certos aspetos do direito de autor e dos direitos conexos na Sociedade da Informação (JO C 344, p. 1).

7 — Aviso de publicação n.º 202, de 27 de fevereiro de 2010.

12. Em relação à transposição na Dinamarca da diretiva sociedade de informação, o legislador nacional partiu do pressuposto – como decorre da decisão de reenvio [8] – de que o § 31 da lei em vigor continha uma exceção análoga à prevista no artigo 5.º, n.º 2, alínea d), da diretiva. A transposição do artigo 5.º, n.º 2, alínea d), da referida diretiva não motivou, por isso, uma alteração ao § 31 da lei do direito de autor dinamarquesa e, consequentemente, também não foi tomada uma posição em relação à questão da relevância do quadragésimo primeiro considerando da diretiva sociedade de informação.

III — Matéria de facto e questões prejudiciais

13. O litígio no processo principal tem por objeto a questão de saber de que modo a disposição derrogatória do § 31 da lei do direito de autor dinamarquesa, em relação a gravações para efeitos de emissões, deve ser interpretada, quando a gravação é efetuada no âmbito de programas de televisão encomendados a terceiros por um organismo de radiodifusão para as suas próprias emissões.

14. Está, sobretudo, em causa saber se, e em que medida, a diretiva sociedade de informação influencia a aplicação do § 31 aqui em causa, por meio de uma interpretação conforme a diretiva, e como devem ser entendidas as disposições da diretiva referentes aos organismos de radiodifusão.

15. Partes neste processo são, por um lado, a Nordisk Copyright Bureau e, por outro, dois organismos de radiodifusão, a DR e a TV2 Danmark.

16. A Nordisk Copyright Bureau (a seguir «NCB») é uma sociedade nórdico-báltica que, em colaboração com empresas congéneres titulares de direitos de autor em todo o mundo, gere os direitos de gravação e de reprodução de obras musicais em CD, DVD, filme, vídeo, na Internet, etc. – os chamados direitos mecânicos –, de compositores, autores de letras e editoras de música.

17. A DR é uma operadora de televisão e rádio na Dinamarca que cobre todo o país e é financiada por taxas. A TV2 Danmark (a seguir «TV2») é uma operadora de televisão que cobre todo o país e que em termos comerciais, é financiada através de publicidade televisiva.

18. Fazem parte dos programas de rádio e de televisão que a DR e a TV2 emitem, programas produzidos por terceiros ao abrigo de [acordos] específicos com a DR ou a TV2, com vista à sua primeira difusão na DR ou na TV2. Embora a DR produza, em princípio, as suas próprias emissões, foi obrigada, nos termos de um contrato celebrado com o Ministro da Cultura, designado por contrato de Serviço Público, para reforçar o setor de produção privado, a encomendar programas de televisão a terceiros em cada vez maior número. No entanto, a TV2 tem-se baseado num designado «modelo contratual de fornecimento» segundo o qual, em geral, todos os programas de televisão, com exceção dos programas noticiosos, de atualidades e filmes – abrangidos por contratos de licença – são encomendados a terceiros.

19. O cada vez mais frequente recurso da DR e da TV2 às sociedades de produção televisiva externas e independentes intensificou uma antiga divergência entre as partes, sobre o ponto de saber se a exceção legal também abrange gravações realizadas por sociedades de produção televisiva externas e independentes sob encomenda da DR ou da TV2 com vista à sua primeira difusão na DR ou na TV2 Danmark.

20. Trata-se, em concreto, de música que pode ser usada em produções televisivas como componente principal da emissão ou como componente subordinado como, por exemplo, no caso da música de fundo que acompanha uma emissão e dos direitos financeiros de certas [sociedades gestoras de direitos de autor [9]] com ela relacionados.

8 — V. p. 6 da decisão de reenvio.

9 — V., a este respeito, os n.os 5 e 6 das observações escritas da NCB, os n.os 2 a 10 das observações escritas da DR e da TV2 e os n.os 4 a 7 das observações escritas da Comissão.

21. Neste contexto, o órgão jurisdicional de reenvio submeteu à apreciação do Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

«1) Devem as expressões 'pelos seus próprios meios', contida no artigo 5.º, n.º 2, alínea d), da Diretiva 2001/29/CE, e 'agindo por conta ou [10] sob a responsabilidade d[o] organi[smo] de radiodifusão', contida no considerando 41 da mesma diretiva, ser interpretadas em conformidade com o direito nacional ou com o direito comunitário?

2) Deverá entender-se, como por exemplo nas versões dinamarquesa, inglesa e francesa do artigo 5. º, n.º 2, alínea d), da Diretiva 2001/29/CE, que o teor da disposição significa 'agindo por conta e sob a responsabilidade d[o] organi[smo] de radiodifusão' ou que, por exemplo, como na versão alemã [e na portuguesa (N.d.T.)] que significa 'agindo por conta ou sob a responsabilidade d[o] organi[smo] de radiodifusão'?

3) No pressuposto de que as expressões referidas na primeira questão devam ser interpretadas em conformidade com o direito comunitário, pergunta-se: Quais os critérios que o tribunal nacional deve aplicar para a apreciação concreta da questão de saber se uma gravação efetuada por um terceiro (a seguir designado por 'produtor') para ser utilizada em emissões de um organismo de radiodifusão é efetuada 'pelos seus próprios meios' e 'por conta [e/ou] sob a responsabilidade d[o] organi[smo] de radiodifusão', de modo que a gravação é abrangida pela exceção prevista no artigo 5.º, n.º 2, alínea d)?

Pretende-se que, na resposta à terceira questão, se considerem as seguintes questões:

a) O conceito de 'próprios meios' do artigo 5.º, n.º 2, alínea d), da Diretiva 2001/29/CE deve ser interpretado no sentido de que uma gravação efetuada pelo produtor para as emissões de [um] organi[smo] de radiodifusão só é abrangida pela exceção prevista no artigo 5.º, n.º 2, alínea d), se [o] organi[smo] de radiodifusão for responsável, perante terceiros, pelas ações e omissões do produtor relacionadas com a gravação, como se fosse el[e] própri[o] quem tivesse praticado tais ações e omissões?

b) A condição de que a gravação seja efetuada 'por conta [e/ou] sob a responsabilidade d[o] organi[smo] de radiodifusão' está preenchida se [o] referid[o] organi[smo] tiver incumbido o produtor de efetuar a gravação com vista a que aquel[e] a possa difundir e no pressuposto de que [o] organi[smo] de radiodifusão em causa tem o direito de difundir a mesma gravação?

Pretende-se que seja esclarecido se, na resposta à alínea b) da terceira questão, podem ser consideradas relevantes, e, em caso afirmativo, em que medida, as seguintes circunstâncias:

i) Se é [o] organi[smo] de radiodifusão ou o produtor, nos termos do contrato que celebraram, quem toma a decisão definitiva no plano artístico/redacional relativa ao conteúdo do programa encomendado;

ii) Se [o] organi[smo] de radiodifusão é responsável perante terceiros pelas obrigações do produtor relacionadas com a gravação, como se [o] própri[o] organi[smo] em causa tivesse praticado as ações [e] omissões;

iii) Se o produtor, nos termos do acordo com [o] organi[smo] de radiodifusão, está contratualmente obrigado a entregar o programa a est[e] últim[o] por um determinado preço e, dentro desse preço, está obrigado a suportar todas as despesas que possam estar ligadas à gravação;

10 — A versão dinamarquesa da diretiva é, de facto, uma das que contém uma formulação cumulativa no quadragésimo primeiro considerando através da conjunção «e» („Når undtagelsen eller indskrænkningen gælder efemere optagelser foretaget af radio- og fjernsynsforetagender, antages radio- og fjernsynsforetagendets egne midler at omfatte midler tilhørende en person, der handler på radio- og fjernsynsforetagendets vegne og under dette foretagendes ansvar". [o sublinhado é meu]).

iv) Se é [o] organi[smo] de radiodifusão ou o produtor quem assume a responsabilidade pela gravação em causa perante terceiros.

c) A condição de que a gravação seja efetuada 'por conta [e/ou] sob a responsabilidade d[o] organi[smo] de radiodifusão' está preenchida se [o] referid[o] organi[smo] tiver incumbido o produtor de efetuar a gravação com vista a que aquel[e] a possa difundir e no pressuposto de que [o] organi[smo] de radiodifusão em causa tem o direito de difundir a mesma gravação, desde que o produtor, no acordo com aquel[e] organi[smo] respeitante à gravação, tenha assumido a responsabilidade jurídica e económica (i) por todas as despesas ligadas à gravação mediante pagamento de um determinado montante fixado antecipadamente, (ii) pela aquisição dos direitos, e (iii) por circunstâncias imprevistas, incluindo atrasos da gravação e incumprimento, mas sem que [o] organ[ismo] de radiodifusão se tenha responsabilizado perante terceiros pelas obrigações do produtor relacionadas com a gravação, como se fosse [o] própri[o] organi[smo] em causa a ter praticado as ações ou omissões?»

IV — Quanto à admissibilidade das questões prejudiciais

22. O Tribunal de Justiça só pode recusar-se a responder a uma questão prejudicial submetida à sua apreciação por um órgão jurisdicional nacional quando for manifesto que a interpretação do direito da União solicitada não tem qualquer relação com a realidade ou com o objeto do litígio no processo principal, quando o problema for hipotético ou ainda quando o Tribunal não disponha dos elementos de facto e de direito necessários para dar uma resposta útil às questões que lhe foram submetidas [11].

23. As partes no processo principal defenderam posições diferentes em relação à questão de saber se a diretiva sociedade de informação, cuja interpretação se pretende através das questões prejudiciais, é relevante para a resolução do litígio pendente no órgão jurisdicional de reenvio.

24. Os organismos de televisão apontaram para o facto de a expressão «pelos seus próprios meios e para as suas próprias emissões» prevista na diretiva sociedade de informação não se encontrar no § 31 da lei de direito de autor dinamarquesa e não ser, por isso, aplicável ao processo principal. Além disso, o artigo 5.º, n.º 2, alínea d), da diretiva sociedade de informação não tem aplicação direta e o § 31 da lei de direito de autor não pode ser interpretado no sentido de que a condição da realização «pelos seus próprios meios» nele se inclui, uma vez que o legislador dinamarquês não o previu.

25. Em contrapartida, a NCB alega que, nos termos do artigo 5.º, n.º 2, alínea d), da diretiva sociedade de informação, é aplicável a condição da realização «pelos seus próprios meios» e que esta também se aplica no direito dinamarquês, dado que o § 31 da lei de direito de autor deve ser interpretado em conformidade com a diretiva.

26. Caso o juiz dinamarquês não pudesse, em definitivo, tomar em consideração a disposição da diretiva no processo principal devido a motivos legais, ou seja, se não fosse possível através do recurso à lei nacional proceder a uma interpretação em conformidade com a diretiva, deveria problematizar-se a admissibilidade do pedido de decisão prejudicial por falta de relevância das questões prejudicais para a decisão do litígio no processo principal [12].

11 — Acórdão do Tribunal de Justiça de 18 de dezembro de 2007, Laval un Partneri (C-341/05, Colet., p. I-11767, n.º 46 e jurisprudência aí referida).

12 — V. quanto a um problema de admissibilidade equiparável – mas referido à interpretação de uma decisão-quadro – o recente acórdão do Tribunal de Justiça de 15 de setembro de 2011, Gueye (C-483/09 e C-1/10, Colet., p. I-8263, n.ºs 34 a 45), e as conclusões nesse processo da advogada-geral J. Kokott, n.ºs 21 a 32, nas quais é abordada a questão de uma possível interpretação do direito nacional *contra legem*.

27. No entanto, segundo jurisprudência assente, no âmbito da cooperação entre o Tribunal de Justiça e os órgãos jurisdicionais nacionais instituída pelo artigo 267.º TFUE, é da competência exclusiva do juiz nacional, a quem foi submetido o litígio e que deve assumir a responsabilidade pela decisão jurisdicional a tomar, apreciar, tendo em conta as especificidades do processo, tanto a necessidade de uma decisão prejudicial para poder proferir a sua decisão, como a pertinência das questões que submete ao Tribunal de Justiça. Consequentemente, desde que as questões colocadas digam respeito à interpretação do direito da União, o Tribunal de Justiça é, em princípio, obrigado a pronunciar-se [13].

28. No presente caso, as questões prejudiciais submetidas referem-se à interpretação do direito da União e inexistem quaisquer indícios imperativos que afetem, pelo menos, a possibilidade de uma interpretação do direito nacional em conformidade com a diretiva. Pelo contrário, o referido no n.º 12 destas conclusões aponta no sentido oposto à posição defendida pelos organismos de radiodifusão, segundo a qual uma tomada em consideração da disposição da diretiva no litígio no processo principal estaria excluída. Isto porque, não tendo o legislador nacional procedido no momento da transposição da diretiva a uma alteração do § 31 da lei de direito de autor, por ter a convicção que esta seria já na sua versão em vigor compatível com o direito da União, parece adequado tomar em conta a vontade do legislador, provavelmente incorretamente expressa, pela via interpretativa. Todavia, o órgão jurisdicional de reenvio não defende expressamente a posição de que tal não seja possível. Há que seguir, por isso, a sua prerrogativa de apreciação relativa à pertinência das questões prejudiciais para o processo principal e partir do pressuposto de que as questões prejudiciais estão relacionadas com a realidade ou com o objeto do processo principal e que o problema colocado não tem apenas natureza hipotética [14].

V — Quanto à apreciação do conteúdo das questões prejudiciais

29. As questões legais submetidas pelo órgão jurisdicional de reenvio dizem respeito, na sua essência, ao conceito de «meios próprios» e à sua interpretação no contexto da diretiva sociedade de informação.

A — *Quanto à primeira questão prejudicial*

30. Através da sua primeira questão, o órgão jurisdicional de reenvio pretende saber se as expressões «pelos seus próprios meios» e «por conta [e/ou] sob a responsabilidade d[o] organi[smo] de radiodifusão» devem ser interpretadas de acordo com o direito nacional ou com o direito da União.

1. Argumentos das partes

31. Quanto à primeira questão prejudicial, as opiniões das partes são divergentes: enquanto que os organismos de radiodifusão defendem uma interpretação orientada, exclusivamente, pelo direito nacional, uma vez que a diretiva em causa não prevê uma definição do conceito e não visa uma harmonização [15], o Governo espanhol, a Comissão e a NCB defendem uma interpretação autónoma nos termos do direito da União.

2. Apreciação da questão prejudicial

32. Não me parece adequado proceder à interpretação segundo o direito nacional das expressões «pelos seus próprios meios», prevista no artigo 5.º, n.º 2, alínea d), da diretiva sociedade de informação, e «por conta [e/ou] sob a responsabilidade d[o] organi[smo] de radiodifusão» prevista no quadragésimo primeiro considerando, nem tal conclusão pode resultar do facto de na diretiva faltar uma definição específica do conceito, por exemplo, através de uma lista de definições.

13 — Acórdão Gueye, já referido na nota 12(n.º 39), e jurisprudência aí referida.

14 — Aqui pode ficar em aberto a questão de saber se é possível, segundo os métodos de interpretação possíveis segundo o direito dinamarquês, tal como o Supremo Tribunal alemão fez na sequência do acórdão de 17 de abril de 2008, Quelle (C-404/06, Colet., p. I-2685), proceder a uma aplicação do direito nacional conforme à diretiva, desligado da letra da lei (v., a este respeito, BGH, acórdão de 26 de novembro de 2008, VIII ZR 200/05, publicado na ZGS 2009, p. 85).

15 — V. n.os 46 a 51 e n.º 127 das suas observações escritas.

33. Segundo jurisprudência assente, decorre das exigências, tanto da aplicação uniforme do direito da União, como do princípio da igualdade, que os conceitos de uma disposição do direito da União que não remeta expressamente para o direito dos Estados-Membros para efeitos da determinação do seu sentido e alcance devem normalmente ter, em toda a União, uma interpretação autónoma e uniforme [16].

34. No que se refere ao conceito de «meios próprios» falta, em primeiro lugar, qualquer remissão para o direito nacional, e, em segundo lugar, a diretiva sociedade de informação precisa este conceito, mesmo que apenas em parte, no seu quadragésimo primeiro considerando, o que demonstra que o próprio direito da União se esforça por esclarecer especificamente o conceito no próprio diploma e faculta no quadragésimo primeiro considerando orientações interpretativas nesse sentido.

35. Em terceiro lugar, é desejável um entendimento autónomo no plano dos conceitos do direito da União, devido à relevância a nível da União e além fronteiras das relações económicas, como demonstram a finalidade e o objeto da diretiva sociedade de informação. A este respeito pode remeter-se, respetivamente, para as observações feitas no acórdão Brüstle, recentemente proferido, e para o acórdão Padawan [17].

36. Dado que não se vê qualquer motivo para que não se siga a regra da interpretação autónoma e uniforme, há que responder à primeira questão prejudicial que as expressões «pelos seus próprios meios» prevista no artigo 5.º, n.º 2, alínea d), da diretiva sociedade de informação, e «por conta [e/ou] sob a responsabilidade d[o] organi[smo] de radiodifusão» prevista no quadragésimo primeiro considerando da diretiva devem ser interpretadas segundo o direito da União.

37. Se, e em que medida, se deverá recorrer a parâmetros, previsões de conteúdo ou até a um entendimento prévio resultantes de fontes de direito internacionais [18], como por exemplo à Convenção de Berna, para determinar um entendimento autónomo e uniforme do conceito de acordo com o direito da União, é uma questão que pode ficar em aberto no âmbito da resposta a esta primeira questão e será abordada no âmbito da resposta à segunda questão prejudicial.

B — *Quanto à segunda questão prejudicial*

38. Na segunda questão é abordada uma divergência nas várias versões linguísticas. O órgão jurisdicional de reenvio pretende saber se o artigo 5.º, n.º 2, alínea d), da diretiva sociedade de informação deve ser lido como «por conta *e* sob a responsabilidade d[o] organi[smo] de radiodifusão» ou «por conta *ou* sob a responsabilidade d[o] organi[smo] de radiodifusão». A questão está formulada de forma imprecisa, uma vez que faz referência ao artigo 5.º da diretiva sociedade de informação, referindo-se manifestamente ao quadragésimo primeiro considerando da diretiva, à luz do qual o referido artigo 5.º deve ser interpretado. Isto porque as divergências linguísticas referidas não se encontram no artigo 5.º da referida diretiva, mas nos seus considerandos.

16 — V., o recente acórdão do Tribunal de Justiça de 18 de outubro de 2011, Brüstle (C-34/10, Colet., p. I-9821, n.º 25, e jurisprudência aí referida); quanto à interpretação autónoma e uniforme do termo «compensação equitativa» previsto no artigo 5.º, n.º 2, da diretiva sociedade de informação, v. acórdão do Tribunal de Justiça de 21 de outubro de 2010, Padawan (C-467/08, Colet., p. I-10055, n.ºs 32 a 37, e n.º 1 do dispositivo); quanto à interpretação autónoma e uniforme do termo «comunicação ao público» na aceção do artigo 3.º, n.º 1, da diretiva, v. acórdão do Tribunal de Justiça de 7 de dezembro de 2006, SGAE (C-306/05, Colet., p. I-11519).

17 — Quanto ao termo «embrião» e quanto à interpretação da Diretiva 98/44/CE relativa à proteção jurídica das invenções biotecnológicas, v. acórdão Brüstle, já referido na nota 16 (n.º 26 e segs.); quanto à interpretação autónoma e uniforme do termo «compensação equitativa» previsto no artigo 5.º, n.º 2, da diretiva sociedade de informação, v. acórdão Padawan, já referido na nota 16 (n.ºs 32 a 37).

18 — V., o recente acórdão do Tribunal de Justiça de 4 de outubro de 2011, Football Association Premier League e o. (C-403/08 e C-429/08, Colet., p. I-9083, n.º 189, e jurisprudência aí referida).

1. Argumentos das partes

39. Enquanto a Comissão sublinha o princípio da paridade das línguas oficiais da União e defende uma interpretação teleológica de resultado aleatório, a NCB defende firmemente uma interpretação estrita que, em substância, é também defendida pelo Governo espanhol, que parte da singularidade da versão linguística alemã e defende uma interpretação copulativa também por razões lógicas [19]. Também a DR e a TV2 invocam razões lógicas para chegar exatamente à conclusão oposta [20].

2. Apreciação da questão prejudicial

40. Na minha opinião, não é relevante para esta questão o número [21] de versões linguísticas que utilizam uma ou outra das conjunções em causa («e» [22] e «ou» [23]) nem tão-pouco importa analisar pormenorizadamente as diferenças linguísticas em causa, o que é determinante é a finalidade da regulamentação [24].

a) Princípio fundamental: nenhuma versão linguística tem primado sobre as outras para efeitos de interpretação

41. Segundo jurisprudência assente, a necessidade de uma aplicação uniforme do direito da União impede que, em caso de dúvida, o texto de uma disposição seja considerado isoladamente numa das suas versões, mas exige, pelo contrário, que seja interpretado e aplicado à luz das versões redigidas nas restantes línguas oficiais [25]. A força normativa de uma palavra nas disposições do direito da União é, devido à sua imprecisão decorrente do multilinguismo, mais reduzida do que num ambiente monolinguístico [26].

b) Existem especificidades interpretativas devido à remissão para a Convenção de Berna e para os tratados da OMPI?

42. O artigo 5.º, n.º 2, alínea d), da diretiva sociedade de informação, para o qual o quadragésimo primeiro considerando remete [27], apoia-se no artigo 11.º-A, n.º 3, da Convenção de Berna.

43. Segundo informações que constam da página na Internet da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI) [28] aderiram à Convenção de Berna até hoje 165 estados, entre os quais todos os Estados-Membros da União Europeia. Ao contrário dos tratados da OMPI [29], apenas Estados podem aderir à Convenção de Berna.

19 — V. n.º 25 das observações escritas do Governo espanhol.

20 — V. n.º 131 das suas observações escritas.

21 — Sobre o caso particularmente extremo da divergência de uma única versão linguística, v. acórdão do Tribunal de Justiça de 19 de abril de 2007, Profisa (C-63/06, Colet., p. I-3239, n.os 13 e 14, e jurisprudência aí referida).

22 — As versões inglesa, sueca, dinamarquesa, espanhola, estónia, finlandesa, francesa, eslovena, romena, polaca, holandesa, eslovaca, grega, letã, lituana, húngara e búlgara.

23 — As versões alemã, checa, italiana, maltesa e portuguesa.

24 — V., a este respeito, acórdãos de 27 de outubro de 1977, Bouchereau (30/77, Colet., p. 715, n.º 14); de 7 de dezembro de 1995, Rockfon (C-449/93, Colet., p. I-4291, n.º 28); e as minhas conclusões de 8 de março de 2003, no processo C-466/03, Albert Reiss Beteiligungsgesellschaft, n.º 62 e nota 32; quanto aos problemas de interpretação do direito da União v. Stotz, R., «Die Rechtsprechung des EuGH» *in* Riesenhuber, K., Europäische Methodenlehre, 2ª. ed., Walter de Gruyter 2010, § 22, n.os 13 e segs.

25 — V. acórdão Profisa, já referido na nota 21 (n.º 13), e, mais recentemente, acórdão do Tribunal de Justiça de 7 de julho de 2011, IMC Securities (C-445/09, Colet., p. I-5917, n.º 25, e jurisprudência aí referida).

26 — V. Colneric, N., «Auslegung des Gemeinschaftsrechts und gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung», ZEuP, 2005, pp. 225, 227.

27 — V. Posição Comum (CE) n.º 48/2000, de 28 de setembro de 2000, *supra* referida no n.º 9, e no n.º 10 destas conclusões.

28 — A consultar em http://www.wipo.int/treaties/en/ip/berne/index.html.

29 — Estão aqui em causa o Tratado da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI) sobre Direitos de Autor e o Tratado da OMPI sobre prestações e fonogramas. Ambos foram ratificados pela Comunidade em 14 de dezembro de 2009. V., a este respeito, a Decisão 2000/278/CE do Conselho, de 16 de março de 2000, relativo à aprovação, em nome da Comunidade Europeia, do Tratado da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI) sobre Direitos de Autor e do Tratado da OMPI sobre prestações e fonogramas (JO L 89, p. 6).

44. Segundo o artigo 37.º, n.º 1, alínea c), da Convenção de Berna, a versão francesa faz fé em caso de dúvidas quanto à interpretação.

45. No presente contexto de direito da União não é, no entanto, a versão francesa, em analogia com o previsto no artigo 37.º, n.º 1, alínea c), da Convenção de Berna, que deve ser privilegiada em relação às outras línguas oficiais da União.

46. A diretiva sociedade de informação deve, dentro do possível, ser interpretada à luz do direito internacional [30], tendo especialmente em conta a Convenção de Berna e o Tratado da OMPI sobre Direitos de Autor. Com efeito, um dos objetivos da diretiva é executar esse tratado [31], que obriga as partes contratantes, no seu artigo 1.º, n.º 4, a observar os *artigos 1.º a 21.º* da Convenção de Berna [32]. No entanto, a disposição que determina que a versão francesa da Convenção de Berna deve ser observada quando existirem dúvidas interpretativas encontra-se no *artigo 37.º, n.º 1, alínea c), e não se encontra, por isso, entre as normas para as quais o Tratado da OMPI sobre Direitos de Autor remete, cujas obrigações devem ser cumpridas através da diretiva sociedade de informação.*

47. Seria também inadequado, e até mesmo errado, pelo simples facto de a diretiva sociedade de informação remeter para o Tratado da OMPI sobre Direitos de Autor, transpor o cânone linguístico previsto no seu artigo 24.º para a diretiva sociedade de informação e considerá-lo determinante também no âmbito da diretiva, em caso de dúvida quanto à sua interpretação. É suficiente a este respeito a indicação de que o artigo 24.º do Tratado da OMPI sobre Direitos de Autor designa seis línguas igualmente determinantes, entre as quais, o que não surpreende num Tratado da OMPI, além do francês, do inglês e do espanhol – ou seja, de três línguas oficiais da União – o russo, o árabe e o chinês, que, manifestamente, estão fora de causa para efeitos de interpretação da diretiva.

48. Independentemente do contexto internacional em que se insere a diretiva sociedade de informação, não é possível determinar uma língua oficial da União como sendo, à partida, determinante quando existirem dúvidas de interpretação.

c) Interpretação histórica, sistemática e teleológica do artigo 5.º, n.º 2, da diretiva sociedade de informação, em conjugação com o seu quadragésimo primeiro considerando

49. Mantém-se, por isso, o princípio geral segundo o qual, em caso de divergência entre as diferentes versões linguísticas de um ato da União, a disposição em questão deve ser interpretada em função da sistemática e da finalidade da regulamentação de que faz parte [33]. Para este efeito é útil, no presente caso, considerar a *ocasio legis* da disposição.

i) Pouca nitidez conceptual

50. Numa primeira abordagem, para preparar o terreno para uma tal apreciação sistemático-teleológica, não ajuda uma análise separada dos elementos do quadragésimo primeiro considerando a interligar através das conjunções «e» ou «ou». À primeira vista, as expressões «por conta [de]» e «sob a responsabilidade da» não têm um sentido claro que permita uma interpretação cumulativa ou alternativa e um enquadramento num determinado contexto. Pelo contrário, os elementos sobrepõem-se e não são separáveis de forma clara.

30 — Neste sentido, também, o seu quadragésimo quarto considerando.

31 — Assim também, expressamente, o décimo quinto considerando da diretiva sociedade de informação.

32 — V. acórdão Football Association Premier League e o., já referido na nota 18 (n.º 189).

33 — V. acórdãos Profisa, já referido na nota 21 (n.º 14); Bouchereau, já referido na nota 24 (n.º 14); de 7 de dezembro de 2000, Itália/Comissão (C-482/98, Colet., p. I-10861, n.º 49); e de 1 de abril de 2004, Borgmann (C-1/02, Colet., p. I-3219, n.º 25).

51. No entanto, os dois termos fazem lembrar vagamente a diferenciação entre «verdadeira» e «falsa» produção por encomenda. Entende-se existir falsa produção por encomenda quando aquele que encomenda uma produção «[atua] desde o início por conta e [34] sob a responsabilidade do organismo de radiodifusão, que, por isso, adquire diretamente todos os direitos de proteção e utilização. Neste caso, aquele que encomenda uma produção não é um produtor de filmes independente, […] mas, do ponto de vista organizativo, um simples ajudante externo do organismo de radiodifusão [35]». Se o quadragésimo primeiro considerando da diretiva sociedade de informação pretendesse aplicar essa distinção à gravação efémera, que, além disso, dificilmente pode designar uma gravação duradoura de uma obra filmatográfica, e excluir do conceito de «meios próprios» apenas as produções nas quais o produtor produz o programa em seu próprio nome (e, provavelmente, também sob o seu próprio risco) e tem de transmitir depois os direitos de proteção e de utilização por si adquiridos para o organismo de radiodifusão, devia ter manifestado essa intenção de forma mais clara.

52. Visto que os termos utilizados na disposição não permitem, por si só, tirar conclusões quanto à vontade do legislador, há que, a seguir, abordar a génese histórica da disposição e ver se dela se podem tirar conclusões quanto à finalidade da disposição.

ii) Génese histórica da exceção prevista no artigo 5.º, n.º 2, da diretiva sociedade de informação

53. A origem do artigo 5.º, n.º 2, da diretiva sociedade de informação remonta à Convenção de Berna, da qual foi retirado o conceito de «meios próprios».

54. A génese histórica do quadragésimo primeiro considerando da diretiva sociedade de informação aqui em causa, que interpreta o artigo 5.º, n.º 2, alínea d), pode ser seguida através do recurso à documentação detalhada dos materiais legislativos [36] a qual revela tendências divergentes das pessoas que intervieram no processo legislativo no que se refere ao alcance do conceito de «meios próprios».

55. Uma vista de olhos à génese histórica da disposição e do considerando que lhe é dedicado revela, em primeiro lugar, que o Parlamento Europeu pretendia, em primeira linha, privilegiar os atos de reprodução que apenas visam possibilitar uma emissão legal posterior [37]. Além disso, pretendia-se, por um lado, uma orientação sobre a letra da Convenção de Berna, e, por outro, ultrapassar e alargar o sentido estrito (considerado obsoleto) do conceito de «meios próprios» já previsto na Convenção, acolhendo a evolução técnica e prática entretanto ocorrida. Neste sentido aponta também a Posição Comum acima parcialmente reproduzida.

56. Com o quadragésimo primeiro considerando, a exceção, interpretada essencialmente de forma restritiva, passa a ter uma abertura cautelosa, mas sem perder de todo os seus contornos. Assim sendo, e muito embora as disposições excecionais, nomeadamente as da diretiva sociedade de informação, devam, em regra, ser interpretadas de forma estrita [38], a interpretação histórico-teleológica aponta mais no sentido de um entendimento flexível e aberto do quadragésimo primeiro considerando, tanto mais que este considerando está formulado mais como um exemplo do que como uma definição imperativa.

34 — O sublinhado é meu.

35 — Schack, H., Urheber- und Urhebervertragsrecht, 5.ª ed., Mohr Siebeck, Tübingen 2010, n.º 1225.

36 — Encontra-se um resumo nas observações escritas da DR e da TV 2, n.º 30 e segs.; v., também, Mayer, H.-P., «Richtlinie 2001/29/EG zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft», EuZW 2002, p. 325.

37 — Assim, em relação ao artigo 5.º, n.º 2, da diretiva, a alteração 39 da Resolução legislativa que contém o parecer do Parlamento Europeu sobre uma proposta de diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à harmonização de certos aspetos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação [COM(97)0628 C4-0079/98 97/0359(COD)] (JO 1999, C 150, pp. 171, 179).

38 — V. acórdão do Tribunal de Justiça de 16 de julho de 2009, Infopaq International (C-5/08, Colet., p. I-6569, n.os 56 a 59); e acórdão de 1 de dezembro de 2011, Painer (C-145/10, Colet., p. I-12533, n.os 109 e 110).

iii) Considerações de ordem teleológico-sistemática

57. À luz destas considerações coloca-se a questão de saber se daqui se podem retirar indicações decisivas para o problema suscitado na segunda questão prejudicial, que é, em última análise, um problema sintático.

58. No meu entender, o termo «responsabilidade» tem uma posição predominante na expressão «por conta [e/ou] sob a responsabilidade», porque tem um âmbito mais abrangente do que a expressão «por conta [de]», a qual também contém implicitamente um elemento de imputação que implica uma responsabilidade. Este termo pode ser interpretado de forma extensiva ou estrita, podendo ter um sentido diferente nas várias versões linguísticas.

59. No presente litígio, devido ao facto de se tratar de uma apreciação de produções por encomenda de empresas terceiras, o que é decisivo é saber no caso concreto se o organismo de radiodifusão é ou não responsável – seja de que forma for – por uma produção produzida por sua encomenda e pelas gravações efémeras feitas com base nela pela empresa terceira.

60. O significado do termo «responsabilidade» deverá ser averiguado a seguir através do recurso a considerações de índole sistemático-teleológica.

61. Na interpretação de um ponto de vista sistemático, há que ter em consideração que um entendimento lato do requisito «responsabilidade» tem uma consequência direta para o artigo 5.º, n.º 2, alínea d), da diretiva: quanto mais empresas forem consideradas como atuando «sob a responsabilidade d[o] organi[smo] de radiodifusão», mais gravações serão consideradas, nos termos do artigo 5.º, n.º 2, alínea d), da diretiva (em conjugação com o seu quadragésimo primeiro considerando), como tendo sido produzidas «pelos seus próprios meios» e privilegiadas [39], podendo beneficiar da exceção para gravações efémeras.

62. Mais do que as possíveis nuances linguísticas dos considerandos, deve ter-se em conta na interpretação do artigo 5.º, n.º 2, alínea d), da diretiva sociedade de informação e da expressão «por conta [e/ou] sob a responsabilidade» que o conceito de «meios próprios», que vai para além do conceito de responsabilidade, mas que não deve ser deformado, provém de um artigo da Convenção de Berna, cuja observância constitui uma obrigação da União [40].

63. O conceito de meios próprios, de acordo com o seu caráter excecional, é interpretado de forma estrita [41] na doutrina sobre a Convenção de Berna, o que, para prevenir uma diluição do conceito, implica exigências estritas relativamente ao elemento «responsabilidade». Este entendimento deve ser seguido, sob pena de uma norma excecional, que, em princípio, só admite uma interpretação estrita, ultrapassar os seus limites.

64. Tendo em conta o referido no n.º 61 *supra*, há que fazer no presente caso em relação à diretiva sociedade de informação uma acrobacia interpretativa e jurídica [42]: enquanto as tendências presentes na génese histórica da diretiva sociedade de informação apontam para um pretendido entendimento do conceito em sentido lato, a Convenção de Berna, cujas orientações devem normalmente ser seguidas, segue um princípio de interpretação estrita.

39 — Desde que o requisito «para as suas próprias emissões» também se verifique.

40 — V. o quadragésimo quarto considerando da diretiva sociedade de informação.

41 — Quanto à Convenção de Berna e ao termo inglês «by means of its own facilities», v. von Lewinski, International Copyright Law and Policy, Oxford 2008, p. 165.

42 — Quanto às «reservas convencionais consideráveis» contra uma «interpretação extensiva da letra da lei» do conceito dos próprios meios à luz do quadragésimo primeiro considerando v. Melichar, F., em Schricker, G., Loewenheim, U., Direitos de autor, Kommentar, 4.ª ed., C.H. Beck, Munique 2011, § 55 n.º 5, com remissões.

65. Parece-me, no entanto – em oposição à ligação terminológica à Convenção de Berna –, demasiado pouco que apenas as pessoas integradas na empresa e que, consequentemente, atuam como auxiliares – como por exemplo os funcionários e os trabalhadores temporários – ou, na melhor das hipóteses, também as sociedades de grupo dominadas, possam ser consideradas como atuando sob a responsabilidade do organismo de radiodifusão, ficando qualquer «outsourcing» da produção contratado pelo organismo de radiodifusão, consequentemente, de fora[43] do âmbito de aplicação do artigo 5.º, n.º 2, alínea d), da diretiva sociedade de informação, o que, aliás, a terminologia da Convenção de Berna não impõe e que parece difícil de conciliar com as circunstâncias práticas, cuja evolução o entendimento flexível do conceito da diretiva em causa pretende, expressamente, tomar em consideração.

66. Sobretudo os grupos de sociedades no ramo dos media, nos quais, por exemplo, sob a mesma *holding*, uma das sociedades-filiais garante a emissão, enquanto outra sociedade-irmã, por exemplo como prestadora de serviços, efetua a gravação, se o critério dos «próprios meios do organismo de radiodifusão» lhes fosse negado, ficariam provavelmente prejudicadas de uma forma economicamente pouco compreensível, em relação às entidades de direito público que cumprem ambas as funções através de departamentos distintos, independentes, mas que juridicamente pertencem a uma só entidade.

67. Proponho, por isso, que o problema sintático da segunda questão prejudicial seja abordado de forma teleológica e que o quadragésimo primeiro considerando, à luz do qual o artigo 5.º, n.º 2, alínea d), da diretiva deve ser interpretado, seja apreciado de tal forma que os meios aí referidos abranjam os que são utilizados por um terceiro com a finalidade exclusiva de, a partir de uma gravação efémera, possibilitar uma emissão legal de um determinado organismo de radiodifusão, desde que a gravação seja efetuada sob a responsabilidade desse organismo.

68. A relevância prática do termo responsabilidade tem uma enorme importância para a apreciação da última questão prejudicial.

C — *Quanto à terceira questão prejudicial*

69. Através desta questão, o órgão jurisdicional de reenvio pretende, na sua essência, que sejam apreciados certo tipo de casos práticos e que, com base neles, sejam apurados os critérios que podem ser relevantes para confirmar a presença de «meios próprios» e a atuação «por conta [e/ou] sob a responsabilidade d[o] organi[smo] de radiodifusão».

70. Trata-se, afinal, da questão de saber se toda e qualquer produção realizada por terceiros com base num contrato – mesmo deixando uma grande liberdade do ponto de vista criativo – entre o terceiro e o organismo de radiodifusão pode estar abrangida pelo artigo 5.º, n.º 2, alínea d), da diretiva sociedade de informação ou se, pelo contrário, o requisito «sob a responsabilidade d[o] organi[smo] de radiodifusão» exige uma visão mais estrita, na qual é relevante saber se, e em que medida, o organismo de radiodifusão deve responder pelos possíveis erros de empresas terceiras.

1. Argumentos das partes

71. A Comissão remete, essencialmente, para a finalidade seguida com a gravação e sublinha que apenas as gravações efémeras poderão gozar da exceção em causa. Em produções de filmes com maior dimensão isto dificilmente será o caso, no entanto, a apreciação do caso concreto caberá ao órgão jurisdicional nacional. A este respeito, a DR e a TV2 defendem uma abordagem extensiva que

43 — Walter, M. M., e von Lewinski, S., «European Copyright Law», A Commentary, Oxford 2010, p. 1039, rejeitam no entanto de forma veemente qualquer tipo de *outsourcing* da «recording activity to another company», remetendo para o estabelecido na Convenção de Berna. Quanto à Convenção de Berna e ao termo inglês «by means of ist own facilities» v. von Lewinski, já referido na nota 41 (p. 165, n.º 5.191); «[…] this excludes the possibility of the organization putting someone else in charge of this task».

beneficie os organismos de radiodifusão, o Governo espanhol e a NCB uma abordagem estrita, entendendo a NCB que a existência de relações contratuais com o terceiro não são suficientes, se nas relações externas não estiver prevista a responsabilidade do organismo de radiodifusão. O que poderá, em concreto, ser objeto dessa responsabilidade fica em aberto.

2. Apreciação da questão prejudicial

72. Transpondo o resultado desenvolvido para a segunda questão prejudicial, resulta para a terceira questão que para se apreciar, em concreto, a questão de saber se uma gravação foi efetuada por um terceiro para a emissão de um organismo de radiodifusão ou televisão «pelos seus próprios meios» e também «por conta [e/ou] sob a responsabilidade d[o] organi[smo] de radiodifusão», ficando assim a gravação abrangida pela exceção do artigo 5.º, n.º 2, alínea d), da diretiva sociedade de informação, há que verificar se os meios são aplicados com o objetivo exclusivo de, a partir da gravação efémera, possibilitar ao organismo de radiodifusão realizar uma emissão legal, e se a gravação é feita sob a responsabilidade do organismo de radiodifusão.

73. As condições em que tal responsabilidade se verifica será objeto das subquestões que passo a analisar.

a) Questão prejudicial 3, alínea a)

74. Através desta subquestão o órgão jurisdicional de reenvio pretende, na sua essência, saber se o conceito de «meios próprios» deve ser entendido no sentido de que uma gravação só é abrangida pela exceção se o organismo de radiodifusão for responsável perante terceiros pelas ações e omissões do produtor relacionadas com a gravação, como se das suas próprias ações e omissões se tratasse.

75. A esta subquestão está subjacente a ideia de uma imputação da responsabilidade ao organismo de radiodifusão. Esta é compatível com o elemento «responsabilidade» da diretiva sociedade de informação, sendo até inevitável, caso se pretenda evitar que o conceito de «meios próprios» fique indefinido.

76. O conceito de «meios próprios» do artigo 5.º, n.º 2, alínea d), da diretiva sociedade de informação deve, assim, ser interpretado de acordo com o entendimento do conceito de responsabilidade, no sentido de que uma gravação efetuada pelo produtor para emissões de um organismo de radiodifusão só é abrangida pela exceção prevista no artigo 5.º, n.º 2, alínea d), se esse organismo de radiodifusão for responsável perante terceiros pelas ações e omissões do produtor relacionadas com a gravação, como se das suas próprias ações ou omissões se tratasse.

77. O conceito de responsabilidade previsto no quadragésimo primeiro considerando ficaria no vazio se a responsabilização do organismo de radiodifusão não fosse seu pressuposto obrigatório. Embora o quadragésimo primeiro considerando pretenda dar uma certa flexibilidade ao conceito de meios próprios ao incluir o princípio da responsabilidade e ao permitir uma adaptação às circunstâncias de facto que sofram alterações, tem de pressupor-se que as ações realizadas com os próprios meios devem também afinal na relação externa levar à responsabilização daquele cujos meios são utilizados e ao qual estes meios são imputados como seus. O alargamento do entendimento do conceito de meios através do conceito de responsabilidade implica, assim, a responsabilidade do organismo de radiodifusão, não exatamente configurada, mas postulada.

78. Fica em aberto nesta solução de que forma esta responsabilidade se configura, em especial se se apresenta como uma responsabilidade de uma pessoa ou como responsabilidade solidária e se deve ser concebida como responsabilidade extracontratual ou contratual, designadamente como assunção unilateral ou transmissão (liberatória) de dívida.

79. A responsabilidade do organismo de radiodifusão apresenta-se, nesta leitura, como o equivalente do alargamento do conceito de «seus próprios meios» e na prática, não deverá normalmente ter quaisquer consequências, caso o terceiro atue de forma legal.

b) Questão prejudicial 3, alínea b)

80. Através desta subquestão, o órgão jurisdicional de reenvio pretende saber se a condição de que a gravação seja efetuada «por conta [e/ou] sob a responsabilidade d[o] organi[smo] de radiodifusão» está preenchida no caso de o referido organismo ter incumbido o produtor de efetuar a gravação com vista a que ela a possa difundir e no pressuposto de que o organismo de radiodifusão em causa tem o direito de difundir a gravação.

81. Esta subquestão parte, por isso, de uma hipótese diametralmente oposta e pretende no fundo saber se também no caso de não existir responsabilidade do organismo de radiodifusão é possível considerar verificado o conceito de responsabilidade.

82. Segundo o exposto *supra* no n.º 75, a condição de que a gravação seja realizada «por conta [e/ou] sob a responsabilidade d[o] organi[smo] de radiodifusão», não está necessariamente preenchida quando o referido organismo tiver incumbido o produtor de efetuar a gravação com vista a que ele a possa difundir, no pressuposto de que o organismo de radiodifusão em causa tem o direito de difundir essa gravação.

83. A este respeito é determinante analisar a configuração, em concreto, da relação contratual, os seus efeitos externos e, por fim, se existe a responsabilidade do organismo de radiodifusão em relação a terceiros, como abordado no n.º 75.

84. As seguintes subquestões abordam outros pormenores dos possíveis acordos contratuais entre os organismos de radiodifusão e o produtor com base no artigo 5.º, n.º 2, alínea d), da diretiva sociedade de informação às quais se deve responder segundo os parâmetros acima indicados.

i) Questão prejudicial 3, alínea b), ponto i)

85. Através desta subquestão, o órgão jurisdicional de reenvio pretende saber se o poder de decisão artístico-redacional pode constituir um critério para o requisito «por conta [e/ou] sob a responsabilidade d[o] organi[smo] de radiodifusão».

86. A resposta a esta questão deve ser negativa.

87. Não é relevante saber a quem cabe a última palavra em matéria artístico-redacional em relação ao *conteúdo* do programa encomendado, uma vez que para a exceção da diretiva sociedade de informação, por um lado, apenas conta a *gravação*, ou seja, apenas está em causa se existe *reprodução técnica*, e por outro, a prestação artística poderá na relação externa ser irrelevante em termos de responsabilidade. Só é relevante a responsabilidade do organismo de radiodifusão.

ii) Questão prejudicial 3, alínea b), ponto ii)

88. Através desta subquestão o órgão jurisdicional de reenvio pretende saber se é relevante que o organismo de radiodifusão seja responsável, perante terceiros, pelas obrigações do produtor relacionadas com a gravação, como se das suas próprias ações e omissões se tratasse.

89. Segundo o *supra* referido no n.º 75 em relação ao conceito de «seus próprios meios» há que constatar que esta responsabilidade é relevante e determinante para o requisito «por conta [e/ou] sob a responsabilidade d[o] organi[smo] de radiodifusão».

iii) Questão prejudicial 3, alínea b), ponto iii)

90. Através desta subquestão, o órgão jurisdicional de reenvio pretende essencialmente saber se é relevante para o requisito «por conta [e/ou] sob a responsabilidade d[o] organi[smo] de radiodifusão» saber se o produtor, devido a um acordo contratual com o organismo de radiodifusão, assume a totalidade do risco económico do programa encomendado.

91. A resposta a esta questão deve ser negativa.

92. Não é determinante saber se o produtor, nos termos do acordo com o organismo de radiodifusão, está obrigado a entregar-lhe o programa por um determinado preço e, dentro desse preço, está obrigado a suportar todas as despesas que possam estar ligadas à gravação, pois não tem relevância para a responsabilidade nas relações externas.

iv) Questão prejudicial 3, alínea b), ponto iv)

93. Através desta subquestão, o órgão jurisdicional de reenvio pretende essencialmente saber se é relevante para a condição de que a gravação deva ser realizada «por conta [e/ou] sob a responsabilidade d[o] organi[smo] de radiodifusão» que o organismo de radiodifusão ou o produtor encarregue da gravação respondam perante terceiros.

94. A resposta a esta questão é afirmativa.

95. Nos termos do que foi referido *supra*, é relevante que o organismo de radiodifusão ou o produtor respondam perante terceiros pela gravação, podendo também ambos responder de forma solidária. Na situação de uma responsabilidade do organismo de radiodifusão há em todo o caso que partir do pressuposto de que o produtor agiu «por conta [e/ou] sob a responsabilidade d[o] organi[smo] de radiodifusão»; uma possível responsabilidade solidária adicional do produtor não teria no entanto efeitos negativos.

c) Questão prejudicial 3, alínea c)

96. Por fim, de acordo com o exposto, a condição de que a gravação seja efetuada «por conta [e/ou] sob a responsabilidade d[o] organi[smo] de radiodifusão» não se mostra preenchida se o referido organismo tiver incumbido o produtor de efetuar a gravação com vista a que ele a possa difundir, no pressuposto de que o organismo de radiodifusão em causa tem o direito de difundir a gravação, se o produtor, no contrato que celebrou com aquele relativamente à gravação, tiver assumido toda a responsabilidade jurídica e económica (i) por todas as despesas ligadas à gravação mediante pagamento de um determinado montante fixado antecipadamente, (ii) pela aquisição dos direitos, e (iii) por circunstâncias imprevistas, incluindo atrasos da gravação e incumprimento, e o organismo de radiodifusão não se tiver responsabilizado perante terceiros pelas obrigações do produtor relacionadas com a gravação como se das suas próprias ações ou omissões se tratasse.

97. É a responsabilidade nas relações externas que é decisiva. A sua existência é indispensável.

VI — Conclusão

98. Por todo o exposto, proponho que se responda às questões prejudiciais da seguinte forma:

«1) As expressões 'pelos seus próprios meios' e 'por conta [e/ou] sob a responsabilidade d[o] organi[smo] de radiodifusão' previstas, respetivamente, no artigo 5.º, n.º 2, alínea d), e no quadragésimo primeiro considerando 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 em conformidade com o direito da União.

2) O quadragésimo primeiro considerando, a cuja luz deve ser interpretado o artigo 5.º, n.º 2, alínea d), da diretiva, deve ser entendido no sentido de que os meios aí referidos abrangem os que forem aplicados com o objetivo exclusivo de, a partir de uma gravação efémera, possibilitar uma emissão legal por um determinado organismo de radiodifusão, desde que a gravação seja realizada sob a responsabilidade desse organismo.

3) Para se apreciar a questão de saber, em concreto, se uma gravação foi realizada por um terceiro (a seguir 'produtor') para a emissão de um organismo de radiodifusão 'pelos seus próprios meios' e também 'por conta [e/ou] sob a responsabilidade d[o] organi[smo] de radiodifusão', ficando assim a gravação abrangida pela exceção do artigo 5.º, n.º 2, alínea d), da diretiva sociedade de informação, há que verificar se os meios são aplicados com o objetivo exclusivo de, a partir da gravação efémera, possibilitar ao organismo de radiodifusão realizar uma emissão legal, e se a gravação é feita sob a responsabilidade do organismo de radiodifusão.

   a) O conceito de 'próprios meios' do artigo 5.º, n.º 2, alínea d), da diretiva sociedade de informação deve assim ser interpretado no sentido de que uma gravação efetuada pelo produtor para as emissões de um organismo de radiodifusão só é abrangida pela exceção prevista no artigo 5.º, n.º 2, alínea d), se esse organismo de radiodifusão for responsável, perante terceiros, pelas ações e omissões do produtor relacionadas com a gravação, como se das suas próprias ações e omissões se tratasse.

   b) A condição de que a gravação seja efetuada 'por conta [e/ou] sob a responsabilidade d[o] organi[smo] de radiodifusão' não está necessariamente preenchida quando o referido organismo tiver incumbido o produtor de efetuar a gravação com vista a que aquele a possa difundir, no pressuposto de que o organismo de radiodifusão em causa tem o direito de difundir essa mesma gravação.

   Para a resposta à questão 3, alínea b)

      i) Não é relevante saber se, nos termos do contrato, é ao organismo de radiodifusão ou ao produtor que cabe a última palavra em matéria artístico/redacional em relação ao conteúdo do programa encomendado;

      ii) É determinante saber se o organismo de radiodifusão é responsável perante terceiros pelas obrigações do produtor relacionadas com a gravação, como se das suas próprias ações e omissões se tratasse;

      iii) É irrelevante saber se o produtor, nos termos do contrato celebrado com o organismo de radiodifusão, está obrigado a entregar-lhe o programa por um determinado preço e se por esse preço está obrigado a suportar todas as despesas que possam estar ligadas à gravação;

      iv) É relevante que a organismo de radiodifusão ou o produtor respondam perante terceiros pela gravação, podendo também ambos responder de forma solidária.

c) A condição de que a gravação seja efetuada ‘por conta [e/ou] sob a responsabilidade d[o] organi[smo] de radiodifusão’ não se mostra preenchida se o referido organismo tiver incumbido o produtor de efetuar a gravação com vista a que ele a possa difundir, no pressuposto de que o organismo de radiodifusão em causa tem o direito de difundir a gravação, se o produtor, no contrato que celebrou com aquele organismo relativamente à gravação, tiver assumido toda a responsabilidade económica e jurídica (i) por todas as despesas ligadas à gravação mediante pagamento de um determinado montante fixado antecipadamente, (ii) pela aquisição dos direitos, e (iii) por circunstâncias imprevistas, incluindo atrasos da gravação e incumprimento, e o organismo de radiodifusão não se tiver responsabilizado perante terceiros pelas obrigações do produtor relacionadas com a gravação como se das suas próprias ações ou omissões se tratasse.»