

**Processo C-147/19**

**Pedido de decisão prejudicial**

**Data de entrada:**

20 de fevereiro de 2019

**Órgão jurisdicional de reenvio:**

Tribunal Supremo (Supremo Tribunal, Espanha)

**Data da decisão de reenvio:**

13 de fevereiro de 2019

**Recorrente:**

Atresmedia Corporación de Medios de Comunicación, S.A.

**Recorridas:**

Asociación de Gestión de Derechos Intelectuales (AGEDI)

Artistas e Intérpretes o Ejecutantes, Sociedad de Gestión de España (AIE)

---

*[Omissis]*

**TRIBUNAL SUPREMO**

*[Omissis]*

**DESPACHO**

*[Omissis]*

**MATÉRIA DE FACTO**

**PRIMEIRO.-** *Processo principal [omissis]*

1.- A «Asociación de Gestión de Derechos Intelectuales» (a seguir AGEDI) e a «Artistas Intérpretes o Ejecutantes, Sociedad de Gestión de España» (a seguir AIE) são entidades responsáveis pela gestão de direitos de propriedade intelectual. A AGEDI gere os direitos de propriedade intelectual dos produtores fonográficos.

A AIE é responsável pela gestão dos direitos de propriedade intelectual dos artistas intérpretes ou executantes.

2.- Em 29 de julho de 2010, ambas as entidades intentaram uma ação contra a Atresmedia Corporación de Medios de Comunicación, S.A. (a seguir Atresmedia), que é proprietária de diversas cadeias de televisão. Na sua ação, a AGEDI e a AIE pediam que a Atresmedia fosse condenada no pagamento de uma indemnização de 17 093 260 euros pelos atos de comunicação ao público de fonogramas publicados com fins comerciais (ou de reproduções dos mesmos) realizados entre 1 de junho de 2003 e 31 de dezembro de 2009 através dos canais de televisão geridos pela Atresmedia e pela reprodução não autorizada de fonogramas efetuada para os referidos atos de comunicação ao público.

3.- O Juzgado Mercantil [omissis] de Madrid [Tribunal de Comércio de Madrid, Espanha] proferiu uma sentença em que declarou não ser devida nenhuma indemnização pelos atos de comunicação ao público de fonogramas que tenham sido incorporados ou «sincronizados» em obras audiovisuais (obras cinematográficas, séries de televisão e anúncios publicitários) nem pela reprodução instrumental dos mesmos. O tribunal justificava essa decisão com o seguinte argumento:

«A sincronização do fonograma preexistente numa obra audiovisual através da respetiva licença remunerada implica necessariamente o surgimento de uma obra derivada absolutamente nova e autónoma. Por se tratar de uma obra com autonomia própria, relativamente ao fonograma [...] nela incorporado, não pode continuar a dar origem a direitos de remuneração por comunicação ao público e reprodução instrumental desta em benefício dos produtores do fonograma e dos artistas que a interpretaram/executaram, uma vez que esses direitos caducam com o pagamento da sincronização e a transformação da obra musical e do suporte fonográfico numa obra musical».

O tribunal condenou a Atresmedia no pagamento da indemnização relativa aos restantes pedidos constantes da ação.

4.- A AGEDI e a AIE recorreram da sentença do Juzgado Mercantil e pediram também a condenação da Atresmedia no pagamento da indemnização relativa aos atos de comunicação ao público de fonogramas que tivessem sido incorporados ou «sincronizados» nas obras audiovisuais comunicadas ao público nas cadeias de televisão da Atresmedia.

A [omissis] Audiencia Provincial de Madrid [omissis] deu provimento ao recurso e declarou:

«Ora, o fonograma não é uma obra. O fonograma é um simples suporte que contém a fixação do modo concreto de execução que um determinado artista realizou, num dado momento, da sequência de sons que constitui a obra propriamente dita. Por outras palavras, a obra consiste na conceção criativa e original da sequência de sons, e o fonograma é o objeto que incorpora uma

determinada execução dessa sequência. Por conseguinte, se o fonograma não é uma obra, não é possível realizar sobre ele nenhuma operação que implique um fenómeno de transformação em sentido técnico-jurídico e, concomitantemente, também não é possível que o fonograma dê origem a uma obra derivada, precisamente porque o objeto da operação de sincronização em curso não pode ser classificado como obra em nenhum sentido. Por mais que a sincronização do fonograma na obra audiovisual dê origem, no plano estético e criativo, a uma síntese superadora dos seus elementos visuais e auditivos, e por mais que desse facto decorra a transformação da obra sonora (normalmente musical) cuja execução concreta se encontra fixada no fonograma objeto de sincronização, o certo é que as qualidades dos sons fixados no fonograma são objetivamente as mesmas antes e depois da sincronização. Esse facto implica que a fixação sonora que fica na obra audiovisual após a sincronização do fonograma só pode ser considerada, enquanto mera réplica dos sons fixados no fonograma sincronizado, uma reprodução desse mesmo fonograma. Reprodução de cuja comunicação ao público, tal como da do fonograma propriamente dito, decorre o direito de remuneração equitativa previsto nos artigos 108.º, n.º 4, e 116.º, n.º 2, da Lei de Propriedade Intelectual».

Por esse motivo, a Audiencia Provincial revogou a sentença da primeira instância e deu provimento ao recurso na sua totalidade.

**SEGUNDO.-** *Recurso de cassação e questões prejudiciais.*

1.- A Atresmedia recorreu desta decisão *[omissis]*

2.-O recurso diz respeito, exclusivamente, à questão de saber se a comunicação ao público de obras audiovisuais efetuada pela Atresmedia nos seus canais de televisão dá origem ao direito de remuneração equitativa previsto nos artigos 108.º, n.º 4 e 116.º, n.º 2, *[omissis]* da Lei de Propriedade Intelectual para os artistas ou intérpretes musicais e para os produtores dos fonogramas reproduzidos (ou, como também se designa a operação, «sincronizados») nessas obras audiovisuais.

3.- *[Omissis]* Entendeu-se ser pertinente submeter ao Tribunal de Justiça da União Europeia um pedido de decisão prejudicial, pelo que foi decidido ouvir as partes sobre *[omissis]* esse pedido.

4.- *[Omissis]*

*[Omissis]* [receção das alegações das partes]

5.- As partes no processo principal são:

1) A «Asociación de Gestión de Derechos Intelectuales (AGEDI)» e a «Artistas Intérpretes o Ejecutantes, Sociedad de Gestión de España (AIE)», como demandantes [ora recorridas], *[omissis]*

2) A «Atresmedia Corporación de Medios de Comunicación, S.A., como demandada [ora recorrente] [omissis]

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

### **PRIMEIRO.-** *Direito da União Europeia*

**1.-** O artigo 8.º, n.º 2, da Diretiva 92/100/CEE do Conselho, de 19 de novembro de 1992, relativa ao direito de aluguer, ao direito de comodato e a certos direitos conexos aos direitos de autor em matéria de propriedade intelectual (a seguir Diretiva 92/100), dispõe:

«Os Estados-Membros deverão prever um direito tendente a garantir o pagamento de uma remuneração equitativa e única pelos utilizadores que usem fonogramas publicados com fins comerciais ou suas reproduções em emissões radiodifundidas por ondas radioelétricas ou em qualquer tipo de comunicações ao público, bem como garantir a partilha de tal remuneração pelos artistas intérpretes ou executantes e pelos produtores dos fonogramas assim utilizados. Na falta de acordo entre os artistas intérpretes ou executantes e os produtores dos fonogramas, os Estados-Membros poderão determinar as condições em que deverá ser por eles repartida a referida remuneração».

**2.-** A Diretiva 2006/115/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2006, relativa ao direito de aluguer, ao direito de comodato e a certos direitos conexos ao direito de autor em matéria de propriedade intelectual (a seguir Diretiva 2006/115), cujo considerando [1] afirma que tem por finalidade proceder à codificação da anterior Diretiva 92/100 [omissis] e das suas alterações, contém, no seu artigo 8.º, n.º 2, uma norma de conteúdo idêntico.

**3.-** Na ação, é pedida uma indemnização pela comunicação ao público de obras audiovisuais realizada entre 1 de junho de 2003 e 31 de dezembro de 2009, pelo que a invocação de ambas as diretivas é relevante em razão do tempo, sem que esta sucessão de normas tenha, neste caso, significado prático devido a essa identidade de conteúdo.

### **SEGUNDO.-** *Direito internacional*

**1.-** A Convenção Internacional para a Proteção dos Artistas Intérpretes ou Executantes, dos Produtores de Fonogramas e dos Organismos de Radiodifusão, aprovada em Roma em 26 de outubro de 1961 (a seguir Convenção de Roma) contém as seguintes normas pertinentes para a questão controvertida:

Artigo 3.º, alínea b)

«Para os fins da presente Convenção, entende-se por: [...] b) “Fonograma”, toda a fixação exclusivamente sonora dos sons de uma execução ou de outros sons, num suporte material».

## Artigo 12.º

«Quando um fonograma publicado com fins comerciais ou uma reprodução desse fonograma forem utilizados diretamente pela radiodifusão ou para qualquer comunicação ao público, o utilizador pagará uma remuneração equitativa e única aos artistas intérpretes ou executantes ou aos produtores de fonogramas ou aos dois. Na falta de acordo entre eles, a legislação nacional poderá determinar as condições de repartição desta remuneração».

2.- Espanha ratificou esta Convenção de Roma mediante instrumento de 2 de agosto de 1991, que foi publicado no Boletín Oficial del Estado em 14 de novembro de 1991 e entrou em vigor em Espanha nessa mesma data, pelo que estava em vigor no período relativo ao pedido de indemnização objeto do processo principal. Um número considerável dos Estados que ratificaram ou aderiram à Convenção de Roma são Estados-Membros da União Europeia, embora nem a União Europeia nem todos os Estados-Membros tenham aderido à mesma, pelo que não faz parte do ordenamento comunitário, como salientou o Tribunal de Justiça da União Europeia (a seguir TJUE) no Acórdão de 15 de março de 2012, processo C-135/10, que, no entanto, declara que a Convenção de Roma «produz efeitos indiretos na União».

3.- O Tratado da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI) sobre Prestações e Fonogramas adotado em Genebra em 20 de dezembro de 1996 (a seguir Tratado OMPI) contém as seguintes normas pertinentes para a questão controvertida:

### Artigo 1.º, n.º 1

«Nenhuma das disposições do presente Tratado poderá constituir uma derrogação das obrigações que vinculem as Partes Contratantes entre si ao abrigo da Convenção Internacional para a Proteção dos Artistas Intérpretes ou Executantes, dos Produtores de Fonogramas e dos Organismos de Radiodifusão, adotada em Roma em 26 de Outubro de 1961 (a seguir designada por “Convenção de Roma”»).

### Artigo 2.º, alínea b)

«Definições

Para efeitos do presente Tratado, entende-se por: [...]

(b) “Fonograma” a fixação dos sons de uma prestação ou de outros sons, ou de uma representação de sons, com exceção da fixação incorporada numa obra cinematográfica ou outra obra audiovisual.

### Artigo 15.º, n.ºs 1 e 2

«Direito a remuneração pela radiodifusão e comunicação ao público

(1) Os artistas intérpretes ou executantes e os produtores de fonogramas gozam do direito a uma remuneração equitativa e única pela utilização direta ou indireta de fonogramas publicados com fins comerciais para radiodifusão ou para qualquer comunicação ao público.

(2) As Partes Contratantes podem determinar na sua legislação nacional que a remuneração equitativa e única seja reclamada ao utilizador pelo artista intérprete ou executante ou pelo produtor de um fonograma, ou por ambos. As Partes Contratantes podem adotar legislação nacional que, na falta de acordo entre o artista intérprete ou executante e o produtor de um fonograma, determine as condições de repartição da remuneração equitativa e única entre os artistas intérpretes ou executantes e os produtores de fonogramas.»

4.- O artigo 2.º, alínea b), deste tratado foi objeto de uma declaração acordada, adotada pela Conferencia Diplomática em 20 de dezembro de 1996, que dispõe:

«Considera-se que a definição de fonograma constante da alínea b) do artigo 2.º não sugere que os direitos sobre o fonograma sejam de algum modo afetados pela sua incorporação numa obra cinematográfica ou noutra obra audiovisual».

5.- O Tratado OMPI entrou em vigor na União Europeia em 14 de março de 2010, como publicado no *Jornal Oficial da União Europeia* a 4 de fevereiro de 2010. Além disso, o instrumento de ratificação de Espanha foi publicado no Boletín Oficial del Estado de 18 de junho de 2010, nele se declarando- que tinha entrado em vigor para Espanha em 14 de março de 2010. Uma vez que a indemnização objeto do processo principal diz respeito às comunicações ao público realizadas entre 1 de junho de 2003 e 31 de dezembro de 2009, o Tratado OMPI não se encontrava em vigor nesse período.

6.- No entanto, o TJUE, nos seus Acórdãos de 12 de setembro de 2006, processo *Laserdisken ApS/Kulturministeriet* (C-479/04), e de 7 de dezembro de 2006, processo *Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE)/Rafael Hoteles, S.A.* (C-306/05) tomou em consideração o Tratado OMPI, apesar de não se encontrar em vigor na União Europeia, porque a Diretiva 2001/29/CE, declarou, no seu considerando 15, «destina[r]-se também a dar execução a algumas destas novas obrigações internacionais».

### **TERCEIRO.-** *Direito nacional*

1.- No período em que foram efetuadas as comunicações ao público relativamente às quais se reclama, no processo principal, uma indemnização, estava em vigor [omissis] a Ley de Propiedad Intelectual ([Lei da Propriedade Intelectual] a seguir TRLPI). [Omissis] para maior clareza, é apenas transcrito o teor das disposições legais posterior à reforma [introduzida pela Lei n.º 23/2006, de 7 de julho].

2.- As disposições mais relevantes são os artigos 108.º, n.º 4, e 116.º, n.º 2, do TRLPI. A primeira delas dispõe:

«Os utilizadores de um fonograma publicado com fins comerciais, ou de uma reprodução do referido fonograma que se utilize para qualquer forma de comunicação ao público, têm que pagar uma remuneração equitativa e única aos artistas intérpretes ou executantes e aos produtores de fonogramas, entre os quais a remuneração é repartida. Na falta de acordo entre eles relativamente à repartição da indemnização, esta é feita em partes iguais [...]».

**3.-** O artigo 116.º, n.º 2, do TRLPI, tem o mesmo teor *[omissis]*.

**4.-** A primeira das referidas disposições inclui-se no título relativo aos direitos dos artistas intérpretes ou executantes, e a segunda no título relativo aos direitos dos produtores de fonogramas, o que explica a duplicação da disposição.

**5.-** O artigo 114.º, n.º 1, do TRLPI, dispõe:

«Entende-se por fonograma toda a fixação exclusivamente sonora da execução de uma obra ou de outros sons».

**QUARTO.-** *Pertinência da submissão do pedido de decisão prejudicial ao TJUE*

**1.-** A AGEDI e a AIE opõem-se à submissão das questões prejudiciais. *[Omissis]* [Entendem que o litígio] deve ser apreciado exclusivamente através da interpretação da legislação interna, porque as Diretivas 92/100 e 2006/115 são diretivas de proteção mínima, e os Estados-Membros podem estabelecer uma maior proteção dos direitos de propriedade intelectual nelas regulados.

**2.-** Não se aceita o primeiro argumento, uma vez que o objeto do pedido de decisão prejudicial consiste precisamente no objeto do recurso de cassação que o Tribunal Supremo tem de apreciar. Para decidir o recurso, devem ser esclarecidas as dúvidas relativas à interpretação das normas aplicáveis da diretiva.

Na realidade, o que a AGEDI e a AIE defendem não é a irrelevância do pedido de decisão prejudicial submetido ao TJUE para se decidir o recurso de cassação, mas sim a irrelevância do próprio recurso, na medida em que o recurso deveria ser julgado totalmente procedente mesmo sendo dada razão à recorrente, a Atresmedia. Tal abordagem é incorreta, mas a resposta à mesma deverá ser dada quando o recurso de cassação for apreciado, e não neste momento.

**3.-** No que diz respeito ao segundo argumento, é certo que a disposição das diretivas objeto do pedido de decisão prejudicial estabelece uma regulamentação de proteção mínima na aceção de que «[o]s Estados-Membros devem ter a faculdade de prever que os titulares de direitos conexos ao direito de autor beneficiem de uma proteção superior à exigida pelas disposições da presente diretiva relativas à radiodifusão e comunicação ao público» (considerando 16 da Diretiva 2006/115). Mas a transposição destas disposições da diretiva realizada nos artigos 108.º, n.º 4 e 116.º, n.º 2, do TRLPI, não aumentou a proteção dos titulares de direitos conexos, uma vez que a transposição se limitou a reproduzir,

nas disposições do direito nacional, a previsão do artigo 8.º, n.º 2, das Diretivas 92/100 e 2006/115, sem acrescentar nenhum elemento relevante.

**QUINTO.-** *Dúvidas interpretativas que justificam a submissão do pedido de decisão prejudicial.*

**1.-** A questão objeto do recurso de cassação consiste em saber se, uma vez que um fonograma publicado com fins comerciais, em que estava registada a interpretação de uma obra musical, foi «reproduzido» ou «sincronizado» numa gravação audiovisual na qual se encontra fixada uma obra audiovisual, caduca o direito dos artistas executantes ou intérpretes e dos produtores de fonogramas a receberem a remuneração equitativa e única prevista no artigo 8.º, n.º 2, das referidas diretivas.

**2.-** Para apreciar esta questão, é necessário determinar que interpretação deve ser dada ao conceito de «fonograma» e de reproduções de «fonogramas publicados com fins comerciais» do artigo 8.º, n.º 2, das Diretivas 92/100 e 2006/115. Em função da interpretação que se faça destes conceitos, a consequência será que a comunicação ao público de uma gravação audiovisual em que se encontre fixada uma obra audiovisual na qual se tenha sincronizado ou reproduzido um fonograma publicado com fins comerciais constitui a comunicação ao público do fonograma ou de uma reprodução do fonograma, com a consequência de que o utilizador que efetua essa comunicação ao público está obrigado a pagar a remuneração equitativa e única aos artistas executantes ou intérpretes da obra musical registada no fonograma e aos produtores desses fonogramas; ou, pelo contrário, que uma vez sincronizado ou reproduzido o fonograma na gravação audiovisual que contém a fixação da obra audiovisual, a comunicação ao público dessa gravação da obra audiovisual já não constitui uma comunicação do fonograma nem de uma reprodução do mesmo, e são apenas gerados direitos de remuneração equitativa e única para os titulares de direitos de propriedade intelectual sobre a gravação audiovisual e a obra audiovisual, uma vez que a retribuição dos direitos conexos sobre o fonograma foi realizada quando se autorizou a reprodução ou sincronização do mesmo na obra audiovisual.

**3.-** [Segundo] a tese da Atresmedia, uma vez autorizada a «sincronização» de um fonograma publicado com fins comerciais na gravação audiovisual que contém a fixação de uma obra audiovisual, os direitos de remuneração equitativa que os artigos 108.º, n.º 4, e 116.º, n.º 2, do TRLPI (que transpõem o artigo 8.º, n.º 2, das Diretivas 92/100 e 2006/115) reconhecem aos artistas executantes ou intérpretes e aos produtores de fonografias caducam. Da comunicação ao público da obra audiovisual decorrem apenas direitos para os titulares de direitos de propriedade intelectual sobre a obra audiovisual e sobre a gravação audiovisual que lhe serve de suporte.

**4.-** Como argumentos em defesa da sua tese, a Atresmedia alega que o artigo 3.º, alínea b), da Convenção de Roma, e a disposição correlativa de direito nacional, o artigo 114.º, n.º 1, do TRLPI, dispõem que o fonograma é uma «fixação exclusivamente sonora» e que o artigo 2.º, alínea b), do Tratado OMPI exclui do

conceito de fonograma a fixação de sons «incorporada numa obra cinematográfica ou outra obra audiovisual». Após a «sincronização» na obra audiovisual da execução da obra musical registada no fonograma, cria-se uma obra distinta e independente da obra musical «sincronizada» e não uma simples «reprodução» do fonograma. A sincronização determina que a obra musical fique integrada num contexto criativo superior, que constitui uma obra distinta, a obra audiovisual. Quem comunica publicamente uma obra audiovisual não usa nem reproduz nenhum fonograma, mas sim uma obra distinta, da qual uma das partes é uma fixação da execução da obra musical distinta da do fonograma, uma vez que, de facto, se encontra num suporte diferente. Consequentemente, da comunicação ao público de uma obra audiovisual não pode decorrer um direito de remuneração em benefício dos produtores do fonograma e dos artistas intérpretes e executantes da execução da obra fixada no fonograma, dado que, simplesmente, não há nenhum fonograma comunicado publicamente.

**5.-** Por seu turno, a AGEDI e a AIE, alegam que a «reprodução» (termo que preferem a «sincronização») de um fonograma publicado com fins comerciais numa gravação audiovisual implica que quando a referida gravação audiovisual (sirva ou não de suporte a uma obra audiovisual) é comunicada ao público através da sua emissão por televisão, é comunicada publicamente a reprodução do fonograma; no que diz respeito à referida comunicação ao público, os produtores de fonogramas e os artistas executantes ou intérpretes musicais beneficiam integralmente dos direitos reconhecidos nas normas relativas a propriedade intelectual para o referido ato de exploração patrimonial das suas prestações intelectuais protegidas, incluindo a remuneração equitativa e única dos artigos 108.º, n.º 4, e 116.º, n.º 2, do TRLPI, uma vez que o fonograma que é reproduzido em qualquer gravação audiovisual não perde, em resultado da sua incorporação, a sua substância.

**6.-** Para a AGEDI e a AIE, a exigência de que a fixação seja «exclusivamente sonora» para que seja considerada fonograma, prevista no artigo 3.º, alínea b), da Convenção de Roma, e no artigo 114.º, n.º 1, do TRLPI, pretende clarificar que a banda sonora (todo o som) de uma gravação audiovisual não constitui um fonograma, mas sim parte da gravação audiovisual. Mas isto não significa que o fonograma publicado com fins comerciais, quando é incorporado numa gravação audiovisual, deixe de ser considerado um fonograma e que os artistas musicais e os produtores de fonogramas percam os seus direitos de remuneração equitativa e única pelo facto de essa gravação audiovisual conter uma fixação de imagens e sons suscetível de ser qualificada como obra audiovisual.

**7. -** Estas entidades alegam que a «transformação» constitui uma operação que se pode realizar numa «obra», mas que o fonograma é um suporte, tal como a gravação audiovisual na qual se reproduz o fonograma, pelo que se trata de um nível diferente do da obra suscetível de transformação. O pagamento que é feito pelo produtor audiovisual ou produtor do fonograma (a quem os artistas terão cedido, por via de regra, no contrato de produção do fonograma, o seu direito a autorizar a reprodução da fixação da sua interpretação) retribui o ato de

exploração que consiste na reprodução do fonograma num novo suporte, a gravação audiovisual, uma vez que nisso consiste a incorporação ou sincronização do fonograma na gravação audiovisual, mas a remuneração equitativa e única dos artigos 108.º, n.º 4, e 116.º, n.º 2, do TRLPI (e 8.º, n.º 2, das Diretivas 92/100 e 2006/115) retribui um ato de exploração diferente, a comunicação ao público.

**8.** - Por último, a AGEDI e a AIE salientam a contradição que a tese da Atresmedia constituiria, uma vez que se a reprodução do fonograma é efetuada numa gravação audiovisual em que está fixada uma obra audiovisual, porque o seu conteúdo tem suficiente estatura criativa, há uma transformação da obra musical, o fonograma desaparece e caducam os direitos dos artistas musicais e dos produtores de fonogramas relativamente à comunicação ao público dessa obra audiovisual. Mas se não há estatura criativa no conteúdo da gravação audiovisual e esta, por conseguinte, não serve de suporte a uma obra audiovisual, continua a ser um fonograma cuja comunicação ao público gera direitos de remuneração equitativa e única para intérpretes e produtores de fonogramas.

**9.-** Na jurisprudência também existem opiniões opostas, que coincidem, frequentemente, com os interesses dos diferentes setores envolvidos (os artistas executantes ou intérpretes musicais e os produtores de fonogramas, por um lado, e os produtores audiovisuais e as empresas que comunicam publicamente obras audiovisuais, por outro).

**10.-** Alguns autores afirmam que quando se realiza a reprodução de um fonograma numa gravação de uma obra audiovisual, a comunicação ao público desta implica a comunicação ao público de uma cópia do fonograma reproduzido ou sincronizado. Para este setor da jurisprudência, a exigência de que o fonograma consista numa fixação exclusivamente sonora serve apenas para excluir do conceito de fonograma as situações em que a banda sonora de uma obra audiovisual foi gravada expressamente para esse filme e, por conseguinte, não existe um fonograma publicado com fins comerciais que possa ser reproduzido ou sincronizado, sem prejuízo de que, quando as obras musicais dessa banda sonora são comercializadas num suporte exclusivamente sonoro, passem a constituir um fonograma. Esta conceção manter-se-ia após o Tratado OMPI de 1996.

**11.-** Pelo contrário, outro setor da jurisprudência afirma que esse conceito de fonograma como «fixação exclusivamente sonora» serve precisamente para excluir do mesmo a banda sonora de uma obra audiovisual também quando na mesma se tenha reproduzido ou sincronizado um fonograma publicado com fins comerciais, de modo que quando se comunica publicamente a obra audiovisual não se está a comunicar publicamente o fonograma, e o utilizador não está obrigado a pagar a remuneração equitativa prevista no artigo 8.º, n.º 2, das Diretivas 92/100 e 2006/115.

**12.-** Nos tribunais de Estados não pertencentes à União Europeia podem ser encontradas soluções opostas. O Supremo Tribunal da Austrália, no seu Acórdão de 20 de maio de 1998, no processo *Phonographic Performance Co of Australia*

*Ltd/Federação de Estações de Televisão Comerciais da Austrália (S95/1997)*, afirmou que mesmo que a banda sonora (*sound track*) não seja um fonograma (*sound record*), isso não significa que da incorporação deste naquela decorra o seu desaparecimento; por conseguinte, a comunicação ao público da obra audiovisual implicaria a exploração do fonograma e geraria para o produtor do fonograma e os artistas musicais os direitos de remuneração por comunicação ao público. O Supremo Tribunal do Canadá pronunciou-se em sentido contrário no seu Acórdão de 12 de julho de 2012, no processo *Sound/Motion Picture Theatre Associations of Canada e o.*

**13.-** Por estes motivos, e independentemente da opinião que este tribunal possa ter formado, consideramos que a interpretação dessas normas do direito da União suscita, objetivamente, dúvidas que tornam necessário que o TJUE fixe uma interpretação uniforme para todo o território da União, o que justifica a submissão do pedido de decisão prejudicial.

### DISPOSITIVO

**[O TRIBUNAL SUPREMO] DECIDE:** *[Omissis]* Submeter ao Tribunal de Justiça da União Europeia as seguintes questões *[omissis]* prejudiciais:

**1.-** O conceito de reproduções de «fonogramas publicados com fins comerciais» decorrente do artigo 8.º, n.º 2, das Diretivas 92/100 e 2006/115, abrange as reproduções de fonogramas publicados com fins comerciais numa gravação audiovisual que incorpore a fixação de uma obra audiovisual?

**2.-** Em caso de resposta afirmativa à questão anterior, está obrigada ao pagamento da remuneração equitativa e única prevista no artigo 8.º, n.º 2, das referidas diretivas, uma entidade de radiodifusão televisiva que utilize, para qualquer tipo de comunicação ao público, uma gravação audiovisual que incorpore a fixação de uma obra cinematográfica ou outra obra audiovisual em que tenha sido reproduzido um fonograma publicado com fins comerciais?

*[Omissis]*

*[Omissis]* [formalidades processuais]