

**Processo C-127/24**

**Pedido de decisão prejudicial**

**Data de entrada:**

15 de fevereiro de 2024

**Órgão jurisdicional de reenvio:**

Bundesgerichtshof (Supremo Tribunal Federal, Alemanha)

**Data da decisão de reenvio:**

8 de fevereiro de 2024

**Demandante e recorrente em «Revision»:**

Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte eV (GEMA)

**Demandada e recorrida em «Revision»:**

VHC 2 Seniorenresidenz und Pflegeheim GmbH

---

**BUNDESGERICHTSHOF**

**DESPACHO**

[OMISSIS]

Proferido em:  
8 de fevereiro de 2024  
[OMISSIS]

No litígio que opõe

GEMA Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte, [OMISSIS]

[OMISSIS] Berlim,

demandante e recorrente em «Revision»,

[OMISSIS]

a

VHC 2 Seniorenresidenz und Pflegeheim GmbH, [OMISSIS]

[OMISSIS] Unterschleißheim,

demandada e recorrida em «Revision»,

[OMISSIS]

A 1.<sup>a</sup> Secção Cível do Bundesgerichtshof (Supremo Tribunal Federal alemão)

[OMISSIS]

decidiu:

- I. A instância é suspensa.
- II. Submetem-se à apreciação do Tribunal de Justiça da União Europeia para interpretação do artigo 3.º, n.º 1, 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 (JO 2001, L 167, p. 10) as seguintes questões prejudiciais:
  1. Os residentes de uma casa de repouso, explorada comercialmente, que dispõem de ligações de televisão e de rádio nos seus quartos e para os quais o operador da casa de repouso retransmite por cabo de forma simultânea, inalterada e integral programas de radiodifusão recebidos através do seu próprio sistema de receção direta por satélite, constituem um «número indeterminado de destinatários potenciais» na aceção da definição de «comunicação ao público» constante do artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 2001/29/CE?
  2. A definição até agora utilizada pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, segundo a qual a qualificação de «comunicação ao público», na aceção do artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 2001/29/CE, exige que «a comunicação da obra protegida seja efetuada segundo uma técnica específica, diferente das utilizadas até então ou, na falta deste elemento, junto de um “público novo”, isto é, um público que não tenha sido tomado em consideração pelo titular do direito de autor quando autorizou a comunicação inicial da sua obra ao público», continua a ter aplicabilidade geral, ou a técnica utilizada só é relevante nos casos em que se procede à retransmissão de conteúdos inicialmente recebidos por via terrestre, por satélite ou por cabo para a Internet aberta?

3. Constitui um «público novo», na aceção da definição de «comunicação ao público» constante do artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 2001/29/CE, o facto de o operador de uma casa de repouso, com fins lucrativos, retransmitir por cabo de forma simultânea, inalterada e integral programas de radiodifusão recebidos através do seu próprio sistema de receção direta por satélite, para as ligações de televisão e de rádio existentes nos quartos dos residentes? É relevante para efeitos desta apreciação o facto de os residentes terem a possibilidade de receber os programas de televisão e de rádio por via terrestre nos seus quartos, independentemente da transmissão por cabo? É igualmente relevante para efeitos desta apreciação o facto de os titulares dos direitos já receberem uma remuneração pelo consentimento dado para a emissão de origem?

Fundamentos:

- 1 A. A demandante é a Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte (GEMA). Esta administra os direitos de utilização dos direitos de autor que lhe são concedidos por compositores, letristas e editores musicais.
- 2 A demandada explora uma casa de repouso e de geriatria em Dahn, na qual existem, na área de cuidados geriátricos, 88 quartos individuais e 3 quartos duplos em 4 zonas residenciais. Aqui residem, de forma permanente, 89 idosos que necessitam de cuidados e que, para além do alojamento residencial, recebem cuidados de saúde e de assistência completos. Para além da área de cuidados geriátricos, as instalações da demandada dispõem de diversas áreas comuns, como refeitórios e salas de estar.
- 3 A demandada recebe, nas suas instalações, programas de radiodifusão (televisão e rádio) através do seu próprio sistema de receção direta por satélite e retransmite-os por cabo de forma simultânea, inalterada e integral para as ligações de televisão e rádio existentes nos quartos dos residentes. Desta forma, todos os quartos das áreas residencial e de cuidados geriátricos da casa de repouso são alimentados com sinais de televisão e de rádio.
- 4 A demandante considera que a retransmissão dos programas de radiodifusão pela demandada está sujeita a licença e solicitou, sem êxito, à demandada a celebração de um contrato de licença.
- 5 A pedido da demandante, o Landgericht (Tribunal Regional) condenou a demandada, sob pena de certas medidas coativas, a

abster-se de retransmitir obras musicais, com ou sem palavras, do repertório da demandante, no âmbito de um programa retransmitido por cabo, sem o consentimento da demandante, de forma simultânea, inalterada e integral [...] nas instalações da demandada, nomeadamente a partir do sistema de receção direta

por satélite, para as ligações existentes nos quartos das áreas residencial e de cuidados geriátricos.

- 6 O Berufungsgericht (Tribunal de Recurso) negou provimento ao recurso interposto pela demandada (OLG Zweibrücken, GRUR 2023, 722). No seu recurso de «Revision», admitido pelo Berufungsgericht ao qual a demandada pede que seja negado provimento, a demandante prossegue com o seu pedido.
- 7 B. O provimento do recurso de «Revision» depende da interpretação do artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 2001/29/CE. Por conseguinte, antes de decidir do recurso de «Revision», deve suspender-se a instância e submeter-se um pedido de decisão prejudicial ao Tribunal de Justiça da União Europeia, em conformidade com o artigo 267.º, n.º 1, alínea b), e n.º 3, TFUE.
- 8 I. O Berufungsgericht considerou a ação inibitória intentada pela demandante improcedente com o fundamento de que não havia comunicação ao público.
- 9 Embora exista um ato de comunicação, a comunicação não é pública, visto que esta se limitava, no presente caso, ao grupo restrito de residentes, que – à semelhança dos membros de um condomínio – constituem um grupo estruturalmente muito homogéneo e estável de pessoas com uma taxa de rotação muito baixa e com tendência a permanecer de forma duradoura na instituição.
- 10 II. O recurso de «Revision» interposto pela demandante contra esta decisão obterá provimento se o Berufungsgericht tiver considerado erradamente que a retransmissão por cabo, no presente caso, não constitui uma comunicação ao público na aceção do § 15, n.º 2, primeiro e segundo períodos, ponto 3, §§ 20, 20b, n.º 1, primeiro período, da UrhG [Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz) (Lei dos Direitos de Autor e Direitos Conexos), a seguir «UrhG»]. A demandante tem legitimidade para intentar uma ação inibitória (v., *infra*, B II 1). A questão de saber se a retransmissão por cabo, no caso em apreço, preenche os requisitos de uma comunicação ao público precisa de ser esclarecida em vários aspetos à luz do direito da União. Em primeiro lugar, é necessário esclarecer se os residentes da casa de repouso explorada pela demandada constituem um número indeterminado de destinatários potenciais na aceção da definição de «comunicação ao público» constante do artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 2001/29/CE (v., *infra*, B II 2). É, igualmente, necessário esclarecer se, no que respeita ao tipo de técnica utilizada, a definição de comunicação ao público na aceção do artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 2001/29/CE utilizada pelo Tribunal de Justiça da União Europeia continua a aplicar-se de um modo geral ou apenas relativamente a determinados casos de transmissão (v., *infra*, B II 3). Por último, há que esclarecer se, na situação em causa no caso em apreço, os residentes da casa de repouso constituem um «público novo» na aceção da definição de «comunicação ao público» constante do n.º 1 do artigo 3.º da Diretiva 2001/29/CE (v., *infra*, B II 4).

- 11 1. A demandante tem legitimidade para intentar uma ação inibitória por força do § 97, n.º 1, primeiro período, da UrhG. Os autores, os artistas intérpretes ou executantes, os organismos de radiodifusão e os produtores de filmes têm o direito exclusivo de retransmissão por cabo. Em caso de violação ilegal dos seus direitos, estes podem requerer a cessação da infração nos termos do artigo 97.º, n.º 1, primeiro período, da UrhG [quanto ao § 97, n.º 2, da UrhG, v. BGH, Acórdão de 18 de junho de 2020 – I ZR 171/19, GRUR 2020, 1297 (*juris* n.º 9) = WRP 2020, 1573 – Radiodifusão em apartamentos de férias, e jurisprudência aí referida]. A demandante exerce este direito em nome dos compositores e dos letristas enquanto autores.
- 12 2. Antes de mais, há que esclarecer se os residentes de uma casa de repouso, explorada comercialmente, que dispõem de ligações de televisão e de rádio nos seus quartos, através das quais o operador da casa de repouso retransmite por cabo de forma simultânea, inalterada e integral os programas de radiodifusão recebidos através do seu próprio sistema de receção direta por satélite, constituem um «número indeterminado de destinatários potenciais» na aceção da definição de «comunicação ao público» constante do artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 2001/29/CE (questão prejudicial 1). Tal condiciona a questão de saber se o Berufungsgericht teve razão ao considerar que o ato de exploração relevante no caso em apreço não constitui uma comunicação ao público na aceção do § 15, n.º 2, primeiro e segundo períodos, n.º 3, §§ 20, 20b, n.º 1, primeiro período, da UrhG.
- 13 a) O direito exclusivo do autor de comunicar a sua obra ao público (§ 15, n.º 2, primeiro período, da UrhG) inclui o direito de radiodifusão (§ 15, n.º 2, segundo período, ponto 3, da UrhG), ou seja, o direito de colocar a obra à disposição do público através da rádio, como a radiodifusão sonora e televisiva, a radiodifusão por satélite, a radiodifusão por cabo ou meios técnicos semelhantes (§ 20 da UrhG). O direito de radiodifusão inclui o direito de retransmissão por cabo em conformidade com o § 20b, n.º 1, primeiro período, da UrhG, ou seja, o direito de retransmitir uma obra radiodifundida como parte de um programa que é retransmitido de forma simultânea, inalterada e integral por sistemas de cabo ou sistemas de micro-ondas [v. BGH, GRUR 2020, 1297 (*juris* n.º 11) – Radiodifusão em apartamentos de férias, e jurisprudência aí referida]. O direito de retransmissão por cabo é um caso específico dos direitos de radiodifusão e, por conseguinte, um caso específico de comunicação ao público. Em conformidade com o § 15, n.º 3, primeiro período, da UrhG, a comunicação é pública quando é destinada a uma pluralidade de membros do público. De acordo com o § 15, n.º 3, segundo período, da UrhG, faz parte do público qualquer pessoa que não esteja ligada por relações pessoais com quem explore a obra ou com outras pessoas a quem a obra é tornada perceptível ou acessível sob forma imaterial. O mesmo se aplica aos artistas intérpretes ou executantes, aos organismos de radiodifusão e aos produtores de filmes, desde que estes tenham o direito exclusivo de retransmissão por cabo (v. § 78, n.º 1, ponto 2, § 87 n.º 1, ponto 1, primeira hipótese, § 94, n.º 4, § 95, da UrhG).

- 14 b) Os direitos exclusivos dos autores e dos titulares de direitos conexos em causa no caso em apreço, relativos à comunicação ao público das suas obras e prestações através da retransmissão por cabo, baseiam-se em diretivas da União Europeia. Por conseguinte, o conceito de comunicação ao público deve ser interpretado em conformidade com a disposição aplicável aos autores constante do artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 2001/29/CE relativa à harmonização de certos aspetos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação, bem como com a disposição aplicável aos titulares de direitos conexos constante do artigo 8.º, n.º 1, da Diretiva 2006/115/CE relativa ao direito de aluguer, ao direito de comodato e a certos direitos conexos ao direito de autor em matéria de propriedade intelectual (versão codificada), e com a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia proferida a este respeito [v. BGH, Acórdão de 17 de setembro de 2015 – I ZR 228/14, BGHZ 206, 365 (*juris* n.ºs 30 a 41) – Ramses; Acórdão de 11 de janeiro de 2018 – I ZR 85/17, GRUR 2018, 608 (*juris* n.º 22) – Rádio do hospital; BGH, GRUR 2020, 1297 (*juris* n.º 11) – Radiodifusão em apartamentos de férias, e jurisprudência aí referida].
- 15 c) O conceito de «comunicação ao público» previsto ao abrigo do artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 2001/29/CE e do artigo 8.º, n.º 1, da Diretiva 2006/115/CE apresenta dois elementos constitutivos, a saber, um ato de comunicação e o carácter público dessa comunicação. Além disso, este conceito implica uma apreciação individualizada. Para efeitos de tal apreciação, importa tomar em consideração vários critérios complementares, de natureza não autónoma e interdependentes entre si. Na medida em que estes critérios podem, em diferentes situações concretas, estar presentes com uma intensidade muito variável, há que aplicá-los tanto individualmente como na sua interação recíproca [jurisprudência constante; v., por exemplo, TJUE, Acórdão de 20 de abril de 2023 – C-775/21 e C-826/21, GRUR 2023, 717 (*juris* n.ºs 47 e segs.) = WRP 2023, 681 – Blue Air Aviation/ UCMR – ADA e o., e jurisprudência aí referida).
- 16 aa) O Berufungsgericht considerou, com razão, que a retransmissão de emissões de rádio e de televisão através de uma rede de distribuição nos quartos dos residentes de uma casa de repouso e de geriatria constitui um ato de comunicação.
- 17 (1) O conceito de comunicação deve ser entendido, à luz do objetivo principal da Diretiva 2001/29/CE que consiste em assegurar um elevado nível de proteção dos autores, em sentido lato como abrangendo qualquer transmissão de obras protegidas, independentemente dos meios ou da técnica utilizados. A «comunicação» pressupõe que o utilizador atue com pleno conhecimento das consequências do seu comportamento – ou seja, de forma deliberada e intencional – a fim de proporcionar a terceiros um acesso à obra protegida que estes não teriam sem a sua ação. Neste contexto, basta que terceiros tenham acesso à obra protegida, independentemente de a utilizarem ou não [BGH, GRUR 2020, 1297 (*juris* n.º 17) – Radiodifusão em apartamentos de férias, e jurisprudência aí referida].

- 18 (2) Por conseguinte, a retransmissão de emissões radiofónicas para os quartos dos residentes de uma casa de repouso e de geriatria, através de um dispositivo técnico como uma rede de distribuição, deve ser qualificada de «ato de comunicação» na aceção do artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 2001/29/CE e do artigo 8.º, n.º 1, da Diretiva 2006/115/CE. No caso da retransmissão através da rede de distribuição, a demandada atuou com pleno conhecimento das consequências do seu comportamento - ou seja, de forma deliberada e intencional -, a fim de proporcionar aos residentes da sua instituição o acesso a emissões radiofónicas às quais, sem a sua intervenção, não poderiam aceder.
- 19 bb) A questão de saber se o Berufungsgericht teve razão ao considerar que não existe uma comunicação pública no caso em apreço exige uma clarificação à luz do direito da União.
- 20 (1) O Berufungsgericht considerou que a retransmissão por cabo para os quartos dos residentes da casa de repouso e de geriatria não constituía uma comunicação ao público. Mesmo que 88 quartos individuais e 3 quartos duplos preencham o critério de um «número de pessoas bastante importante» formulado pela jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, os residentes da instituição não são, como também é exigido, «pessoas em geral». No caso em apreço, a reprodução é limitada a «pessoas específicas», uma vez que se destina a um grupo restrito de pessoas. Os residentes da instituição são semelhantes aos membros de um condomínio – um grupo de pessoas estruturalmente muito homogéneo e estável com uma taxa de rotação muito baixa e com tendência a permanecer de forma duradoura na instituição. As salas comuns oferecem a possibilidade de partilha de refeições, de diálogo e de interação social entre os residentes. Ao contrário de um hotel ou de um centro de reabilitação, a escolha de uma instituição como residência para passar a última fase da vida cria uma ligação estreita entre os moradores. A oferta de cuidados de curta duração e de prevenção pela demandada não confere às suas instalações um carácter fundamentalmente diferente. O facto de a demandada efetuar a retransmissão por cabo com fins lucrativos não justifica uma apreciação diferente.
- 21 (2) Em conformidade com a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, o conceito de comunicação ao público só está preenchido no caso de um número indeterminado de destinatários potenciais e de um número de pessoas bastante importante.
- 22 Está-se perante um «número indeterminado de destinatários potenciais» se a comunicação for feita às pessoas em geral, por oposição a pessoas específicas pertencentes a um grupo privado [quanto ao artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 2001/29/CE, v. TJUE, Acórdão de 31 de maio de 2016 – C-117/15, GRUR 2016, 684 (*juris* n.º 42) – Reha Training/GEMA; quanto ao artigo 8.º, n.º 2, da Diretiva 92/100/CEE (atual Diretiva 2006/115/CE), v. TJUE, Acórdão de 15 de março de 2012 – C-135/10, GRUR 2012, 593 (*juris* n.º 85) = WRP 2012, 689 – SCF/Del Corso; Acórdão de 15 de março de 2012 – C-162/10, GRUR 2012, 597 (*juris* n.º 34) – PPL/ Irlanda].

- 23 Quanto ao critério relativo a um «número de pessoas bastante importante», este visa indicar que o conceito de público só está preenchido se for ultrapassado um certo limiar de *minimis*, o que exclui deste conceito um número demasiado pequeno, ou mesmo insignificante, de pessoas afetadas. Para determinar este número de pessoas, há que ter em conta o efeito cumulativo resultante da colocação das obras à disposição dos destinatários potenciais. É nomeadamente pertinente saber quantas pessoas têm acesso à mesma obra paralela e sucessivamente [v. TJUE, GRUR 2016, 684 (*juris* n.ºs 40 a 44) – Reha Training/GEMA; TJUE, GRUR 2023, 717 (*juris* n.º 54) – Blue Air Aviation/UCMR – ADA e o., e jurisprudência aí referida].
- 24 (3) O Berufungsgericht considerou corretamente que o número de residentes nos 88 quartos individuais e nos 3 quartos duplos disponibilizados pela demandada preenche o critério de um «número de pessoas bastante importante». Esta apreciação é aceite no âmbito do recurso de «Revision»; não se vislumbram erros de direito a este respeito.
- 25 (4) A questão de saber se o Berufungsgericht tinha razão ao considerar que, no caso em apreço, a comunicação não foi feita a um número indeterminado de destinatários potenciais na aceção da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, tendo antes sido limitada a pessoas específicas pertencentes a um grupo privado, exige uma clarificação à luz do direito da União.
- 26 (a) O Tribunal de Justiça da União Europeia decidiu que os hóspedes de um hotel, cujo operador disponibiliza, nos quartos dos clientes, televisores ou rádios para os quais distribui um sinal radiodifundido, constituem um número indeterminado de destinatários potenciais, na medida em que o seu acesso aos serviços do referido estabelecimento resulta, em princípio, de uma escolha própria de cada um deles e só está limitado pela capacidade de acolhimento do estabelecimento em questão, tratando-se, pois, nesta situação, de «pessoas em geral» [TJUE, GRUR 2012, 597 (*juris* n.º 41) – PPL/Irlanda]. O Tribunal de Justiça decidiu no mesmo sentido no caso de pacientes de um centro de reabilitação [TJUE, GRUR 2016, 684 (*juris* n.º 57) – Reha Training/GEMA; relativamente a pacientes hospitalares BGH, GRUR 2018, 608 (*juris* n.ºs 34 e segs.) – Rádio do hospital]. Em todos estes casos, o acesso aos respetivos serviços oferecidos baseia-se, em princípio, numa decisão pessoal de cada hóspede elegível para a oferta e é apenas limitado pela capacidade de acolhimento do estabelecimento em questão.
- 27 Em contrapartida, o Tribunal de Justiça da União Europeia não considerou como «pessoas em geral» os pacientes de um dentista para os quais é difundida música ambiente na sala de espera, visto que estes formam, em regra, um conjunto de pessoas cuja composição está largamente estabilizada e que constituem por isso um conjunto determinado de destinatários potenciais, uma vez que as outras pessoas não têm, em princípio, acesso aos tratamentos desse dentista [TJUE, GRUR 2012, 593 (*juris* n.º 95) – SCF/Del Corso]. Do mesmo modo, a comunicação a um grupo claramente definido e fechado de pessoas investidas de

funções de serviço público num órgão jurisdicional não é feita a um número indeterminado de destinatários potenciais, mas a profissionais individuais e determinados [quanto ao artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 2001/29/CE, v. TJUE, Acórdão de 28 de outubro de 2020 – C-637/19, GRUR 2020, 1295 (*juris* n.º 28 e segs.) = WRP 2021, 27 – By (prova fotográfica)].

- 28 (b) Importa esclarecer se o simples facto de, segundo as conclusões do Berufungsgericht, o grupo de residentes da instituição ser estruturalmente muito homogéneo e ter uma taxa de rotação bastante reduzida justifica a presunção de que a retransmissão é feita apenas a «pessoas específicas», e não a «pessoas em geral». Esta Secção considera que esta questão deve ser respondida negativamente, uma vez que o acesso aos serviços da residência para pessoas idosas está, em princípio, aberto a todas as pessoas elegíveis para a oferta e é apenas limitado pela capacidade de acolhimento da residência.
- 29 Contrariamente à opinião do Berufungsgericht, a mera possibilidade de os residentes partilharem refeições, dialogarem e interagirem socialmente não justifica a presunção de que os residentes têm uma ligação estreita. Em todo o caso, para efeitos da ponderação valorativa a realizar, uma ligação pessoal entre residentes individuais em resultado do exercício desta possibilidade é suscetível de se revelar como um mero efeito secundário (bem-vindo) da utilização dos serviços de habitação, de prestação de cuidados e de assistência da demandada, sem que o conjunto dos residentes se transforme – como é exigido [v. TJUE, GRUR 2016, 684 (*juris* n.º 57) – Reha Training/GEMA] – num «grupo privado» [v. KG, Decisão de 10 de junho de 2020 – 24 U 164/19 (*juris* n.º 26); OLG Dresden, GRUR-RR 2023, 149 (*juris* n.º 26)].
- 30 No entender desta Secção, as disposições de direito público referidas na resposta ao recurso de «Revision», que têm em conta o facto de os residentes de uma instituição de acolhimento necessitarem especialmente de proteção e de assistência, também não têm qualquer incidência sobre a qualificação, em matéria de direitos de autor, da retransmissão por cabo destinada a proporcionar aos residentes a receção de radiodifusão. Neste contexto, a resposta ao recurso de «Revision» baseia-se na regulamentação federal contida na Heimgesetz (lei dos lares), que, de acordo com o seu § 2, n.º 1, ponto 1, visa proteger a dignidade, os interesses e as necessidades dos residentes dos lares de idosos e que, no seu § 10, prevê a formação de um conselho consultivo dos lares de idosos para representar os seus interesses. Além disso, a resposta ao recurso de «Revision» remete para a Landesgesetz über Wohnformen und Teilhabe da Renânia-Palatinado (lei estadual relativa aos tipos de alojamento e participação, LWTG RP), que, em conformidade com o seu § 1, n.º 1, visa proteger, respeitar e apoiar as pessoas idosas, as pessoas maiores de idade com deficiência e as pessoas maiores de idade que necessitam de cuidados e que, no seu § 1, n.º 1, ponto 4, determina que a participação na vida em sociedade e a participação na instituição em que vivem destes grupos-alvo devem ser reforçadas.

- 31 3. No que diz respeito aos restantes requisitos exigidos pelo Tribunal de Justiça da União Europeia para uma comunicação ao público na aceção do n.º 1 do artigo 3.º da Diretiva 2001/29/CE, é necessário esclarecer se a definição anteriormente utilizada pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, segundo a qual a qualificação como «comunicação ao público», à luz do n.º 1 do artigo 3.º da Diretiva 2001/29/CE, exige que «a comunicação da obra protegida seja efetuada segundo uma técnica específica, diferente das utilizadas até então ou, na falta deste elemento, junto de um “público novo”, isto é, um público que não tenha sido tomado em consideração pelo titular do direito de autor quando autorizou a comunicação inicial da sua obra ao público», continua a ser de aplicabilidade geral, ou se a técnica utilizada só é relevante nos casos em que se procede à retransmissão de conteúdos inicialmente recebidos por via terrestre, por satélite ou por cabo para a Internet aberta (questão prejudicial 2).
- 32 a) Para ser qualificada de «comunicação ao público» é ainda necessário, segundo o Tribunal de Justiça da União Europeia, que a comunicação da obra protegida seja efetuada segundo uma técnica específica, diferente das utilizadas até então ou, na falta deste elemento, junto de um «público novo», isto é, um público que não tenha sido tomado em consideração pelo titular do direito de autor quando autorizou a comunicação inicial da sua obra ao público [TJUE, Acórdão de 7 de agosto de 2018 – C-161/17, GRUR 2018, 911 (*juris* 4) = WRP 2018, 1052 – Land Nordrhein-Westfalen/Renckhoff, e jurisprudência aí referida]. Se a comunicação subsequente for realizada através de uma técnica específica diferente da da comunicação original, não é necessário examinar se a obra é comunicada a um público novo; nesse caso, a comunicação requer automaticamente a autorização do autor [v. TJUE, Acórdão de 7 de março de 2013 – C-607/11, GRUR 2013, 500 (*juris* n.ºs 24 a 26) = WRP 2013 18 ITV Broadcasting/TVC; despacho de 21 de outubro de 2014 – C-348/13, GRUR 2014, 1196 (*juris* n.º 14) = WRP 2014, 1441 – BestWater International].
- 33 No entanto, o Tribunal de Justiça da União Europeia não considerou sujeita a autorização a transmissão simultânea, completa e não modificada de emissões radiodifundidas do organismo nacional de radiodifusão por meio de cabos situados no território nacional, independentemente da técnica ser diferente da utilizada na transmissão radiodifundida original, uma vez que não estava em causa um «público novo» [TJUE, Acórdão de 16 de março de 2017 – C-138/16, GRUR 2017, 510 (*juris* n.ºs 26 a 30) = WRP 2017, 682 – AKM]. Segundo uma declaração do relator do Acórdão «AKM», o denominado aspeto «técnico» não é aplicável no caso em apreço (Malenovský, *Medien und Recht* 3/18 – Suplemento, pp. 14, 17 e segs.).
- 34 Do mesmo modo, no âmbito da análise de uma comunicação ao público dirigida a hóspedes de hotéis [TJUE, Acórdão de 7 de dezembro de 2006 – C-306/05, Colet., 2006, I-11519 = GRUR 2007, 225 (*juris* n.ºs 37 a 47) – SGAE/Rafael] e a clientes de estabelecimentos de restauração [TJUE, Acórdão de 4 de outubro de 2011 – C-403/08 e C-429/08, Colet., 2011, I-09083 = GRUR 2012, 156 (*juris* n.ºs 197 a 199) – Football Association Premier League e Murphy], bem como a

- pacientes em estabelecimentos termais [TJUE, Acórdão de 27 de fevereiro de 2014 – C-351/12, GRUR 2014, 473 (*juris* n.ºs 27 a 33) =WRP 2014, 418 OSA/Léčebné lázně] e em centros de reabilitação [TJUE, GRUR 2016, 684 (*juris* n.ºs 57 a 62) – Reha Training/GEMA], o Tribunal de Justiça da União Europeia limitou-se a examinar o critério relativo ao «público novo» sem ter em conta a técnica.
- 35 b) No caso em apreço, está em causa uma técnica específica na aceção da jurisprudência do Tribunal de Justiça, uma vez que, segundo as conclusões do Berufungsgericht, a demandada recebe os programas de radiodifusão através de um sistema de receção direta por satélite e difunde-os na sua rede por cabo [v. TJUE, GRUR 2013, 500 (*juris* n.º 26) – ITV Broadcasting/TVC; GRUR2017, 510 (*juris* n.º 26) – AKM]. No entanto, em conformidade com o Acórdão «AKM», o aspeto técnico poderia ser irrelevante se o papel do retransmissor se limitasse a uma simples retransmissão simultânea, completa e inalterada do sinal terrestre por cabo (v. Malenovský, *Medien und Recht* 3/18 – Suplemento, pp. 14, 17 e segs.). Segundo uma interpretação defendida pela doutrina, a técnica específica apenas justifica a presunção de uma comunicação ao público nos casos em que a retransmissão de conteúdos inicialmente recebidos por via terrestre, por satélite ou por cabo é efetuada para a Internet aberta, uma vez que só as utilizações em linha constituem formas de retransmissão sujeitas sempre a uma autorização específica (v. Peukert, ZUM 2017, pp. 881,887 a 890 [alínea e]).
- 36 4. Por último, no que diz respeito aos requisitos adicionais exigidos pelo Tribunal de Justiça da União Europeia para uma comunicação ao público na aceção do artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 2001/29/CE, é necessário clarificar se constitui um «público novo», na aceção da definição de «comunicação ao público» constante do n.º 1 do artigo 3.º da Diretiva 2001/29/CE, o facto de o operador de uma casa de repouso, com fins lucrativos, retransmitir por cabo de forma simultânea, inalterada e integral programas de radiodifusão recebidos através do seu próprio sistema de receção direta por satélite, para as ligações de televisão e de rádio existentes nos quartos dos residentes. Neste contexto, coloca-se ainda a questão de saber se, para efeitos desta apreciação, é relevante o facto de os residentes terem a possibilidade de receber os programas de televisão e de rádio por via terrestre nos seus quartos, independentemente da transmissão por cabo, e se os titulares dos direitos já recebem uma remuneração pelo consentimento dado para a emissão de origem (questão prejudicial 3).
- 37 a) Em conformidade com a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, um «público novo», na aceção da definição de comunicação ao público prevista ao abrigo do artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 2001/29/CE, é um público que não tenha sido tomado em consideração pelo titular do direito de autor quando autorizou a comunicação inicial da sua obra ao público [TJUE, GRUR 2018, 911 (*juris* n.º 24) – Land Nordrhein-Westfalen/Renckhoff, e jurisprudência aí referida]. No entender do Tribunal de Justiça, um autor que autoriza a radiodifusão da sua obra, em princípio, apenas toma em consideração como público os detentores de aparelhos de receção que, individualmente ou na sua

esfera privada ou familiar, captam as emissões. O detentor de um aparelho de receção que – tal como o operador do hotel ou o proprietário do estabelecimento de restauração nos processos submetidos à apreciação do Tribunal de Justiça – permite que uma fração nova do público desfrute da audição ou da visão da obra, comunica a obra a um novo público [v. TJUE, GRUR 2007, 225 (*juris* n.ºs 41 e seg.) SGAE/Rafael; GRUR 2012, 156 n.ºs 197 a 199 – Football Association Premier League e Murphy; v., igualmente, BGH, Acórdão de 16 de agosto de 2012 I ZR 44/10, GRUR 2012, 1136 (*juris* n.º 18) = WRP 2012,1402 – Cabo de banda larga].

- 38 O Tribunal de Justiça da União Europeia declarou ainda que o carácter comercial da difusão de uma obra protegida não é determinante para a qualificação dessa difusão como «comunicação ao público» [v. TJUE, GRUR 2013, 500 (*juris* n.º 43) – ITV Broadcasting/TVC], sendo que também não é irrelevante, nomeadamente para determinar a eventual remuneração por essa difusão [v. TJUE, GRUR 2012, 156 (*juris* n.º 204) – Football Association Premier League e Murphy; GRUR 2016, 684 (*juris* n.º 49) – Reha Training/GEMA].
- 39 b) No caso em apreço, importa, portanto, esclarecer se os residentes da casa de repouso explorada pela demandada constituem um «público novo» pelo facto de receberem os programas de televisão e de rádio nos seus quartos, ou seja, sozinhos ou num círculo privado ou familiar, e de a demandada, que é um organismo de radiodifusão diferente do organismo de radiodifusão original, colocar os sinais de radiodifusão à disposição dos residentes no âmbito da exploração da casa de repouso com fins lucrativos.
- 40 No entender desta Secção, a questão de saber se os residentes da casa de repouso recebem os programas nos seus quartos sozinhos ou num círculo privado ou familiar, na aceção da jurisprudência do Tribunal de Justiça, coloca-se mesmo que os residentes das casas de repouso não pertençam a um grupo privado na aceção da jurisprudência do Tribunal de Justiça (v., *supra*, n.ºs 19 e segs.).
- 41 Uma vez que a demandada alegou que os residentes têm a possibilidade de receber os programas de televisão e de rádio por via terrestre nos seus quartos, independentemente da retransmissão por cabo, é ainda necessário esclarecer se esta circunstância tem influência na apreciação jurídica, dado que poderão ser exigidas conclusões a este respeito.
- 42 É igualmente necessário esclarecer se é relevante para efeitos desta apreciação o facto de os titulares dos direitos já receberem uma remuneração pelo consentimento da emissão original. Tal aplica-se aos titulares de direitos que recebem uma remuneração dos organismos de radiodifusão de origem pela licença de radiodifusão (v. Loewenheim/Flechsig, Handbuch des Urheberrechts, 3.<sup>a</sup> ed., § 47, n.º 31), mas não aos organismos de radiodifusão que efetuam eles próprios a emissão original, para cujos direitos conexos os Estados-Membros podem prever uma proteção mais ampla no que diz respeito à radiodifusão e à comunicação ao público, em conformidade com o considerando 16 da Diretiva 2006/115/CE. A

este respeito, ao analisar a existência de um «público novo», no caso de titulares de direitos que já recebem remuneração pela emissão original, é mais provável que os residentes da casa de repouso pertençam ao público que os titulares de direitos tomaram em consideração quando autorizaram a publicação, ao contrário do que acontece com os organismos de radiodifusão que ainda não receberam qualquer remuneração pela emissão original e que, em caso de uma retransmissão com fins lucrativos por outra empresa, podem ter um «público novo».

[OMISSIS]

DOCUMENTO DE TRABALHO