

CONCLUSÕES DA ADVOGADA-GERAL
CHRISTINE STIX-HACKL
de 8 de Junho de 2004¹

I — Observações introdutórias

II — Enquadramento jurídico

A — Direito comunitário

2. O artigo 1.º da directiva contém disposições sobre o âmbito de aplicação da directiva. Dispõe, designadamente, o seguinte:

1. O presente pedido prejudicial é um de quatro processos² paralelos que dizem respeito à interpretação da Directiva 96/9/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Março de 1996, relativa à protecção jurídica das bases de dados³ (a seguir «directiva»). Todos os processos têm como objecto o designado direito *sui generis* e o seu alcance no domínio das apostas desportivas.

«1. A presente directiva diz respeito à protecção jurídica das bases de dados, seja qual for a forma de que estas se revistam.

2. Para efeitos da presente directiva, entende-se por ‘base de dados’ uma colectânea de obras, dados ou outros elementos independentes, dispostos de modo sistemático ou metódico e susceptíveis de acesso individual por meios electrónicos ou outros.»

1 — Língua original: alemão.

2 — São também os processos C-46/02, C-203/02 e C-338/02, cujas conclusões irei igualmente apresentar hoje (acórdãos de 9 de Novembro de 2004, Colect., p. I-10365, p. I-10415, p. I-10497).

3 — JO L 77, p. 20.

3. O capítulo III regula, nos artigos 7.º a 11.º, o direito *sui generis*. O artigo 7.º, que regula o objecto da protecção, determina designadamente o seguinte:

de uma cópia de uma base de dados na Comunidade efectuada pelo titular do direito ou com o seu consentimento esgota o direito de controlar a revenda dessa cópia na Comunidade.

«1. Os Estados-Membros instituirão o direito de o fabricante de uma base de dados proibir a extracção e/ou a reutilização da totalidade ou de uma parte substancial, avaliada qualitativa ou quantitativamente, do conteúdo desta, quando a obtenção, verificação ou apresentação desse conteúdo representem um investimento substancial do ponto de vista qualitativo ou quantitativo.

O comodato público não constitui um acto de extracção ou de reutilização.

2. Para efeitos do presente capítulo, entende-se por:

3. O direito previsto no n.º 1 pode ser transferido, cedido ou objecto de licenças contratuais.

a) 'Extracção': a transferência permanente ou temporária da totalidade ou de uma parte substancial do conteúdo de uma base de dados para outro suporte, seja por que meio ou sob que forma for;

[...]

b) 'Reutilização': qualquer forma de pôr à disposição do público a totalidade ou uma parte substancial do conteúdo da base através da distribuição de cópias, aluguer, transmissão em linha ou sob qualquer outra forma. A primeira venda

5. Não serão permitidas a extracção e/ou reutilização [reiteradas] e sistemáticas de partes não substanciais do conteúdo da base de dados que pressuponham actos contrários à exploração normal dessa base, ou que possam causar um prejuízo injustificado aos legítimos interesses do fabricante da base.»

4. O artigo 8.º, que regula os direitos e obrigações dos utilizadores legítimos, estabelece, no n.º 1, o seguinte:

«1. O fabricante de uma base de dados posta à disposição do público, seja por que meio for, não pode impedir o utilizador legítimo dessa base de extrair e/ou reutilizar partes não substanciais do respectivo conteúdo, avaliadas qualitativa ou quantitativamente, para qualquer efeito. Se o utilizador legítimo estiver autorizado a extrair e/ou a reutilizar apenas uma parte da base de dados, o presente número é aplicável unicamente a essa parte.»

5. O artigo 9.º prevê que os Estados-Membros podem prever excepções ao direito *sui generis*.

6. O artigo 10.º, que regula o prazo de protecção, estabelece, no seu n.º 3:

«Qualquer modificação substancial, avaliada quantitativa ou qualitativamente, do conteúdo de uma base de dados, incluindo quaisquer modificações substanciais resultantes da acumulação de aditamentos, supressões ou alterações sucessivos que levem a considerar que se trata de um novo investimento substancial, avaliado qualitativa ou

quantitativamente, permitirá atribuir à base resultante desse investimento um período de protecção próprio.»

B — *Direito nacional*

7. A transposição da directiva para o direito grego foi feita pela Lei n.º 2819/00. De acordo com o artigo 7.º, secção B, da fundamentação desta lei «a necessidade de protecção das bases de dados resulta do facto de o fabrico de bases de dados implicar o investimento de importantes meios humanos, técnicos e financeiros, ao passo que podem ser extraídos ou reutilizados apenas por uma fracção dos custos necessários para o seu desenvolvimento autónomo.» Na secção E da fundamentação é conferido ao fabricante, além do direito de propriedade intelectual, um direito *sui generis* de protecção das bases de dados, a fim de se poder impedir a recolha e/ou reprodução ilícitas do conteúdo de uma base de dados.

III — *Matéria de facto e processo principal*

A — *Parte geral*

8. As entidades organizadoras dos jogos de futebol profissionais nos escalões de maior nível em Inglaterra são a «The Football Association Premier League Limited» e a

«The Football League Limited», bem como, na Escócia, a «The Scottish Football League». A Premier League e a Football League (com as primeira, segunda e terceira divisões) abrangem, em conjunto, quatro divisões. Antes de cada época de jogo é feito o calendário dos encontros a disputar em cada uma das divisões durante a época. Os dados são armazenados electronicamente e susceptíveis de acesso individual. O calendário dos jogos é apresentado, designadamente, sob a forma de folhetos impressos, mais precisamente por ordem cronológica, por um lado, e em função de cada equipa que jogue na divisão em causa, por outro. Os «pares» são indicados sob a forma X contra Y (por exemplo, Southampton contra Arsenal). Em cada época são realizados cerca de 2 000 encontros, repartidos ao longo de 41 semanas.

kon Agonon Pododfairou AE (a seguir «OPAP»). A sua fundamentação é de a de que a OPAP, ilegalmente e sem autorização das sociedades inglesa e escocesa, que fabricaram, publicaram e utilizavam os índices em causa dos jogos do campeonato de futebol planeados na Inglaterra e na Escócia, ter, reiteradamente, copiado um número elevado de pares de equipas de futebol que iam disputar jogos e de os ter colocado nos seus *sites* na Internet «Pame Stoichima», «Podosfairo Kathe Mera», «Chryso Podosfairo» e «Propo», que as divulga e as põe à disposição do público grego, assim violando o direito *sui generis* de protecção das sociedades representadas pela Fixtures. Invocando uma situação de urgência, estas pediram a adopção de medidas cautelares e, concretamente, a condenação da OPAP a abster-se de violar no futuro o direito da Fixtures sobre esses calendários com o calendário dos jogos do campeonato de futebol da Inglaterra e da Escócia, com a cominação do pagamento de sanções pecuniárias compulsórias por cada infracção, e na publicação da sentença, a expensas da ré, na imprensa diária de Atenas.

9. As entidades organizadoras dos jogos de futebol ingleses e escoceses incumbiram a sociedade escocesa Football Fixtures Limited de regular a utilização do calendário dos jogos através da concessão de licenças e por outras formas. Por seu turno, a Football Fixtures Limited cedeu os seus direitos de administração e de utilização fora do Reino Unido à Fixtures Marketing Limited (a seguir «Fixtures»).

IV — Questões prejudiciais

11. O Monomeles Protodikeio Athinon solicita ao Tribunal de Justiça que decida a título prejudicial sobre as seguintes questões:

B — Parte especial

10. A Fixtures propôs várias acções contra a sociedade anónima Organismos Prognosti-

- 1) Que se entende por base de dados e qual o âmbito de aplicação da Directiva 96/9/CE e, em especial, do artigo 7.º desta directiva, que se refere ao direito *sui generis* de protecção?

- 2) De acordo com a definição do âmbito de aplicação da directiva, os calendários dos jogos do campeonato de futebol estão protegidos como bases de dados, relativamente às quais o fabricante goza de um direito *sui generis* de protecção, e em que condições?
- 3) Como é precisamente violado o direito sobre as bases de dados; este direito é protegido em caso de alteração do conteúdo das bases de dados?
13. A *Comissão* limita-se a referir que as indicações do tribunal de reenvio não permitem a aplicação das disposições legais da directiva à concreta situação de facto. Relativamente à admissibilidade, a *Comissão* não expressa contudo qualquer dúvida.
14. Segundo jurisprudência constante, compete apenas aos órgãos jurisdicionais nacionais a quem o litígio é submetido, e que devem assumir a responsabilidade da decisão judicial a proferir, apreciar, face às particularidades de cada caso, tanto a necessidade de uma decisão prejudicial para estarem em condições de proferir a sua decisão como a pertinência das questões que colocam ao Tribunal. Se estas se referirem à interpretação do direito comunitário, o Tribunal é, em princípio, obrigado a decidir⁴.

V — Quanto à admissibilidade

12. Na opinião do *Governo finlandês*, a decisão de reenvio não preenche as condições fixadas na jurisprudência do Tribunal de Justiça relativamente à admissibilidade de questões prejudiciais. Faltam informações suficientes sobre a situação do direito nacional. Além do mais, a decisão de reenvio remete para o artigo 3.º da directiva, em vez de remeter para a disposição pertinente do artigo 7.º da mesma. Além disso, só existem indicações sobre a matéria de facto num resumo dos argumentos da *Fixtures*. Assim, não existe tal indicação por parte da OPAP. Acresce que não é esclarecida a ligação entre as disposições legais e a matéria de facto. As informações são tão insuficientes que o *Governo finlandês* não pode tomar uma posição detalhada.

15. O Tribunal de Justiça só pode recusar-se a decidir um pedido prejudicial apresentado por um tribunal nacional quando é manifesto que a interpretação do direito comunitário solicitada não tem qualquer relação com a realidade ou com o objecto do litígio no processo principal, quando o problema é hipotético ou ainda quando o Tribunal não dispõe dos elementos de facto e de direito

⁴ — Acórdãos de 22 de Maio de 2003, *Korhonen Oy* (C-18/01, *Colect.*, p. I-5321, n.º 19), de 22 de Janeiro de 2002, *Canal Satélite* (C-390/99, *Colect.*, p. I-607, n.º 18), e de 13 de Março de 2001, *PreussenElektra* (C-379/98, *Colect.*, p. I-2099, n.º 38).

necessários para responder utilmente às questões que lhe são colocadas⁵.

16. No presente caso não é evidente que as questões do tribunal de reenvio preencham qualquer destas condições. Por um lado, não pode partir-se do princípio de que a interpretação do direito comunitário solicitada não tem qualquer relação com a realidade ou com o objecto do litígio do processo principal, pois a decisão deste depende, designadamente, da interpretação do conceito de bases de dados constante do artigo 1.º da directiva. Por outro lado, o tribunal de reenvio forneceu — ainda que parcimoniosamente — ao Tribunal de Justiça todos os elementos necessários para responder utilmente às questões que lhe são colocadas.

17. De acordo com jurisprudência constante, a necessidade de obter uma interpretação do direito comunitário que seja útil ao órgão jurisdicional nacional exige que este defina o quadro factual e legal em que se inscrevem as questões que coloca ou que, pelo menos, explique as hipóteses factuais em que assentam essas questões⁶. Tendo em conta que a aplicação do direito ao caso concreto é uma competência do juiz nacional, os elementos de facto e de direito fornecidos são suficientes para colocar o Tribunal de Justiça numa situação que lhe permite responder às questões colocadas. A

decisão de reenvio contém até elementos que não constam da decisão de reenvio no processo paralelo C-46/02, não contestada pelo Governo finlandês, designadamente referentes à relação entre a Fixtures e a Football Fixtures Limited. No que se refere à OPAP, os elementos relativos à sua actividade são suficientes.

18. Todavia, as informações fornecidas nas decisões de reenvio não devem apenas permitir ao Tribunal dar respostas úteis, mas devem também dar aos governos dos Estados-Membros e às outras partes interessadas a possibilidade de apresentarem as suas observações em conformidade com o artigo 23.º do Estatuto do Tribunal de Justiça. Cabe ao Tribunal de Justiça velar por que esta possibilidade seja salvaguarda, tendo em conta o facto de que, nos termos da disposição referida, apenas as decisões de reenvio são notificadas às partes interessadas⁷.

19. Das numerosas observações apresentadas — aliás também pelo Governo finlandês — em conformidade com o artigo 23.º do Estatuto do Tribunal de Justiça resulta que os elementos constantes da decisão de reenvio permitiram tomar posição de forma útil sobre as questões apresentadas ao Tribunal de Justiça.

5 — Acórdãos de 8 de Maio de 2003, Agrargenossenschaft Alkersleben (C-268/01, Colect., p. I-4353, n.º 46), e de 13 de Março de 2001, C-379/98 (já citado na nota 4), n.º 39.

6 — Acórdão de 11 de Setembro de 2003, Altair Chimica (C-207/01, Colect., p. I-8875, n.º 24), e de 21 de Setembro de 1999, Brentjens (C-115/97 a C-117/97, Colect., p. I-6025, n.º 38).

7 — Acórdão de 11 de Setembro de 2003, C-207/01 (já citado na nota 6), n.º 25; despachos de 30 de Abril de 1998, Testa e Modesti (C-128/97 e C-137/97, Colect., p. I-2181, n.º 6), e de 11 Maio de 1999, Anssens (C-325/98, Colect., p. I-2969, n.º 8).

20. Além disso, o Tribunal de Justiça considerou que é indispensável que o juiz nacional forneça um mínimo de explicações sobre os motivos da escolha das disposições comunitárias cuja interpretação pede e o nexo que faz entre estas disposições e a legislação nacional aplicável ao litígio ⁸.

21. Segundo jurisprudência do Tribunal de Justiça, é contudo suficiente que a matéria de facto descrita pelo tribunal do reenvio permita concluir pela probabilidade de que a matéria de facto do processo principal é abrangida pelas disposições cuja interpretação é solicitada. Pois o Tribunal de Justiça pode fornecer ao órgão nacional elementos de interpretação do direito comunitário úteis para a solução do litígio no processo principal e pode, portanto, ser levado a tomar em consideração normas de direito comunitário às quais o tribunal nacional não tenha feito referência no enunciado da sua questão ⁹.

22. Tendo em conta as considerações que precedem, as questões prejudiciais apresentadas pelo Monomeles Protodikeio Athinon são, em princípio, admissíveis.

23. Em alguns pontos, as questões prejudiciais não têm como objecto a interpretação do direito comunitário, ou seja, da directiva, mas antes a aplicação da directiva a uma situação concreta. No que diz respeito a este aspecto, importa seguir o entendimento da Comissão segundo o qual, no quadro de um pedido prejudicial nos termos do artigo 234.º CE, a aplicação a uma situação concreta não cabe na competência do Tribunal de Justiça, mas na do juiz nacional, e que, no presente processo, o Tribunal de Justiça se deve circunscrever à interpretação do direito comunitário.

24. Com efeito, segundo jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, no âmbito de um processo nos termos do artigo 234.º CE, baseado numa nítida separação das funções entre os órgãos jurisdicionais nacionais e o Tribunal de Justiça, toda e qualquer apreciação dos factos da causa se inscreve na competência do juiz nacional ¹⁰.

25. Por conseguinte, o Tribunal de Justiça não é competente para se pronunciar sobre a matéria de facto da causa ou para aplicar as disposições comunitárias por ele interpretadas às medidas ou factos nacionais, uma vez que, nesta matéria, o órgão jurisdicional nacional tem competência exclusiva. A

8 — Acórdão de 21 de Janeiro de 2003, Bacardi-Martini e Cellier des Dauphins (C-318/00, Colect., p. I-905, n.º 44), e despacho de 28 de Junho de 2000, Laguillaumie (C-116/00, Colect., p. I-4979, n.º 16).

9 — Acórdãos de 16 de Janeiro de 2003, Cípra e Kvasnicka (C-439/01, Colect., p. I-745, n.º 22), de 19 de Novembro de 2002, Strawson e Gagg & Sons (C-304/00, Colect., p. I-10737, n.º 57 e 58).

10 — Acórdãos de 15 de Novembro de 1979, Denkavit (36/79, Recueil, p. 3439, n.º 12); de 5 de Outubro de 1999, Lirussi e Bizzaro (C-175/98 e C-177/98, Colect., p. I-6881, n.º 37); de 22 de Junho de 2000, Fornasar e o. (C-318/98, Colect., p. I-4785, n.º 31), e de 16 de Outubro de 2003, Traunfelner (C-421/01, Colect., p. I-11941, n.º 21 e segs.).

apreciação dos antecedentes específicos no que respeita à base de dados em apreço na causa principal exige, por conseguinte, uma apreciação dos factos que se inscreve na competência do juiz nacional¹¹. Quanto ao restante, o Tribunal de Justiça é competente para responder às questões prejudiciais.

só são relevantes para a determinação do objecto do direito *sui generis* de protecção.

VI — Quanto ao mérito: apreciação

26. As questões prejudiciais colocadas pelo órgão jurisdicional de reenvio respeitam à interpretação de várias disposições da directiva, no essencial à interpretação de determinados conceitos. Os aspectos abordados por estas questões pertencem a vários domínios e devem ser classificados em conformidade. Enquanto algumas questões jurídicas dizem respeito ao âmbito de aplicação material da directiva, outras têm como objecto as condições de concessão do direito *sui generis* e o seu conteúdo.

28. A interpretação do conceito de «base de dados», na acepção do artigo 1.º, n.º 2, respeita a uma das principais condições de aplicação da directiva e, portanto, de todo o seu âmbito de aplicação material. Há que distinguir deste o âmbito de aplicação material do direito *sui generis*, ou seja, o «objecto da protecção» regulado no artigo 7.º da directiva. Embora esta disposição tenha por base a definição legal de «base de dados», estabelece, porém, uma série de condições suplementares quanto ao objecto do direito *sui generis*. Isto significa que nem todas as bases de dados na acepção do artigo 1.º, n.º 2, da directiva são simultaneamente objectos dignos de protecção nos termos do artigo 7.º da directiva.

A — Âmbito de aplicação material: conceito de «bases de dados» (primeira e segunda questões prejudiciais)

27. Várias partes no processo tomaram posição nos seus articulados sobre o conceito de «bases de dados», na acepção do artigo 1.º, n.º 2, da directiva, com base em critérios que

29. Esta diferenciação está igualmente presente nos considerandos da directiva. Assim, o décimo sétimo considerando diz respeito ao conceito de «base de dados» e o décimo nono considerando refere-se ao objecto do direito *sui generis*. É evidente que os exemplos indicados nestes considerandos não foram escolhidos de forma adequada para ilustrar o diferente significado: assim, o registo de determinadas obras artísticas, por exemplo, obras musicais, não é sequer considerada uma base de dados, ao passo que a combinação de vários registos musicais não é incluída entre os objectos protegidos. Esta última situação decorre porém, desde logo, do facto de, neste caso, não estar sequer em causa uma base de dados.

¹¹ — V. acórdão de 4 de Dezembro de 2003, EVN (C-448/01, Colect., p. I-14527, n.º 59).

30. O preenchimento das características substanciais de uma «base de dados» constitui, portanto, uma condição necessária, mas não suficiente, do reconhecimento do direito *sui generis* referido no artigo 7.º

31. Um primeiro ponto de apoio para a interpretação do conceito de «base de dados» é constituído pelas regras de direito internacional público, que exercem uma função de orientação. Entre estas inclui-se, em primeira linha, o artigo 10.º, n.º 2, do Acordo sobre os aspectos dos direitos de propriedade intelectual relacionados com o comércio (Acordo TRIPs)¹², não obstante esta disposição não conter todos os critérios enumerados no artigo 1.º, n.º 2, da directiva. Além disso, importa ainda referir o artigo 2.º, n.º 5, da própria Convenção de Berna, na redacção em vigor. Ao invés, as regras de direito internacional público posteriores à directiva a interpretar não são susceptíveis de fornecer um critério útil. Este é nomeadamente o caso do artigo 5.º do WCT WIPO Copyright Treaty, cuja adopção apenas ocorreu em 1996. Como decorre dos trabalhos preparatórios, em especial dos documentos da Comissão, a principal orientação da directiva deve ser a Convenção de Berna, na redacção em vigor.

32. Uma interpretação à luz das referidas regras de direito internacional público não é, porém, frutuosa no que se refere à interpretação do conceito de base de dados, uma

vez que o artigo 1.º, n.º 2, da directiva contém uma definição legal, embora não muito precisa, que estabelece várias condições. O seu significado será, a seguir, esclarecido mais pormenorizadamente. No âmbito deste esclarecimento, importa, porém, ter em conta que, embora o Tribunal de Justiça deva fornecer ao juiz nacional indicações úteis para a resolução do litígio no processo principal, a aplicação das normas de direito comunitário interpretadas pelo Tribunal de Justiça ou das respectivas normas de transposição ao caso concreto continua a incumbir ao juiz nacional.

33. A formulação do artigo 1.º da directiva, que inclui várias regras aplicáveis às bases de dados, constitui, desde logo, um indício no sentido de uma interpretação em sentido amplo. Com efeito, como demonstra o seu artigo 1.º, n.º 1, a directiva é aplicável «às bases de dados, seja qual for a forma de que estas se revistam». O facto de o artigo 1.º, n.º 3, estabelecer uma excepção, nomeadamente em relação aos programas de computador, constitui também outro argumento a favor de uma interpretação em sentido amplo do conceito de «base de dados».

34. A favor de uma interpretação em sentido amplo é igualmente possível invocar a intenção do legislador comunitário, tal como se encontra expressa nos trabalhos preparatórios¹³.

12 — JO 1994, L 336, p. 214.

13 — Gaster, J.-L., *Der Rechtsschutz von Datenbanken*, 1999, n.º 58 e segs.

35. Essencial para a definição do conceito de «base de dados» é, porém, o preenchimento das três condições referidas no artigo 1.º, n.º 2.

36. Em primeiro lugar, deve tratar-se de «uma colectânea de obras, dados ou outros elementos *independentes*» (sublinhado meu). A questão de saber se, no processo principal, estão em causa dados ou elementos, não necessita de ser mais aprofundada. Com efeito, estão concretamente em causa ou dados, entendidos como séries de sinais representativos de factos, ou seja, comunicações elementares com um potencial teor informativo¹⁴, ou elementos que constituem unidades reconhecíveis.

37. Atendendo à imprecisão da directiva, não é, porém, necessário que esteja em causa um número considerável de dados ou elementos. Nem o Conselho nem a Comissão adoptaram a proposta do Parlamento neste sentido. Exigências de natureza quantitativa são previstas pela primeira vez na regulamentação relativa ao direito de protecção no artigo 7.º, n.º 1, da directiva, mais precisamente a que se refere a um «investimento substancial».

38. No presente processo, há, ao invés, que verificar se a condição relativa à independência dos dados ou elementos se encontra preenchida.

39. Este critério é entendido no sentido de que os dados ou elementos não podem estar ligados ou que, pelo menos, podem ser separados sem a perda do seu teor informativo¹⁵, motivo pelo qual os sons ou as imagens de um filme não se encontram abrangidos. Uma interpretação possível consiste em atender não apenas à interdependência recíproca dos elementos, mas à independência no seio de uma compilação¹⁶.

40. Em segundo lugar, a directiva apenas abrange as bases dispostas de modo sistemático ou metódico. No vigésimo primeiro considerando esclarece-se não ser necessário um armazenamento físico. Esta condição destina-se a excluir sequências de dados e a abranger apenas compilações ordenadas¹⁷, ou seja, dados organizados segundo determi-

14 — Krähn, J., *Der Rechtsschutz von elektronischen Datenbanken, unter besonderer Berücksichtigung des sui-generis-Rechts*, 2001, p. 7.

15 — Leistner, M., «The Legal Protection of Telephone Directories Relating to the New Database Maker's Right», *International Review of Industrial Property and Copyright Law* 2000, pp. 950, 956.

16 — Chalton, S., «The Copyright and Rights in Databases Regulations 1997: Some Outstanding Issues on Implementation of the Database Directive», *EIPR* 1998, pp. 178, 179.

17 — Leistner, M., *Der Rechtsschutz von Datenbanken im deutschen und europäischen Recht*, 2000, pp. 53 e segs.

nados critérios¹⁸. Neste âmbito, é suficiente a criação de uma estrutura de dados e que a organização apenas advenha da aplicação de um programa de busca¹⁹, ou seja, essencialmente através de uma selecção ou, eventualmente, de uma indexação. São abrangidas quer bases de dados estáticas quer bases de dados dinâmicas²⁰.

41. Em terceiro lugar, o artigo 1.º, n.º 2, da directiva exige que os «dados sejam susceptíveis de acesso individual por meios electrónicos ou outros». Por conseguinte, o mero armazenamento de dados não é incluído no conceito de «base de dados» na acepção do artigo 1.º, n.º 2, da directiva.

42. Face ao exposto, importa concluir que o conceito de «base de dados», previsto no artigo 1.º, n.º 2, deve ser interpretado em sentido amplo. Existem, porém, limitações que resultam das condições relativas ao objecto da protecção fixadas no artigo 7.º, n.º 1, da directiva.

18 — Von Lewinski, S., em Michel M. Valter (Hrsg.), *Europäisches Urheberrecht*, 2001, artigo 1.º da directiva relativa às bases de dados, n.º 20.

19 — M. H. Speyart, H., «De databank-richtlijn en haar gevolgen voor Nederland», *Informatierecht — AMI 1996*, pp. 151, 155.

20 — Von Lewinski (já referido na nota 18), artigo 1.º, n.º 6.

43. Alguns governos exprimem a opinião de que a selecção ou ordenação do conteúdo de bases de dados relativas a campeonatos desportivos não constituem uma operação intelectual autónoma. Sobre este ponto, convém recordar que a criatividade não é um elemento caracterizador das bases de dados, na acepção do artigo 1.º da directiva. Que a criatividade seja um elemento caracterizador é duvidoso até mesmo perante o objecto do direito *sui generis* de protecção. Que as bases de dados não sejam uma criação intelectual autónoma constitui mesmo o pressuposto essencial para que uma base de dados goze da protecção do direito de autor regulado no capítulo II da directiva (artigos 3.º e segs.). O artigo 7.º, n.º 4, da directiva determina que o direito *sui generis* de protecção é aplicável independentemente de o conteúdo da base de dados poder ser protegido pelo direito de autor.

44. O objecto do direito *sui generis* de protecção é diferente do do direito de autor. O objectivo deste direito de protecção criado de novo é, ao contrário do direito de autor, que protege a criação, a protecção do investimento²⁰. Existe por isso também uma diferença na perspectiva do titular do direito. Enquanto do direito *sui generis* de protecção protege o fabricante de uma base de dados, o direito de autor — como o próprio nome indica — é atribuído ao autor.

45. Alguns governos observaram nos seus articulados que a base de dados objecto do litígio não foi organizada de forma sistemática ou metódica, pois os pares são determinados por sorteio. Relativamente a este ponto, deve observar-se que o conteúdo da base de dados não se refere apenas a dados resultantes de um sorteio, mas inclui igualmente dados complementares, como local e data do encontro.

está assim em causa a protecção da criação, sendo desta forma também indirectamente protegido o seu custo, ou seja, o investimento²¹.

48. As condições fixadas no artigo 7.º da directiva acrescem às referidas no artigo 1.º, n.º 2. Nesta medida, a definição do objecto da protecção é mais restrita do que a de «base de dados» na acepção do artigo 1.º

B — *Objecto da protecção: pressupostos (primeira e segunda questões prejudiciais)*

46. A condição para que uma base de dados seja abrangida pelo direito *sui generis* previsto no artigo 7.º da directiva é que preencha as características substanciais previstas nesta norma. O presente processo tem como objecto a interpretação de alguns destes critérios.

47. Nesta matéria, importa referir a discussão jurídica em torno da questão de saber se este direito *sui generis* se destina a proteger a prestação, ou seja, fundamentalmente a actividade do fabricante de uma base de dados, ou o resultado que desta pode advir. A este respeito, importa concluir que a directiva protege as bases de dados e o seu conteúdo, mas não a informação nelas contida em si mesma. No fim de contas,

49. O novo direito *sui generis* criado pela directiva remonta ao calendário dos direitos nórdicos e à «geschriftenbescherming» neerlandesa. Esta origem não pode, porém, induzir a transpor para a directiva o entendimento desenvolvido na doutrina e na jurisprudência a respeito destes regimes anteriores. A directiva deve, pelo contrário, constituir a referência que preside à interpretação do direito nacional, o que é igualmente válido para os Estados-Membros em que já vigoravam disposições análogas no período anterior à directiva. Nestes Estados-Membros foi igualmente necessário adaptar as regras nacionais às prescrições da directiva.

21 — Grützmacher, M., *Urhber-, Leistungs- und Sui-generis-Schutz von Datenbanken*, 1999, p. 329; Koumantos, G., «Les bases de données dans la directive communautaire», *Revue internationale du droit d'auteur* 1997, pp. 79, 117. Há, porém, autores que consideram os investimentos como o objecto da protecção (neste sentido, von Lewinski, já referido na nota 18, artigo 7.º, n.º 3, e a doutrina citada por Grützmacher, p. 329, nota 14).

1) «Investimento substancial»

50. A expressão «investimento substancial», contida no artigo 7.º, n.º 1, da directiva, constitui um conceito fundamental para a definição do objecto do direito *sui generis*. Este elemento constitutivo da previsão normativa é precisado no sentido de que esta substancialidade tem de existir do «qualitativa ou quantitativamente». No entanto, a directiva não estabelece definições legais destas duas alternativas. Na doutrina propugna-se que o Tribunal de Justiça esclareça esta questão. Esta posição é fortemente legítima, visto que constitui a única forma de garantir uma interpretação comunitária autónoma e uniforme. De facto, não é possível ignorar que a aplicação dos critérios de interpretação é finalmente deixada aos órgãos jurisdicionais nacionais, o que em si mesmo comporta o risco de uma aplicação divergente.

51. Como decorre, desde logo, da formulação do artigo 7.º, n.º 1, da directiva, o conceito de «investimento substancial» deve ser entendido em termos relativos. Nos termos da exposição de motivos da posição comum em que esta disposição colheu a sua redacção definitiva, deverão ser protegidos os investimentos feitos para investigar e reunir o conteúdo de uma base de dados²².

52. Os investimentos devem, assim, dizer respeito a determinadas práticas associadas à criação de uma base de dados. O artigo 7.º enumera taxativamente, a este propósito, as três práticas seguintes: a obtenção, a verificação ou a apresentação do conteúdo de uma base de dados. Uma vez que estes elementos constitutivos da previsão normativa constituem o objecto de outra questão prejudicial, o seu significado não será apreciado neste lugar.

53. A natureza dos investimentos abrangidos resulta do quadragésimo considerando, cuja última frase dispõe: «[...] esse investimento pode consistir na utilização de meios financeiros e/ou de ocupação do tempo, de esforços e de energia». De acordo com o sétimo considerando estão em causa investimentos de recursos humanos, técnicos e financeiros consideráveis.

54. Além disso, o conceito «substancial» (também) deve ser entendido em termos relativos, mais precisamente, em relação aos custos e à amortização²³, por um lado, e à extensão, à natureza e ao conteúdo da base de dados, bem como ao sector a que pertence, por outro²⁴.

22 — Posição comum (CE) n.º 20/95, adoptada pelo Conselho em 10 de Julho de 1995, n.º 14.

23 — Von Lewinski (já referido na nota 18), artigo 7.º, n.º 9.

24 — Koumantos (já referido na nota 21), p. 119.

55. Assim, não são apenas protegidos os investimentos com um valor elevado em termos absolutos²⁵. Não obstante, o critério «substancial» não pode ser entendido em termos exclusivamente relativos. Como uma espécie de regime *de minimis*, a directiva exige igualmente, no que se refere aos investimentos dignos de protecção, um limite mínimo absoluto²⁶. Este limite decorre do décimo nono considerando, segundo o qual o investimento deve ser «suficientemente avultado»²⁷. Este limite deve, porém, ser fixado em termos bastante baixos, o que é, em primeiro lugar, indiciado pelo quinquagésimo considerando²⁸, o qual não dá uma ideia mais precisa do valor em causa. Em segundo lugar, o facto de a directiva dever conduzir a uma harmonização de diferentes sistemas constitui, de igual modo, uma indicação neste sentido. Em terceiro lugar, um limite mínimo demasiado elevado iria enfraquecer a função da directiva, nomeadamente a de fomentar os investimentos.

56. Nas suas observações escritas, vários intervenientes adoptaram a designada «teoria spin-off», nos termos da qual os produtos derivados não são abrangidos pelo direito de protecção. Apenas podem ser obtidas receitas que conduzam à amortização dos investimentos. Estes intervenientes salientaram que a base de dados controvertida é necessária à planificação dos desafios desportivos, ou seja, é criada com este objectivo. O

investimento tem em vista a planificação dos desafios e não, ou não exclusivamente, a criação da base de dados. O investimento teria, em qualquer caso, sido realizado também pelo facto de esta planificação ser obrigatória. A base de dados apenas constitui, por conseguinte, um produto derivado de outro mercado.

57. No presente processo, importa esclarecer se e de que forma é que a designada «teoria spin-off» pode ter relevância para a interpretação da directiva, em especial do direito *sui generis*. No que se refere às reservas apresentadas neste processo quanto à protecção de bases de dados que constituem meros produtos derivados, afigura-se necessária uma desmistificação da «teoria spin-off». Esta teoria remonta, independentemente da sua origem nacional, por um lado, ao objectivo que decorre dos décimo ao décimo segundo considerandos da directiva, nomeadamente o de fomentar os investimentos através do aperfeiçoamento da protecção dos mesmos. No entanto, assenta ainda na ideia de que os investimentos devem ser amortizados mediante as receitas da actividade principal. A «teoria spin-off» está ainda associada ao facto de a directiva apenas proteger os investimentos que sejam, nomeadamente, necessários à obtenção do conteúdo de uma base de dados²⁹. Todos estes argumentos têm o seu valor e devem

25 — Von Lewinski (já referido na nota 18), artigo 7.º, n.º 11.

26 — Krähn (já referido na nota 14), pp. 138 e segs.; Leistner (já referido na nota 15), p. 958.

27 — W. G. Karnell, G., «The European Sui Generis Protection of Data Bases», *Journal of the Copyright Society of the U.S.A.*, 2002, p. 994.

28 — Van Manen, J., «Substantial investments», em *Allied and in friendship: for Teartse Schaper*, 2002, pp. 123, 125.

29 — V. com mais informações, Bernt Hugenholtz, P., «De spin-off theorie uitgesponnen», *Tidschrift voor auteurs-, media- & informatierecht* 2002, pp. 161 e segs.

ser considerados no âmbito da interpretação da directiva, o que não pode, porém, conduzir a uma exclusão de qualquer efeito «spin-off» apenas com base na invocação de uma teoria. O que é decisivo para a interpretação da directiva são e continuam a ser as suas disposições.

58. Na resolução do problema jurídico em apreço importa questionar, a título liminar, se a concessão de protecção a uma base de dados está subordinada à intenção do fabricante ou à finalidade da base de dados, quando estas não coincidam. A resposta a esta questão pode limitar-se à referência de que a directiva não alude à finalidade da base de dados nem no artigo 1.º nem no artigo 7.º. Caso o legislador comunitário pretendesse impor esta condição, tê-lo-ia seguramente feito. Com efeito, tanto o artigo 1.º como o artigo 7.º demonstram que o legislador comunitário pretendia efectivamente fixar uma série de condições. Por conseguinte, a finalidade da base de dados não constitui um critério à luz do qual deva ser apreciada a necessidade de protecção de uma base de dados. As condições previstas no artigo 7.º é que são decisivas. O quadragésimo segundo considerado, que foi invocado por alguns intervenientes, também não altera em nada esta conclusão. Em primeiro lugar, este diz respeito ao alcance do direito *sui generis* e, em segundo lugar, visa igualmente impedir que o investimento seja prejudicado.

59. Nos restantes considerandos da directiva que se referem aos investimentos e cuja relevância é salientada, como o décimo segundo, o décimo nono e o quadragésimo

considerandos, não existe qualquer referência no sentido de que a protecção de uma base de dados depende da sua finalidade.

60. Na prática, é igualmente possível que existam fabricantes que prossigam várias finalidades através de uma base de dados. Também pode suceder que os investimentos feitos não sejam reconduzidos a uma determinada finalidade específica ou que não possam ser autonomizados. Em tal variedade de situações, o critério da finalidade de uma base de dados não fornece uma solução unívoca. Ou o investimento é protegido independentemente de uma outra finalidade ou fica inteiramente desprotegido por força de outra finalidade. Em consequência, o critério da finalidade acaba por ser ou impraticável ou incompatível com o objectivo da directiva. Com efeito, a exclusão da protecção das bases de dados que possuem diversas finalidades é contrária ao objectivo de fomentar os investimentos. Os investimentos em bases de dados multifuncionais seriam assim fortemente prejudicados.

61. A base de dados em causa no processo principal constitui um exemplo de que a criação de uma base de dados também pode ter como finalidade a planificação dos eventos. A exigência da constituição de uma base de dados específica, possivelmente idêntica, para cada finalidade, seria contrária

a considerações básicas de natureza económica e não pode ser imputada à directiva.

«obtenção», «verificação» ou «apresentação» do conteúdo de uma base de dados.

62. A apreciação da questão de saber se no processo principal está em causa um investimento substancial diz respeito à aplicação dos referidos critérios a uma situação concreta. De acordo com a repartição de competências no âmbito de um processo de reenvio prejudicial estabelecida no artigo 234.º CE, esta é da competência do juiz nacional. No quadro da avaliação dos investimentos efectuados na base de dados devem, em qualquer caso, ser incluídas as circunstâncias a ter conta na planificação dos eventos, como a atractividade do jogo para os espectadores, os interesses dos organizadores de apostas, a comercialização realizada pelos clubes, outros acontecimentos locais na data fixada, a adequada repartição geográfica dos jogos e a prevenção de problemas de ordem pública. Por último, a apreciação deve igualmente incidir sobre o número de jogos. O ónus da prova dos investimentos realizados incumbe a quem invoca o direito *sui generis*.

64. Há que ter em conta a finalidade da protecção do direito *sui generis*, nomeadamente a protecção da constituição de uma base de dados. Em consequência, a constituição pode ser vista como o conceito genérico³⁰ da obtenção, verificação e apresentação.

65. O processo principal tem como objecto um problema jurídico muito discutido, nomeadamente o de saber se e (em caso afirmativo sob que condições) em que medida é que a directiva protege não apenas dados já existentes como também dados criados *ex novo* pelo fabricante. Caso a obtenção apenas diga respeito a dados já existentes, a protecção dos investimentos limita-se à obtenção destes dados. Na hipótese de a obtenção ser entendida neste sentido, a protecção da base de dados em causa no processo principal está subordinada à existência de uma obtenção de dados já existentes.

2) «Obtenção» na acepção do artigo 7.º, n.º 1, da directiva

63. No presente processo é controvertida a existência de uma «obtenção» na acepção do artigo 7.º, n.º 1, da directiva. Com efeito, esta directiva apenas protege os investimentos na

66. No entanto, caso seja adoptado o conceito genérico de constituição, ou seja, da

30 — Guglielmetti, G., «La tutela delle banche dati con diritti *sui generis* nella direttiva 96/9/CE», *Contratto e impresa. Europa*, 1997, pp. 177, 184.

inserção de conteúdo na base de dados³¹, são abrangidos tanto dados já existentes como dados criados *ex novo*³².

67. Este problema é susceptível de ser esclarecido através da comparação do conceito de «obtenção» utilizado no artigo 7.º, n.º 1, com as práticas enumeradas no trigésimo nono considerando da directiva. Contudo, importa referir a título liminar a existência de divergências entre as várias versões linguísticas.

68. Partindo do termo de «obtenção» [«Beschaffung»] utilizado na versão alemã do artigo 7.º, n.º 1, apenas podem estar em causa dados já existentes, visto que apenas é possível obter algo que já tem existência. Neste sentido, a obtenção [«Beschaffung»] constitui exactamente o contrário da criação [«Erschaffung»]. Chega-se à mesma conclusão através da interpretação da redacção das versões portuguesa, francesa, espanhola e inglesa, que provêm da palavra latina «obtenere», ou seja, receber. As versões finlandesa e dinamarquesa também sugerem uma interpretação restrita. A interpretação em sentido amplo das versões alemã e inglesa adoptada por alguns intervenientes baseia-se, por conseguinte, num erro.

69. Outros indícios a favor de uma interpretação correcta da expressão «obtenção» na acepção do artigo 7.º, n.º 1, da directiva são fornecidos pelo trigésimo nono considerando, que constitui o primeiro considerando que versa sobre o objecto do direito *sui generis*. No que se refere aos investimentos protegidos, este considerando apenas enumera dois tipos de práticas, nomeadamente a de «obter» e a de «coligir» o conteúdo. Esta questão também dá, porém, origem a problemas atendendo às divergências entre as diversas versões linguísticas. Na maioria das versões, é utilizado para a actividade enumerada em primeiro lugar o mesmo termo do artigo 7.º, n.º 1. Além disso, não obstante os termos utilizados não descreverem sempre a mesma actividade, dizem respeito, no essencial, à procura e à compilação do conteúdo de uma base de dados.

70. As versões linguísticas que empregam, no trigésimo nono considerando, dois termos distintos do utilizado no artigo 7.º, n.º 1, da directiva devem ser interpretadas no sentido de que as duas práticas referidas devem ser consideradas subespécies da obtenção referida no artigo 7.º, n.º 1, da directiva. Coloca-se assim naturalmente a questão de saber por que razão o trigésimo nono considerando apenas concretiza o conceito de obtenção, mas não o de verificação e o de apresentação. Os dois últimos apenas surgem no quadragésimo considerando.

31 — Calame, A. E., *Der rechtliche Schutz von Datenbanken unter besonderer Berücksichtigung des Rechts der Europäischen Gemeinschaften*, 2002, p. 115, nota 554.

32 — Grützmacher (já referido na nota 21), pp. 330 e segs.; Leistner (já referido na nota 17), p. 152.

71. As versões linguísticas que utilizam o mesmo conceito no trigésimo nono considerando e no artigo 7.º, n.º 1, da directiva devem, ao invés, ser interpretadas no sentido de que o conceito de obtenção no trigésimo nono considerando deve ser entendido em sentido mais restrito, ao passo que o conceito utilizado no artigo 7.º, n.º 1, da directiva deve ser entendido em sentido amplo, ou seja, também abrange a outra actividade prevista no trigésimo nono considerando.

protecção é igualmente possível quando a obtenção é, em primeiro lugar, realizada com vista a uma actividade diferente da constituição de uma base de dados. De facto, a directiva confere igualmente protecção à obtenção de dados quando esta obtenção não é efectuada com vista à constituição de uma base de dados³⁶. Isto constitui igualmente um argumento para incluir uma base de dados externa, que resulte de uma base de dados interna no âmbito da protecção.

72. Todas as versões linguísticas admitem assim uma interpretação no sentido de que a «obtenção» na acepção do artigo 7.º, n.º 1, da directiva não compreende efectivamente a mera aquisição de dados, nomeadamente a criação de dados³³, ou seja, a fase preparatória³⁴. No entanto, quando a criação dos dados coincide com a sua recolha e selecção, a directiva passa a conferir protecção.

74. Atendendo à interpretação do conceito de «obtenção» acima concebida, cabe ao juiz nacional apreciar as práticas da Fixtures. Esta apreciação consiste, em primeira linha, em qualificar os dados e o tratamento dos mesmos, desde a sua obtenção até à sua introdução na base de dados controvertida. Importa apreciar a forma como é elaborado o calendário dos encontros, ou seja, a compilação dos nomes das equipas e a articulação dos pares com o lugar e a data de cada jogo. No sentido de que no presente processo estão em causa dados já existentes, é possível invocar que a planificação dos encontros constitui o resultado de um acordo entre diversos intervenientes, em especial organismos policiais, clubes e associações de fãs. Do facto de os dados serem criados com um objectivo diferente de constituir a base de dados, facto que é invocado por alguns intervenientes, afigura-se igualmente possível concluir que estão em causa dados já existentes.

73. Nesta matéria, é pertinente lembrar que a designada «teoria spin-off» não pode ser perflhada. Por conseguinte, o objectivo com o qual é obtido o conteúdo de uma base de dados não pode igualmente revestir qualquer relevância³⁵. Isso significa, porém, que a

33 — Leistner (já referido na nota 17), p. 152.

34 — Guglielmetti (já referido na nota 30), p. 184, Karnell (já referido na nota 27), p. 993.

35 — Sobre as opiniões defendidas v. Hugenholtz (já referido na nota 29), pp. 161, 164, nota 19.

36 — Von Lewinski (já referido na nota 18), artigo 7.º, n.º 5.

75. Mas mesmo que as práticas *sub judice* sejam qualificadas como uma criação de novos dados, pode estar em causa uma «obtenção» na acepção do artigo 7.º, n.º 1, da directiva. Este caso verifica-se quando a obtenção dos dados ocorre em simultâneo com o seu tratamento e não possa ser autonomizada deste.

3) «Verificação» na acepção do artigo 7.º, n.º 1, da directiva

76. A utilidade da base de dados para a realização das competições e para o seu aproveitamento económico exige uma verificação constante do conteúdo da base de dados controvertida. Decorre dos autos que existe um controlo permanente da exactidão da base de dados. Quando deste controlo resulta a necessidade de alterações, são efectuadas as correspondentes adaptações.

77. O facto de algumas destas adaptações não constituírem uma verificação do conteúdo da base de dados não é relevante. Para que esteja em causa um objecto sujeito ao direito *sui generis* apenas é necessário que algumas das práticas realizadas sejam qualificadas como uma verificação nos termos do artigo 7.º, n.º 1, da directiva, e que os investimentos substanciais também correspondam, pelo menos, a parte das práticas abrangidas pelo artigo 7.º

4) «Apresentação» na acepção do artigo 7.º, n.º 1, da directiva

78. O objecto do direito *sui generis* compreende, além da «obtenção» e da «verificação» do conteúdo de uma base de dados, também a sua «apresentação». Esta abrange não apenas a apresentação para os utilizadores de uma base de dados, portanto, o modelo exterior, mas também o modelo da concepção, nomeadamente a estruturação do conteúdo. Para melhor preparação dos dados é, em regra, utilizado um sistema de indexação e um *thesaurus*. Como decorre do vigésimo considerando, os elementos respeitantes à consulta podem igualmente beneficiar da protecção da directiva³⁷.

C — Conteúdo do direito de protecção

79. Em primeiro lugar, há que recordar que a instituição do direito *sui generis* não visava, entendida em termos precisos, aproximar as legislações, pretendendo-se, ao invés, criar um novo direito³⁸. Este direito é mais abrangente do que os actuais direitos de

37 — Calame (já referido na nota 31), p. 116.

38 — Posição comum (CE) n.º 20/95 (já referida na nota 23), n.º 14.

distribuição e de reprodução, o que deve igualmente ser tido em conta na interpretação das práticas proibidas. Por conseguinte, as definições legais constantes do artigo 7.º, n.º 2, da directiva assumem uma especial relevância.

proibidas. Práticas passíveis de ser proibidas e, por conseguinte, proibidas são, em primeiro lugar, a extracção e, em segundo lugar, a reutilização. O artigo 7.º, n.º 2, da directiva contém as definições legais dos conceitos de «extracção» e «reutilização».

80. O artigo 7.º da directiva contém, à primeira vista, dois grupos de regras de proibição ou, na perspectiva do interessado, ou seja, do fabricante de uma base de dados, duas categorias distintas de direitos. Enquanto o n.º 1 estabelece um direito de proibição quanto à parte substancial de uma base de dados, o n.º 5 proíbe determinadas práticas em relação a partes não substanciais de uma base de dados. Atendendo à relação entre as partes substancial e não substancial, o n.º 5 também pode, porém, ser considerado uma excepção à excepção que resulta do n.º 1³⁹. O n.º 5 visa impedir a fraude à proibição estabelecida no n.º 1⁴⁰ e, em consequência, pode igualmente ser qualificado como uma cláusula de protecção⁴¹.

82. A proibição estabelecida no artigo 7.º, n.º 1, não é, porém, ilimitada, exigindo, ao invés, que a prática proibida incida sobre a totalidade ou uma parte substancial do conteúdo de uma base de dados.

83. Com base no critério fundamental de aplicação do artigo 7.º, n.ºs 1 e 5, que distingue entre a parte «substancial» e «não substancial», há que examinar em seguida os dois elementos constitutivos da previsão normativa. Após este exame serão analisadas as práticas proibidas pelos n.ºs 1 e 5.

81. O artigo 7.º, n.º 1, da directiva institui o direito de o fabricante proibir determinadas práticas. Daqui resulta, em simultâneo, uma proibição destas práticas passíveis de ser

1) Partes substanciais e não substanciais de uma base de dados (terceira questão prejudicial)

a) Considerações gerais

84. Foi invocado no processo que o artigo 7.º, n.º 1, da directiva apenas proíbe as práticas

39 — Gaster (já referido na nota 13), n.º 492.

40 — Hornung, O., *Die EU-Datenbank-Richtlinie und ihre Umsetzung in das deutsche Recht*, 1998, pp. 116 e segs.; Leistner (já referido na nota 17), p. 180; von Lewinski (já referido na nota 13), artigo 7.º, n.º 16.

41 — Posição comum (CE) n.º 20/95, (já referida na nota 23), n.º 14.

que conduzam a que os dados sejam dispostos de modo sistemático ou metódico e susceptíveis de acesso individual como na primeira base de dados.

85. Este argumento corresponde a estabelecer uma condição de aplicação do direito *sui generis*. A questão de saber se esta condição existe efectivamente deve ser apurada à luz das normas que regulam o objecto do direito de protecção, em particular à luz das definições legais, estabelecidas no artigo 7.º, n.º 2, das práticas proibidas nos termos do artigo 7.º, n.º 1.

86. Nem o n.º 1 nem o n.º 5 da directiva fixam expressa ou implicitamente a referida condição. Do facto de o artigo 1.º, n.º 2, se referir expressamente a uma «disposição sistemática ou metódica» e de o artigo 7.º ser inteiramente omissivo a este respeito é possível, ao invés, deduzir *a contrario* que o legislador comunitário não pretendeu justamente que este critério constitua uma condição de aplicação do artigo 7.º

87. A finalidade da directiva também constitui um argumento contrário a este critério suplementar.

88. O referido critério suplementar esvaziaria de conteúdo a protecção estabelecida no artigo 7.º, uma vez que a proibição prevista nesta disposição seria susceptível de ser fraudada mediante a simples reorganização das partes da base de dados.

89. O facto de a directiva visar igualmente proibir uma reordenação do conteúdo da base de dados enquanto possível infracção é demonstrado pelo trigésimo oitavo considerando da directiva, que faz referência a este risco e à insuficiência da protecção conferida pelo direito de autor.

90. A directiva visa precisamente criar um novo direito de protecção, não podendo também o quadragésimo sexto considerando, que diz respeito a outro aspecto, ser invocado em sentido contrário.

91. Mesmo o quadragésimo quinto considerando, segundo o qual a protecção do direito de autor não pode ser alargada aos factos em si ou aos dados individuais, não constitui um argumento a favor de um critério suplementar. Tal não significa de todo que a protecção deva igualmente ser alargada aos próprios dados ou até a dados específicos. O objecto da protecção é e continua a ser a base de dados.

92. Face ao exposto, importa concluir que a apresentação sistemática ou metódica igual à

primeira base de dados não constitui um critério de apreciação da licitude das práticas que incidem sobre a base de dados. Por conseguinte, não corresponde, em princípio, à verdade que a directiva não protege dados transformados ou ordenados segundo uma estrutura diferente.

b) O conceito de «parte substancial do conteúdo de uma base de dados» na acepção do artigo 7.º, n.º 1, da directiva

93. A presente questão prejudicial tem como objecto a interpretação do conceito de «parte substancial do conteúdo de uma base de dados» na acepção do artigo 7.º, n.º 1, da directiva. Não existe uma definição legal deste conceito, ao contrário do que sucede com outros conceitos fundamentais da directiva. Esta definição foi abandonada no decurso do procedimento legislativo, mais precisamente na posição comum do Conselho.

94. O artigo 7.º, n.º 1, da directiva prevê duas alternativas. Como decorre, desde logo, da sua redacção, a substancialidade pode ter duas causas, uma quantitativa e uma qualitativa. Esta formulação adoptada pelo legislador deve ser interpretada no sentido de que uma parte também pode ser substancial quando não o seja efectivamente em

termos quantitativos, mas o seja do ponto de vista qualitativo. Por conseguinte, deve recusar-se a tese de que também deve estar sempre presente uma quantidade mínima.

95. A alternativa quantitativa deve ser entendida no sentido de que é necessário apurar a quantidade da parte da base de dados afectada pela prática proibida. Coloca-se ainda a questão de saber se deve ser adoptada uma perspectiva relativa ou absoluta, ou seja, se é, além disso, necessário proceder a uma comparação da quantidade afectada com a totalidade do conteúdo da base de dados⁴² ou se a parte afectada deve ser apreciada por si só.

96. A este respeito, importa referir que uma perspectiva relativa tem a tendência para desfavorecer os fabricantes de grandes bases de dados⁴³, visto que a proporção da parte afectada diminui com o aumento da quantidade global. Neste caso, uma apreciação qualitativa suplementar é susceptível de conduzir a um equilíbrio, uma vez que uma parte relativamente reduzida pode ser considerada substancial em termos qualitativos. É igualmente possível conjugar as duas perspectivas quantitativas. Nesta medida, uma parte relativamente reduzida pode, de igual modo, ser qualificada como substancial atendendo ao seu volume em termos absolutos.

42 — V., entre outros, von Lewinski (já referido na nota 18), artigo 7.º, n.º 15.

43 — Grützmacher (já referido na nota 21), p. 340.

97. Coloca-se ainda a questão de saber se a apreciação quantitativa pode ser conjugada com a qualitativa. Esta conjugação só pode, porém, ser considerada nos casos em que uma valoração qualitativa seja de todo possível. Neste caso, não existe nada que obste a apreciar as partes afectadas segundo ambos os métodos.

98. No âmbito da apreciação qualitativa, o valor técnico ou económico assume, em qualquer caso, relevância⁴⁴. Assim, uma parte que não possua efectivamente uma grande extensão, mas tenha um valor substancial, pode encontrar-se abrangida. Como exemplo do valor de listas na área do desporto é possível invocar a sua integridade e precisão.

99. O valor económico de uma parte afectada é, em regra, aferido pela diminuição da procura que ocorre pelo facto de essa parte ser extraída ou reutilizada não em condições de mercado mas de outra forma⁴⁵. A apreciação da parte em questão e, naturalmente, do seu valor económico pode, porém, ser feita do ponto de vista do utilizador, ou seja, pode ser medida pelo valor que economiza aquele que a extrai e reutiliza.

44 — Gaster (já referido na nota 13), n.º 495; Grützmacher (já referido na nota 21), p. 340; von Lewinski (já referido na nota 18), artigo 7.º, n.º 15.

45 — Krähn (já referido na nota 14), p. 162.

100. Atendendo ao objectivo de proteger os investimentos prosseguido pelo artigo 7.º da directiva, a apreciação do carácter substancial deve ter sempre em conta os investimentos efectuados pelo fabricante⁴⁶. Como decorre do quadragésimo segundo considerando, a proibição da extracção e da reutilização destina-se a impedir que os investimentos sejam prejudicados⁴⁷.

101. Por conseguinte, os investimentos, em especial os custos da obtenção, podem igualmente constituir pontos de referência para apurar o valor da parte afectada de uma base de dados⁴⁸.

102. A directiva não contém igualmente uma definição legal do que é o limiar do carácter substancial. Segundo a opinião unânime da doutrina, o legislador comunitário deixou intencionalmente a delimitação à jurisprudência⁴⁹.

46 — V. Guglielmetti (já referido na nota 30), p. 186; Krähn (já referido na nota 14), p. 161; Leistner (já referido na nota 17), p. 172.

47 — Segundo alguns é suficiente uma aptidão em abstracto para causar prejuízos, v. Leistner (já referido na nota 17), p. 173; v. Speyart (já referido na nota 19), pp. 171, 174.

48 — Doutrelepont, C., «Le nouveau droit exclusif du producteur de bases de données consacré par la directive européenne 96/6/CE du 11 Mars 1996: un droit sur l'information?», em *Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck*, 1999, pp. 903, 913.

49 — Doutrelepont (já referido na nota 48), p. 913; Gaster (já referido na nota 13), p. 496; Leistner (já referido na nota 17), p. 171; von Lewinski (já referido na nota 18), artigo 7.º, n.º 15.

103. O carácter substancial não pode, porém, ser subordinado à existência de um dano substancial⁵⁰. O facto de um considerando, nomeadamente a parte final do quadragésimo segundo, conter uma indicação neste sentido não é suficiente para estabelecer um requisito de protecção de tal modo exigente. Além disso, é questionável se o conceito de «dano substancial» pode de todo servir de critério para a definição do carácter substancial, uma vez que o quadragésimo segundo considerando é igualmente susceptível de ser interpretado no sentido de que o «dano substancial» deve, em qualquer caso, ser considerado uma condição suplementar nos casos em que esteja em causa uma parte substancial, ou seja, em que o carácter substancial já se encontre determinado. Mesmo o efeito das práticas proibidas que é mencionado no oitavo considerando, a saber, «graves consequências económicas e técnicas», não é susceptível de justificar uma apreciação tão rigorosa do dano. Ambos os considerandos visam, ao invés, acentuar a necessidade económica de proteger as bases de dados.

104. No que diz respeito à apreciação das partes afectadas da base de dados, é pacífico que as práticas ocorrem semanalmente. Coloca-se assim a questão de saber se, caso seja adoptada uma perspectiva relativa, as partes afectadas devem ser comparadas com a base de dados na sua totalidade ou com o total da respectiva semana. Por último, é ainda concebível cumular todas as partes afectadas semanalmente durante toda a época desportiva e só depois comparar a soma assim obtida com a base de dados na sua totalidade.

105. Uma interpretação teleológica do direito *sui generis* conduz necessariamente à utilização da mesma unidade temporal no âmbito da comparação entre a parte afectada e o todo. Esta comparação pode ser efectuada quer numa base semanal quer com base na época desportiva. Quando estejam em causa mais de metade dos eventos, a parte afectada pode, em qualquer caso, ser considerada substancial. No entanto, uma percentagem inferior a metade de todos os eventos é igualmente susceptível de ser considerada substancial quando inclua uma percentagem superior de determinadas categorias, como, por exemplo, da primeira liga.

106. Adoptando uma perspectiva absoluta, as partes afectadas em cada caso devem ser cumuladas até que o limiar do carácter substancial das mesmas seja transposto. Desta forma, torna-se possível apurar o período a partir do qual é legítimo afirmar que foram afectadas partes substanciais.

2) Proibições relativas à parte substancial do conteúdo de uma base de dados (segunda questão prejudicial)

50 — Neste sentido, porém, Karnell (já referido na nota 27), p. 1000; Krähn (já referido na nota 14), p. 163.

107. Do direito de o fabricante proibir determinadas práticas estabelecido no

artigo 7.º, n.º 1, da directiva é possível deduzir uma proibição destas práticas, nomeadamente a extracção e a reutilização. Por conseguinte, estas práticas são qualificadas como «não autorizadas» numa série de considerandos⁵¹.

108. Em seguida, será discutida a interpretação dos conceitos de «extracção» e de «reutilização». Há que interpretar as respectivas definições legais correspondentes que constam do artigo 7.º, n.º 2, da directiva. Quanto a esta questão, importa também lembrar que a directiva tinha como objectivo criar um novo direito de protecção. Esta circunstância deve servir de critério de orientação no âmbito da interpretação de ambos os conceitos.

109. As duas práticas são proibidas independentemente do objectivo ou da intenção do utilizador de uma base de dados. Por conseguinte, também não é decisivo saber se a utilização é efectuada com fins puramente comerciais. Apenas os elementos constitutivos das definições legais são relevantes.

110. Em oposição ao artigo 7.º, n.º 5, estipula-se ainda relativamente a ambas as práticas proibidas que não são apenas abrangidas práticas reiteradas e sistemáticas. Uma vez que as práticas proibidas pelo n.º 1

devem incidir sobre partes substanciais do conteúdo de uma base de dados, o legislador comunitário estabelece menos exigências quanto a estas práticas do que no n.º 5, que é aplicável a partes não substanciais.

111. A este respeito, importa assinalar um erro de formulação da directiva⁵². Uma vez que a definição legal do artigo 7.º, n.º 2, também se baseia no conceito de totalidade ou de parte substancial, a directiva duplica inutilmente este pressuposto já previsto no n.º 1. A definição legal estabelecida no artigo 7.º, n.º 2, gera mesmo, conjugado com o artigo 7.º, n.º 5, uma contradição. Com efeito, o n.º 5 proíbe a extracção e a reutilização de partes não substanciais. Na hipótese de os conceitos de extracção e de reutilização serem interpretados de acordo com a definição legal constante do artigo 7.º, n.º 2, obtém-se o resultado (insólito) de que o artigo 7.º, n.º 5, apenas proíbe determinadas práticas em relação a partes não substanciais quando estas práticas incidam sobre a totalidade ou partes substanciais.

112. Vários intervenientes aludiram ainda ao aspecto da concorrência. Este aspecto deve ser analisado atendendo a que a versão definitiva da directiva não inclui o regime originariamente planeado pela Comissão de concessão de licenças obrigatórias.

51 — V., por exemplo, os quadragésimo primeiro, quadragésimo segundo, quadragésimo quinto e quadragésimo sexto considerandos.

52 — V. Koumantos (já referido na nota 21), p. 121.

113. Os opositores a uma protecção alargada dos fabricantes de uma base de dados receiam que uma protecção alargada traga consigo o risco da criação de monopólios, em especial no caso de dados livremente acessíveis até agora. Assim, um fabricante que ocupa uma posição dominante poderia abusar da mesma. A este respeito, cumpre relembrar que a directiva não exclui a aplicação das regras de concorrência do direito primário nem do direito derivado. Os comportamentos ilícitos dos fabricantes de uma base de dados continuam sujeitos a estas regras, o que decorre tanto do quadragésimo sétimo considerando como do artigo 16.º, n.º 3, da directiva, nos termos do qual a Comissão analisa se a aplicação do direito *sui generis* dá origem a abusos de posição dominante ou a outros atentados.

114. No presente processo foi igualmente discutida a questão do tratamento jurídico dos dados livremente acessíveis. Os governos que intervieram no processo defendem justamente nesta matéria que os dados do domínio público não são protegidos pela directiva.

115. Neste contexto, há que sublinhar em primeiro lugar que a protecção é apenas conferida ao conteúdo de bases de dados e não a dados. O risco de a protecção ser alargada à informação contida na base de dados pode ser prevenido, por um lado, mediante uma interpretação da directiva em sentido restrito nesta matéria, como propo-nho nas presentes conclusões. Por outro

lado, subsiste a obrigação de aplicar a um caso concreto os instrumentos nacionais e comunitários do direito da concorrência.

116. No que se refere à protecção de dados que formam o conteúdo de uma base de dados desconhecida para o utilizador dos dados, há que referir que a directiva apenas proíbe determinadas práticas, nomeadamente a extracção e a reutilização.

117. Enquanto a proibição de extracção fixada na directiva pressupõe o conhecimento da base de dados, este não é exigido no caso da reutilização. Esta problemática será retomada no quadro da reutilização.

a) O conceito de «extracção» na acepção do artigo 7.º da directiva

118. O conceito de «extracção» na acepção do artigo 7.º, n.º 1, da directiva deve ser interpretado à luz da definição legal do artigo 7.º, n.º 2, alínea a).

119. O primeiro elemento é constituído pela transferência do conteúdo de uma base de

dados para outro suporte, podendo aquela ser permanente ou temporária. A expressão «seja por que meio ou sob que forma for» permite concluir que o legislador comunitário adoptou um conceito amplo de «extração».

120. Assim, não só é abrangida a transferência para um suporte do mesmo tipo⁵³ como também para outro tipo de suporte⁵⁴. A simples impressão é, por conseguinte, igualmente abrangida pelo conceito de «extração».

121. Além disso, o conceito de «extração» não pode evidentemente ser entendido no sentido de que as partes extraídas já não se podem encontrar na base de dados para que a proibição seja aplicável. O conceito de «extração» não pode, porém, ser interpretado de modo tão amplo a abranger também a transferência indirecta. Exige-se, ao invés, a transferência directa para outro suporte. Ao contrário da «reutilização» não é, porém, necessária qualquer forma de publicidade. É igualmente suficiente uma transferência privada.

122. No que diz respeito ao segundo elemento, nomeadamente ao objecto da base de

dados afectado («a totalidade ou uma parte substancial»), remete-se para o que foi afirmado em relação ao carácter substancial.

123. Compete ao juiz nacional aplicar os critérios acima referidos ao caso concreto no processo principal.

b) O conceito de «reutilização» na acepção do artigo 7.º da directiva

124. Resulta da definição do artigo 7.º, n.º 2, alínea b), da directiva que a reutilização diz respeito à colocação à disposição do público.

125. Através do uso intencional do conceito de «reutilização» em vez do conceito de «revalorização», o legislador comunitário pretende clarificar que a protecção pode igualmente ser conferida contra práticas de utilizadores que não sejam comerciantes.

126. Os meios de «reutilização» indicados na definição legal, como a «distribuição de

53 — Von Lewinski (já referido na nota 18), artigo 7.º, n.º 19.

54 — Gaster (já referido na nota 13), n.º 512.

cópias», o «aluguer» e a «transmissão em linha», apenas devem ser interpretados como uma enumeração exemplificativa, como decorre do complemento «ou sob qualquer outra forma».

127. O conceito de «pôr à disposição» deve, em caso de dúvida, ser interpretado em sentido amplo⁵⁵, o que é sugerido pelo complemento «sob qualquer forma» que se encontra previsto no artigo 7.º, n.º 2, alínea b). As meras ideias⁵⁶ ou a procura de informações em si com base numa base de dados⁵⁷ não são, porém, incluídas.

128. Vários intervenientes alegaram que os dados eram do conhecimento público. Saber se assim é releva da apreciação de um caso concreto, que compete ao juiz nacional.

129. Mas mesmo que o juiz nacional conclua que estão em causa dados do conhecimento público, não está ainda excluído que as partes da base de dados que contêm dados do conhecimento público gozem, ainda assim, de protecção.

130. O artigo 7.º, n.º 2, alínea b), da directiva inclui igualmente uma regra relativa ao esgotamento do direito de protecção, o qual depende da verificação de determinados pressupostos. Um dos pressupostos consiste na «primeira venda de uma cópia de uma base de dados». Daqui decorre que apenas no caso destes objectos corpóreos se pode verificar um esgotamento. Caso a reutilização ocorra por uma forma diferente de uma cópia de uma base de dados, o esgotamento não se verifica. Esta situação é também expressamente prevista no quadragésimo terceiro considerando relativamente à transmissão electrónica. Por conseguinte, o direito *sui generis* não é apenas aplicável no caso da primeira colocação «à disposição do público».

131. Uma vez que a directiva não se baseia no número de transacções realizadas após a primeira colocação «à disposição do público», este número não pode assumir relevância. Caso esteja assim em causa uma parte substancial do conteúdo de uma base de dados, este é, de igual modo, protegido quando é obtido a partir de uma fonte independente, nomeadamente um meio de comunicação social ou a Internet, e não a partir da própria base de dados. Ao contrário da extracção, a «reutilização» também abrange, nomeadamente, meios indirectos de obtenção do conteúdo de uma base de dados. O elemento constitutivo da previsão normativa «transferência» deve, assim, ser interpretado em termos latos⁵⁸.

55 — Von Lewinski (já referido na nota 18), artigo 7.º, n.º 27.

56 — Von Lewinski (já referido na nota 18), artigo 7.º, n.º 31.

57 — Grützmacher (já referido na nota 22), p. 336.

58 — Von Lewinski (já referido na nota 18), artigo 7.º, n.º 38.

132. Cabe ao juiz nacional aplicar os referidos critérios ao caso concreto no processo principal.

3) Proibição relativa a partes não substanciais do conteúdo de uma base de dados (segunda questão prejudicial e primeira parte da terceira questão prejudicial)

133. Como já foi referido, o artigo 7.º, n.º 5, da directiva institui a proibição de extracção e/ou de reutilização de partes não substanciais do conteúdo de uma base de dados. Assim, esta disposição distingue-se do artigo 7.º, n.º 1, em primeiro lugar, pelo facto de não ser proibida qualquer extracção e/ou reutilização, mas apenas uma extracção ou reutilização qualificada. A condição é a existência de uma acção «reiterada e sistemática». Em segundo lugar, a proibição do n.º 5, distingue-se da do n.º 1 do ponto de vista do seu objecto. Este abrange mesmo partes não substanciais. Em terceiro lugar, e como contrapartida deste menor requisito, em comparação com o n.º 1, relativamente à parte da base de dados em causa, o n.º 5 estabelece que as acções proibidas devem ter um determinado efeito. O n.º 5 prevê, a este respeito, duas alternativas: ou o comportamento proibido constitui um acto contrário à exploração normal da base de dados ou pode causar um prejuízo injustificado aos legítimos interesses do fabricante da base.

134. No que se refere à relação entre a acção e o efeito, tem-se entendido esta disposição

no sentido de que não é necessário que cada um dos actos concretos tenha um dos dois efeitos, mas que o resultado global do comportamento tenha um dos dois efeitos proibidos⁵⁹. O objectivo do artigo 7.º, n.º 5, da directiva, como o do n.º 1, é a protecção do interesse da amortização do investimento.

135. A interpretação do artigo 7.º coloca genericamente um problema a este respeito, uma vez que a versão linguística alemã da versão definitiva da directiva, ao contrário da posição comum, está formulada de forma algo enfraquecida. Segundo ela, é suficiente que o comportamento conduza [«hinausläuft»] a um dos efeitos em causa e não que seja equivalente a um deles. As outras versões linguísticas estão formuladas de uma forma mais directa e baseiam-se essencialmente em a extracção e/ou reprodução serem contrárias à exploração normal, ou causarem um prejuízo injustificado, ou se basearem em comportamentos contrários à exploração normal ou prejudiciais.

136. Neste contexto, devem analisar-se as regulamentações de direito internacional semelhantes. Ambos os efeitos previstos no artigo 7.º, n.º 5, da directiva são formulados à semelhança do artigo 9.º, n.º 2, da Convenção de Berna na sua redacção em vigor, concre-

59 — Leistner (citado na nota 17), p. 181; von Lewinski (citado na nota 18), comentário 18 ao artigo 7.º, nota 225.

tamente, dos dois primeiros elementos do aí denominado teste dos três graus. No entanto, isto não significa que as duas disposições devam ser interpretadas de forma idêntica.

adoptadas depois da directiva, não deverão ser tidas em conta.

137. Em primeiro lugar, o artigo 9.º da Convenção de Berna na sua redacção em vigor tem outros objectivos. Esta disposição confere competência às partes contratantes para se afastarem, sob as condições do teste dos três graus, do estrito regime de protecção. Tal construção, ou seja, a possibilidade de previsão de excepções por parte dos Estados-Membros, também está consagrada no artigo 9.º da directiva.

140. No que se refere ao artigo 13.º da Convenção TRIPs, aplicam-se as mesmas reservas que aplicámos à Convenção de Berna na redacção em vigor. Com efeito, o artigo 13.º regula, como o artigo 9.º, da Convenção de Berna na redacção em vigor, limitações e excepções que podem ser introduzidas por parte dos Estados-Membros aos direitos exclusivos. Contudo, ao contrário do artigo 9.º da Convenção de Berna na redacção em vigor, ambos os efeitos, designadamente, «contrários à exploração normal» e «prejuízo injustificado» são estabelecidos em alternativa, tal como na directiva.

138. Em segundo lugar, o artigo 9.º da Convenção de Berna na redacção em vigor distingue-se pelo facto de os actos «contrários à exploração normal» e os «prejuízos injustificados» não estarem formulados em termos alternativos, mas como dois de três elementos de facto cumulativos⁶⁰.

141. Estas considerações demonstram que a interpretação das disposições do direito internacional acima mencionadas não pode ser transposta para o artigo 7.º, n.º 5, da directiva.

139. Outras regulamentações de direito internacional semelhantes ao artigo 7.º, n.º 5, da directiva encontram-se no artigo 13.º da Convenção TRIPs e em algumas convenções WIPO. Estas últimas, por terem sido

142. Os comportamentos de extracção e de reutilização proibidos pela directiva, bem como os efeitos nela mencionados de tais comportamentos, têm em comum não dependerem dos objectivos desses mesmos comportamentos. Na falta de uma regulamentação baseada no objectivo dos comportamentos, o artigo 7.º, n.º 5, da directiva não pode ser interpretado nesse sentido. Se o legislador tivesse pretendido considerar o

60 — Ricketson, S., *The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works: 1886-1986*, 1987, p. 482.

objectivo dos comportamentos, poderia ter encontrado uma formulação para o artigo 7.º como, por exemplo, a do artigo 9.º, alínea b), da directiva.

não substancial do conteúdo de uma base de dados não fica portanto abrangida pela directiva.

a) «Extracção e/ou reutilização reiteradas e sistemáticas»

143. Com o elemento de facto da previsão «reiteradas e sistemáticas», a conformação do direito de protecção deve ficar limitada a comportamentos sucessivos, se respeitantes apenas a partes não substanciais⁶¹.

145. Existe um comportamento reiterado e sistemático se ele se verifica a intervalos regulares, por exemplo, semanal ou mensalmente. Se o intervalo temporal for menor e a parte em causa pequena, o comportamento tem de ser tanto mais reiterado, para que a parte em causa, no seu conjunto, possa preencher uma das duas condições estabelecidas no artigo 7.º, n.º 5, da directiva.

144. Em contrapartida não é claro se o artigo 7.º, n.º 5, da directiva estabelece duas condições alternativas ou duas condições cumulativas. A interpretação tem, em primeiro lugar, que basear-se no teor literal da disposição. Mas, neste plano, não consegue atingir-se nenhuma conclusão inequívoca. Algumas versões linguísticas ligam os dois elementos com «e»⁶², outras, pelo contrário, com «ou»⁶³. Mas a maioria das versões linguísticas, tal como os objectivos da directiva, apontam no sentido de que os dois elementos devem ser entendidos como duas condições cumulativas⁶⁴. Uma extracção reiterada, mas não sistemática, de uma parte

b) Conceito de «exploração normal», na acepção do artigo 7.º, n.º 5, da directiva

146. O conceito de «exploração normal», na acepção do artigo 7.º, n.º 5, da directiva deve ser entendido à luz do objectivo desta cláusula de protecção. É o que resulta em especial do preâmbulo da directiva. No quadragésimo segundo considerando é mencionado como fundamento da proibição de determinados comportamentos impedir o prejuízo do investimento. No quadragésimo oitavo considerando é mencionado expressamente como objectivo da protecção conferida pela directiva «a remuneração do fabricante».

61 — Gaster (citado na nota 13), n.º 558.

62 — A maior parte das versões linguísticas românicas, as versões alemã, inglesa e grega.

63 — As versões linguísticas espanhola, sueca e finlandesa.

64 — Leistner (citado na nota 17), p. 181; von Lewinski (citado na nota 18), comentário 17 ao artigo 7.º

147. Assim, mostra-se adequada uma interpretação ampla do conceito de «exploração normal». Assim, a expressão «contrários à exploração [...]» não deve ser entendida no sentido técnico de apenas serem abrangidos os efeitos sobre a susceptibilidade de utilização técnica da base de dados em causa. O artigo 7.º, n.º 5, pelo contrário, também visa os efeitos puramente económicos sobre o fabricante das bases de dados. Trata-se de proteger a exploração económica em condições normais⁶⁵.

148. O artigo 7.º, n.º 5, da directiva não é, portanto, aplicável apenas a comportamentos que conduzam ao fabrico de um produto concorrencial que impedisse a exploração normal da base de dados pelo seu fabricante⁶⁶.

149. Em casos determinados, o artigo 7.º, n.º 5, pode, por isso, abranger também a exploração de mercados potenciais, ou seja, de mercados até então não explorados pelo fabricante da base de dados. Por consequência, é, por exemplo, suficiente que quem extrai dados ou reutiliza a base de dados economize o pagamento de licenças ao respectivo fabricante. A permissão de tais comportamentos seria um incentivo para que outras pessoas igualmente extraíssem

dados ou reutilizassem o conteúdo da base de dados sem pagarem as licenças respectivas⁶⁷. Se se verificasse essa possibilidade de uma utilização gratuita da base de dados, isso teria graves efeitos sobre o valor das licenças. A consequência seria a diminuição de receitas.

150. A disposição não está igualmente limitada à hipótese de o fabricante da base de dados pretender explorar o seu conteúdo da mesma forma que aquele que dela extrai dados ou a reutiliza. Também não tem qualquer relevância o facto de o fabricante da base de dados, por causa de uma proibição legal, não poder explorar o seu conteúdo como aquele que dela extrai dados ou a reutiliza.

151. Por fim, a frase «contrários à exploração [...]» não deve ser interpretada de forma tão restritiva que só o impedimento total da exploração fosse proibido. Tal como resulta do teor literal de todas as outras versões linguísticas diferentes da alemã, a proibição abrange mesmo conflitos com a exploração, ou seja, mesmo os efeitos negativos de pouca monta. A este nível se situa também o limiar a partir do qual pode assumir-se a existência de um prejuízo para o fabricante da base de dados susceptível de desencadear a proibição.

65 — O que igualmente está de acordo com a interpretação do artigo 13.º da Convenção TRIPs pelo Painel da OMC (WT/DS160/R de 27 de Julho de 2000, p. 6183).

66 — Leistner (citado na nota 17), p. 181.

67 — V. WT/DS160/R de 27 de Julho de 2000, p. 6186.

152. Como salientaram muitos dos intervenientes, cabe ao juiz nacional, com base nos critérios acima expostos, avaliar os comportamentos concretos e respectivos efeitos sobre a exploração da base de dados objecto do presente processo.

abrange também interesses, sendo portanto abrangidos interesses justificados, ou seja, legítimos, e não apenas interesses jurídicos.

c) Conceito de «prejuízo injustificado» na acepção do artigo 7.º, n.º 5, da directiva

155. Em contrapartida, o artigo 7.º, n.º 5, coloca à alternativa em causa exigências mais estritas relativamente aos efeitos do comportamento ilícito. Exige-se não qualquer prejuízo, mas um «prejuízo injustificado». No entanto, a qualificação «injustificado» não pode ser interpretada de forma demasiado restritiva. Caso contrário, o legislador comunitário ter-se-ia aqui também baseado na existência de um prejuízo ou até de um prejuízo relevante para o fabricante.

153. Relativamente à interpretação do conceito de «prejuízo injustificado» na acepção do artigo 7.º, n.º 5, da directiva, deve relembrar-se que já no quadro da Convenção de Berna foi discutido se um conceito indeterminado deste tipo é operativo. Além disso, para a interpretação do conceito de «prejuízo injustificado» é decisivo estabelecer a diferença com uma «exploração normal».

156. À luz das outras versões linguísticas diferentes da alemã, deverá entender-se essa qualificação no sentido de que os comportamentos prejudicam interesses em certa medida. A directiva coloca-se aqui, como noutros pontos, na perspectiva da existência de prejuízos para o fabricante. Que a protecção dos interesses do fabricante afecta os interesses económicos de terceiros é o que o processo principal demonstra claramente. Mas isso não significa que na interpretação do artigo 7.º, n.º 5, da directiva deva ser concedida relevância aos efeitos do direito *sui generis* de protecção sobre os direitos de outras pessoas ou, por causa de possíveis efeitos sobre as receitas fiscais, a um eventual «prejuízo» do Estado-Membro respectivo. O que a directiva visa é evitar os prejuízos para o fabricante das bases de dados. Este objectivo, ao contrário de outros efeitos

154. Relativamente ao âmbito da protecção, a disposição em litígio coloca uma menor exigência à alternativa «prejuízo injustificado» do que à alternativa «exploração normal», visto que, na primeira, são protegidos os «interesses legítimos». A protecção vai assim para além dos direitos subjectivos e

possíveis, tem consagração expressa na directiva.

159. Também neste contexto deve lembrar-se que cabe ao juiz nacional averiguar o comportamento concreto e avaliar se ele deve ser considerado «prejuízo injustificado» dos interesses legítimos do fabricante da base de dados objecto do processo.

157. O núcleo dos interesses, na acepção do artigo 7.º, n.º 5, da directiva, é constituído pelo investimento do fabricante e sua amortização. Com isso, é também o valor económico do conteúdo da base de dados que é o ponto de partida da avaliação. No seu centro estão os efeitos sobre as receitas efectivas ou esperadas do fabricante da base de dados⁶⁸.

D — Modificação do conteúdo de uma base de dados e prazo de protecção (segunda parte da terceira questão prejudicial)

158. Relativamente à extensão da protecção, pode partir-se da alternativa «exploração normal». Se se interpretar esta alternativa estritamente, no sentido de não abranger também mercados potenciais, como, por exemplo, uma nova exploração do conteúdo de uma base de dados⁶⁹, então terá de se interpretar a intervenção em mercados potenciais, pelo menos, como um prejuízo a interesses legítimos. Se esse prejuízo é ou não justificado, dependerá das circunstâncias do caso concreto. Que a pessoa que extrai dados ou reutiliza bases de dados seja um concorrente do fabricante da mesma pode não ser uma circunstância decisiva.

160. O presente processo versa sobre a questão de saber de que forma é protegido o direito sobre a base de dados no caso de modificação do respectivo conteúdo.

161. De acordo com o artigo 10.º, n.º 3, da directiva, as modificações de uma base de dados permitem atribuir um período de protecção próprio desde que estejam verificadas determinadas condições. Em seguida, importa apreciar uma das condições, nome-

68 — V. WT/DS160/R de 27 de Julho de 2000, p. 6229.

69 — Leistner (citado na nota 17), p. 182.

adamente o critério que respeita à «modificação substancial do conteúdo de uma base de dados», e as suas consequências. No processo em apreço, esta problemática será analisada à luz do conceito de «extracção e/ou reutilização reiteradas e sistemáticas» na acepção no artigo 7.º, n.º 5, da directiva.

162. A presente questão prejudicial diz essencialmente respeito ao objecto do prazo de protecção alargado. Neste contexto, importa esclarecer se as modificações substanciais conduzem à criação de uma outra base de dados. Caso se conclua que, além da primeira base de dados que continua a existir, há lugar à criação de uma nova base de dados, é decisivo saber qual é a base de dados sobre a qual incidem as actividades proibidas.

163. Atendendo a várias observações que foram apresentadas, cumpre igualmente abordar a questão de saber se o artigo 10.º, n.º 3, da directiva deve ser interpretado no sentido de que apenas regula o prazo e não o objecto da protecção.

164. É possível deduzir da redacção do artigo 10.º, n.º 3, nos termos do qual uma modificação substancial permite atribuir «à base de dados resultante desse investimento um período de protecção próprio», desde

que se encontrem verificadas determinadas condições, que o legislador comunitário partiu do princípio de que esta modificação conduz a uma base de dados autónoma. Esta conclusão é confirmada pelas restantes versões linguísticas.

165. Não é sequer possível invocar em sentido contrário uma interpretação sistemática. Embora o título do artigo 10.º seja, de facto, «prazo de protecção», tal não significa que este artigo regule apenas o período de protecção e não também o objecto deste.

166. A favor do entendimento de que há criação de uma nova base de dados no caso de uma modificação substancial, e desde que se encontrem verificadas determinadas condições, é, por último, possível invocar o entendimento defendido pela Comunidade no quadro da OMPI⁷⁰.

167. É evidente que o reinício do prazo de protecção estabelecido no artigo 10.º, n.º 3, apenas se pode referir a um determinado objecto. Decorre dos trabalhos preparatórios desta disposição que o resultado de um novo investimento deve ser protegido⁷¹. A restrição do objecto da protecção ao novo

70 — Standing Committee on Copyright and Related Rights (19 de Maio de 1998), SCCR/1/INF/2.

71 — Posição comum (CE) n.º 20/95, (já referida na nota 23), n.º 14.

resultado também corresponde ao objectivo visado pela fixação de um novo prazo de protecção⁷².

investimento. Nesta medida, a versão concretamente mais actual, ou seja, toda a base de dados, constitui o objecto da protecção⁷³.

168. Neste ponto da análise, cumpre recordar que a base de dados controvertida é uma designada base de dados dinâmica, ou seja, uma base de dados que é permanentemente adaptada. A este respeito, há que ter em conta que são consideradas modificações, na acepção do artigo 10.º, n.º 3, da directiva, não apenas as supressões ou aditamentos, mas também, segundo o quinquagésimo quinto considerando, as verificações.

171. A favor desta interpretação é, de igual modo, possível invocar os trabalhos preparatórios da directiva. Com efeito, não obstante o artigo 9.º da proposta inicial⁷⁴ prever o prolongamento do período de protecção da base de dados, a Comissão enumera expressamente na exposição de motivos desta proposta o caso de uma nova «edição» da base de dados⁷⁵. Posteriormente, esta questão foi esclarecida numa proposta alterada justamente no que diz respeito às bases de dados que são permanentemente actualizadas⁷⁶. Na definição legal do artigo 12.º, n.º 2, alínea b), o caso da acumulação sucessiva de pequenas alterações, que é típico das bases de dados dinâmicas, foi expressamente regulado.

169. O que caracteriza as bases de dados dinâmicas é o facto de existir sempre apenas uma base de dados, designadamente a mais actual. As versões anteriores «desaparecem». Por este motivo, coloca-se, porém, a questão de saber qual é o objecto do novo prazo de protecção, ou seja, qual é justamente o novo objecto protegido.

172. Nesta perspectiva, o artigo 10.º, n.º 3, da directiva prevê assim um direito *sui generis* «variável».

170. Importa ter presente o objectivo das alterações, a saber, o de actualizar a base de dados. Isto significa que a base de dados no seu conjunto constitui o objecto do novo

73 — Chalton, S., «The Effect of the E.C. Database Directive on United Kingdom Copyright Law in Relation to Databases: A Comparison of Features», *EIPR* 1997, pp. 278, 284; Hornung (já referido na nota 40), pp. 173 e segs.; Leistner (já referido na nota 17), p. 209; v. Beutler, S., «The Protection of multimedia products under international law», *UFITA* 1997, pp. 5, 24; Guglielmetti (já referido na nota 30), p. 192; Speyart (já referido na nota 19), pp. 171, 173.

74 — COM(92) 24 final.

75 — Exposição de motivos da proposta COM(92) 24, ponto 9.2.

76 — COM(93) 464 final.

72 — Von Lewinski (já referido na nota 18), artigo 10.º, n.º 5.

173. Por último, a solução aqui proposta para as bases de dados dinâmicas também é conforme à regra segundo a qual se protege apenas o resultado, ou seja, a nova e já não a primeira base de dados. A diferença em relação às bases de dados estáticas reside exclusivamente no facto de, no caso das bases de dados dinâmicas, a primeira base de dados deixar de existir em virtude de ser constantemente transformada numa nova.

174. O facto de, no caso das bases de dados dinâmicas, a totalidade da base de dados e não apenas as modificações em si estarem sujeitas ao novo prazo de protecção pode ainda, independentemente dos já referidos objectivo e objecto do novo investimento, ser fundamentado pelo facto de apenas uma apreciação unitária da base de dados em si mesma ser praticável.

175. A favor de uma apreciação unitária é ainda possível invocar o objectivo de proteger e fomentar os investimentos. No caso das bases de dados dinâmicas, estes objectivos apenas são susceptíveis de ser alcançados se as actualizações forem igualmente abrangidas⁷⁷. Caso contrário, os investimentos em

bases de dados dinâmicas seriam tratados de forma menos favorável.

176. Compete ao órgão jurisdicional nacional apreciar as alterações concretas da base de dados controvertida na acção principal. No quadro desta apreciação, o tribunal nacional deve ter em conta que as modificações não substanciais devem ser qualificadas como alterações substanciais a partir de uma determinada acumulação. Como decorre do quinquagésimo quarto considerando, o ónus da prova do preenchimento das condições do artigo 10.º, n.º 3, incumbe ao fabricante da nova base de dados.

177. O órgão jurisdicional nacional deverá igualmente apreciar a partir de que momento o requisito da substancialidade se encontra preenchido. Neste âmbito, é necessário examinar se o novo investimento é substancial. Na apreciação do carácter substancial importa ter em conta as exigências previstas no artigo 7.º da directiva. Por conseguinte, também há que considerar as respectivas condições relativamente aos investimentos, independentemente do facto de o artigo 10.º, n.º 3, da directiva se referir expressamente a um «novo investimento», ao passo que o artigo 7.º diz respeito a investimentos iniciais⁷⁸.

77 — Grützmacher (já referido na nota 22), pp. 390 e segs.

78 — V., com mais pormenores nesta matéria, Leistner (já referido na nota 17), pp. 207 e segs.

VII — Conclusão

178. Proponho ao Tribunal de Justiça que responda da seguinte forma às questões prejudiciais:

- «1) O conceito de ‘base de dados’ do artigo 1.º da Directiva 96/9/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Março de 1996, relativa à protecção jurídica das bases de dados, deve ser interpretado no sentido de poder abranger calendários de jogos de futebol.

- 2) O artigo 7.º, n.º 1, da directiva deve ser interpretado no sentido de que uma base de dados cujo conteúdo sejam calendários de jogos de futebol pode ser objecto da protecção, se para a obtenção, verificação ou apresentação do seu conteúdo for necessário um investimento substancial do ponto de vista qualitativo ou quantitativo. É conferido ao fabricante de tal base de dados o direito de impedir a extracção e/ou reutilização da totalidade ou de uma parte substancial, avaliada qualitativa ou quantitativamente, do seu conteúdo.

- 3) O artigo 7.º, n.º 5, da directiva proíbe a extracção e/ou reutilização reiteradas e sistemáticas de partes não substanciais do conteúdo da base de dados que pressuponham actos contrários à exploração normal dessa base, ou que possam causar um prejuízo injustificado aos legítimos interesses do fabricante da base. O artigo 7.º, conjugado com o artigo 10.º, n.º 3, da directiva, deve ser interpretado no sentido de que a extracção e/ou reutilização também são proibidas relativamente a uma base de dados cujo conteúdo tenha sido objecto de uma modificação substancial, avaliada quantitativa ou qualitativamente, de modo que se possa considerar que se trata de um novo investimento substancial, avaliado qualitativa ou quantitativamente.»