

CONCLUSÕES DA ADVOGADA-GERAL
CHISTRINE STIX-HACKL
apresentadas em 8 de Junho de 2004 ¹

I — Observações introdutórias

II — Enquadramento jurídico

A — *Direito comunitário*

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.

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

«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-203/02, C-338/02 e C-444/02, cujas conclusões irei igualmente apresentar hoje (acórdãos de 9 de Novembro de 2004, Colect., p. I-10415, p. I-10497, p. I-10549).

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:

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.

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

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

[...]

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;

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.»

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 de uma cópia de uma base de dados na Comunidade efectuada pelo titular do direito ou com o seu consentimento

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.»

modificou o artigo 49.º, n.º 1, da lei sobre os direitos de autor, que estipula actualmente o seguinte:

«O autor

1) de listas, tabelas, programas e outras obras semelhantes que agrupem uma grande quantidade de dados, ou

2) de uma base de dados, cuja obtenção, verificação ou apresentação do conteúdo representem um investimento substancial,

tem o direito exclusivo de dispor da totalidade ou de uma parte substancial, avaliada qualitativa ou quantitativamente, do conteúdo da sua obra para efeitos da sua reprodução e disponibilização ao público.»

III — Matéria de facto e processo principal

A — Parte geral

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

B — Direito nacional

6. O artigo 49.º, n.º 1, da tekijänoikeuslaki (34/1991) (a seguir «lei sobre os direitos de autor»), na sua versão anterior à modificação operada na sequência da directiva, estabelecia que as listas, tabelas, programas e outras obras semelhantes que agrupem uma grande quantidade de dados não podem ser reproduzidos sem o consentimento do seu autor durante um período de dez anos a contar do ano de publicação.

7. A Lei n.º 250/1998, de 3 de Abril de 1998, adoptada para transposição da directiva,

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.

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»).

B — Parte especial

10. O presente reenvio prejudicial tem origem numa ação proposta pela Fixtures contra a Oy Veikkaus Ab (a seguir «Veikkaus»). Em conformidade com as indicações do órgão jurisdicional nacional, a Veikkaus utilizou semanalmente, no período de referência 1998-1999, cerca de um quarto dos dados relativos aos jogos da primeira liga e das outras divisões nas suas diversas práticas de apostas (Vakioveikkaus, Tulosveto, Pitkäveto e Moniveto). Em relação ao Vakioveikkaus e ao Pitkäveto utilizou semanalmente sobretudo os dados relativos à primeira liga e à primeira divisão e, ocasionalmente, também os relacionados com os jogos das divisões inferiores. A proporção dos dados utilizados ascendeu a cerca de dois terços da primeira liga e um terço da primeira divisão. Quanto ao Tulosveto e ao Moniveto, foram, quando muito, utilizados alguns jogos. Durante o período em questão, a Veikkaus utilizou semanalmente nas suas apostas cerca de 80 encontros. Nesses incluem-se jogos de futebol da Inglaterra e também de outros países europeus, competições de hóquei no gelo, etc.

11. A Veikkaus utilizou nos seus jogos de apostas todos os jogos de futebol da primeira liga e da primeira divisão da época desportiva e, ocasionalmente, outros jogos. Semanalmente, as apostas incidem sobre cerca de 200 jogos. Todas as semanas são recolhidas informações relativas a cerca de 400 encon-

tos, nomeadamente através da Internet, dos jornais ou directamente junto dos clubes, informações essas que servem de base à escolha dos suportes das apostas. A Veikkaus verifica a partir de diversas fontes a exactidão dos dados relativos aos eventos escolhidos e modifica, se necessário, os jogos escolhidos. Na semana em que se realizam os encontros, ainda são possíveis modificações. As apostas relativas ao campeonato inglês de futebol rendem à Veikkaus um volume de negócios de dezenas de milhões de euros.

12. O Vantaa Käräjäoikeus decidiu, por acórdão proferido no processo 94/8994, que o calendário dos jogos é uma lista que agrupa uma grande quantidade de dados, na acepção do artigo 49.º, n.º 1, da lei sobre os direitos de autor, com a redacção em vigor nessa época. O Käräjäoikeus concluiu ainda que a protecção das listas apenas tem em vista a reprodução. A fim de determinar se foi utilizada uma parte substancial do calendário, os boletins de apostas devem ser considerados globalmente. O órgão jurisdicional nacional considerou que a protecção das listas fora violada e julgou a acção procedente. Por acórdão proferido no processo 96/1304, o Helsinki Hovioikeus (tribunal de recurso de Helsínquia) decidiu, ao invés, que não havia violação da protecção das listas, uma vez que os dados utilizados na elaboração dos boletins de jogo provinham de diversas fontes, que eram directamente verificadas em Inglaterra, porque existiam divergências entre as informações que figuravam nos boletins e o calendário dos encontros, e que os boletins perdiam o interesse uma vez disputado o jogo a que diziam respeito. Com base nestes fundamen-

tos, o Hovioikeus anulou o acórdão proferido pelo Käräjäoikeus e julgou o pedido improcedente. O Korkein Oikeus (Supremo Tribunal) não admitiu recurso deste acórdão.

13. Após a entrada em vigor da directiva, a Fixture propôs acções judiciais, tanto na Suécia como na Finlândia, em que concluía pedindo a declaração de que o calendário dos encontros constituía uma base de dados protegida na acepção da directiva e que as entidades organizadoras de apostas de ambos os países haviam violado a protecção das bases de dados ao utilizarem sem autorização, como objecto das apostas, jogos extraídos do referido calendário.

14. O Tekijäoikeusneuvosto (conselho dos direitos de autor, a seguir «Tekijäoikeusneuvosto»), a quem foi solicitado um parecer, entendeu que a legislação finlandesa em matéria de direitos de autor não exige, para efeitos da protecção de uma base de dados, que esta corresponda à definição constante do artigo 1.º, n.º 2, da directiva. Esta protecção é concedida às bases de dados cuja obtenção, verificação ou apresentação representem um investimento substancial. Com base na decisão do Helsinki Hovioikeus sobre a protecção das listas, já referida, o Tekijäoikeusneuvosto concluiu que o calendário dos eventos em causa também pode ser considerado uma base de dados na acepção

do artigo 49.º, n.º 1, segundo parágrafo, da lei sobre os direitos de autor, e que a obtenção, verificação ou apresentação do seu conteúdo exige um investimento substancial, mas que as práticas da Veikkaus não violavam a protecção conferida a esta base de dados.

ao investimento realizado na fixação das datas dos jogos e na definição dos pares de equipas adversárias e que a elaboração do calendário dos encontros implica alguns investimentos sem relevância para a apreciação dos critérios de protecção?

15. No entendimento do órgão jurisdicional nacional, a situação jurídica é incerta no que diz respeito à questão de saber se o calendário dos encontros em causa constitui uma base de dados protegida e, em especial, que tipo de práticas devem ser consideradas infracções da protecção das bases de dados na acepção da directiva.

- 2) A directiva tem como objectivo garantir uma protecção que impeça as pessoas que não sejam autores do calendário dos encontros de utilizarem sem autorização os dados que aí figuram com a finalidade de organizar apostas ou com outros fins comerciais?

IV — Questões prejudiciais

16. O Vantaa Käräjäoikeus solicita ao Tribunal de Justiça que decida a título prejudicial sobre as seguintes questões:

- 1) A condição do artigo 7.º, n.º 1, da directiva, relativa à exigência de uma relação entre os investimentos e a constituição da base de dados, pode ser interpretada no sentido de que a «obtenção» e o «investimento» que representa se referem, no caso presente,
- 3) Na acepção da directiva, a utilização da base de dados pela Veikkaus incide sobre uma parte substancial da mesma, avaliada qualitativa ou quantitativamente, tendo em conta que os dados constantes do calendário dos encontros, que constituem os suportes necessários das apostas nos boletins distribuídos semanalmente, servem para uma única vez, nessa semana, e que os dados relativos aos encontros são obtidos e verificados durante toda a época desportiva a partir de fontes diferentes do fabricante da base de dados?

V — Quanto à admissibilidade

17. Na opinião da *Comissão*, o órgão jurisdicional de reenvio não expôs suficientemente os factos. Assim, não é clara a ligação existente entre a Premier League e a Football League, por um lado, e a Fixtures, por outro, e, em particular, qual é o fundamento e o alcance do direito de acesso da Fixtures à base de dados das duas Ligas. Além disso, o órgão jurisdicional de reenvio não indicou se a Veikkaus procedeu à extracção e/ou à reutilização do conteúdo da base de dados. Por último, as questões prejudiciais dizem parcialmente respeito à aplicação das disposições da directiva a uma situação concreta.

18. Relativamente a estas objecções da Comissão, importa recordar que as informações fornecidas nas decisões de reenvio devem dar aos governos dos Estados-Membros e às outras partes interessadas a possibilidade de apresentarem 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 salvaguardada, tendo em conta o facto de que, nos termos da disposição referida, apenas as decisões de reenvio são notificadas às partes interessadas⁴.

19. Decorre das numerosas observações apresentadas nos termos do artigo 23.º do Estatuto do Tribunal de Justiça que as informações fornecidas nas decisões de reenvio deram aos Estados-Membros (e, de resto, também à Comissão) a possibilidade de tomarem posição útil relativamente às questões submetidas ao Tribunal de Justiça.

20. 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.

21. 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 nacional⁵.

4 — Acórdão de 11 de Setembro de 2003, Altair Chimica (C-207/01, ainda não publicado na Colectânea, 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 de Maio de 1999, Anssens (C-325/98, Colect., p. I-2969, n.º 8).

5 — 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, Traunfellner (C-421/01, Colect., p. I-11941, n.ºs 21 e segs.).

22. 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 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 nacional⁶. Quanto ao restante, o Tribunal de Justiça é competente para responder às questões prejudiciais.

VI — Quanto ao mérito: apreciação

23. 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.

A — *Âmbito de aplicação material: conceito de «base de dados»*

24. A Veikkaus e o Governo belga observam que, no processo principal, não está em causa uma base de dados na acepção do artigo 1.º da directiva, na medida em que não se verifica a independência dos elementos.

25. 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.

26. 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

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

para ilustrar o diferente significado: assim, o registo de determinadas obras artísticas, por exemplo, obras musicais, não é sequer considerado 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.

27. 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

28. 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 d^{os} direitos de propriedade intelectual relacionados com o comércio (Acordo TRIPS)⁷, 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.

29. 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.

30. 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».

7 — JO 1994, L 336, p. 214.

31. A favor de uma interpretação em sentido amplo é igualmente possível invocar a intenção do legislador comunitário, como se encontra expressa nos trabalhos preparatórios⁸.

32. 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.

33. 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 informativo⁹, ou elementos que constituem unidades reconhecíveis.

34. 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».

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

36. 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 informativo¹⁰, 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 compilação¹¹.

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

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

10 — 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.

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

37. 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 ordenadas¹², ou seja, dados organizados segundo determinados critérios¹³. Neste âmbito, é suficiente a criação de uma estrutura de dados e que a organização apenas advenha da aplicação de um programa de busca¹⁴, ou seja, essencialmente através de uma selecção ou, eventualmente, de uma indexação. São abrangidas quer bases de dados estáticas quer bases de dados dinâmicas¹⁵.

38. 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.

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

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

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

15 — Von Lewinski (já referido na nota 13), artigo 1.º, n.º 6.

39. 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.

B — *Objecto da protecção: condições (primeira questão prejudicial)*

40. 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.

41. 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, está assim em causa a protecção da criação, sendo desta forma também indirectamente

protegido o seu custo, ou seja, o investimento¹⁶.

42. 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

43. O novo direito *sui generis* criado pela directiva remonta ao catálogo 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.

16 — Grützmacher, M., *Urheber-, 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 13, artigo 7.º, n.º 3, e a doutrina citada por Grützmacher, p. 329, nota 14).

1) «Investimento substancial»

44. 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.

45. 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 dados¹⁷.

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

46. 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.

47. 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.

48. Além disso, o conceito «substancial» (também) deve ser entendido em termos relativos, mais precisamente, em relação aos custos e à amortização¹⁸, por um lado, e à extensão, à natureza e ao conteúdo da base de dados, bem como ao sector a que pertence, por outro¹⁹.

49. Assim, não são apenas protegidos os investimentos com um valor elevado em termos absolutos²⁰. 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 absoluto²¹. Este limite decorre do décimo nono considerando, segundo o qual o investimento deve ser «suficientemente avultado»²². Este limite deve, porém, ser fixado em termos bastante baixos, o que é, em primeiro lugar, indiciado pelo quinquagésimo considerando²³, 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.

50. 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

20 — Von Lewinski (já referido na nota 13), artigo 7.º, n.º 11.

21 — Krähn (já referido na nota 9), pp. 138 e segs.; Leistner (já referido na nota 10), p. 958.

22 — 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.

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

18 — Von Lewinski (já referido na nota 13), artigo 7.º, n.º 9.

19 — Koumantos (já referido na nota 16), p. 119.

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.

51. 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 considerando 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 dados²⁴. Todos estes argumentos têm o seu valor e devem 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.

52. 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.

53. Nos restantes considerando da directiva que se referem aos investimentos e cuja relevância é salientada, como o décimo segundo, o décimo nono e o quadragésimo considerando, não existe qualquer referên-

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

cia no sentido de que a protecção de uma base de dados depende da sua finalidade.

54. 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 prosseguem diversas finalidades é contrária ao objectivo de fomentar os investimentos. Os investimentos em bases de dados multifuncionais seriam assim fortemente prejudicados.

55. 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.

56. 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*.

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

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

58. 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 genérico²⁵ da obtenção, verificação e apresentação.

59. 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.

60. No entanto, caso seja adoptado o conceito genérico de constituição, ou seja, da inserção de conteúdo na base de dados²⁶, são abrangidos tanto dados já existentes como dados criados *ex novo*²⁷.

61. 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.

62. 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 «obtinere», 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.

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

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

27 — Grüttmacher (já referido na nota 16), pp. 330 e segs.; Leistner (já referido na nota 12), p. 152.

63. 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.

64. 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.

65. 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.

66. 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 dados²⁸, ou seja, a fase preparatória²⁹. No entanto, quando a criação dos dados coincide com a sua recolha e selecção, a directiva passa a conferir protecção.

67. 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 relevância³⁰. Isso significa, porém, que a

28 — Leistner (já referido na nota 12), p. 152.

29 — Guglielmetti (já referido na nota 25), p. 184, Karnell (já referido na nota 22), p. 993.

30 — Sobre as opiniões defendidas, v. Hugenholtz (já referido na nota 24), pp. 161, 164, nota 19.

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 dados³¹. Isto constitui igualmente um argumento para incluir uma base de dados externa, que resulte de uma base de dados interna, no âmbito de protecção.

69. 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

68. Atendendo à interpretação do conceito de «obtenção» acima concebida, caberá 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.

70. 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.

71. 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

31 — Von Lewinski (já referido na nota 13), artigo 7.º, n.º 5.

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

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.

72. 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 directiva³².

74. 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 1³⁴. O n.º 5 visa impedir a fraude à proibição estabelecida no n.º 1³⁵ e, em consequência, pode igualmente ser qualificado como uma cláusula de protecção³⁶.

C — Conteúdo do direito de protecção

73. 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 direito³³. Este direito é mais abrangente do que os actuais direitos de distribuição e de reprodução, o que deve

75. 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 proibidas. Práticas passíveis de ser proibidas e, por conseguinte, proibidas são, em primeiro lugar, a extracção e, em segundo lugar,

34 — Gaster (já referido na nota 8), n.º 492.

35 — Hormung, O., *Die EU-Datenbank-Richtlinie und ihre Umsetzung in das deutsche Recht*, 1998, pp. 116 e segs.; Leistner (já referido na nota 12), p. 180; von Lewinski (já referido na nota 13), artigo 7.º, n.º 16.

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

32 — Calame (já referido na nota 26), p. 116.

33 — Posição comum (CE) n.º 20/95 (já referida na nota 17), n.º 14.

a reutilização. O artigo 7.º, n.º 2, da directiva contém as definições legais dos conceitos de «extracção» e «reutilização».

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

76. 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.

77. 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.

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

a) Considerações gerais

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

79. 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.

80. 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

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

82. 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 defraudada mediante a simples reorganização das partes da base de dados.

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.

83. 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.

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

84. 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.

87. 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.

85. 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.

88. 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

86. Face ao exposto, importa concluir que a apresentação sistemática ou metódica igual à primeira base de dados não constitui um

recusar-se a tese de que também deve estar sempre presente uma quantidade mínima.

89. 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 dados³⁷ ou se a parte afectada deve ser apreciada por si só.

90. A este respeito, importa referir que uma perspectiva relativa tem a tendência para desfavorecer os fabricantes de grandes bases de dados³⁸, 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.

91. 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.

92. No âmbito da apreciação qualitativa, o valor técnico ou económico assume, em qualquer caso, relevância³⁹. 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 integralidade e precisão.

93. 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 forma⁴⁰. 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.

37 — V., entre outros, von Lewinski (já referido na nota 13), artigo 7.º, n.º 15.

38 — Grützmacher (já referido na nota 16), p. 340.

39 — Gaster (já referido na nota 8), n.º 495; Grützmacher (já referido na nota 16), p. 340; von Lewinski (já referido na nota 13), artigo 7.º, n.º 15.

40 — Krähn (já referido na nota 9), p. 162.

94. 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 fabricante⁴¹. Como decorre do quadragésimo segundo considerando, a proibição da extracção e da reutilização destina-se a impedir que os investimentos sejam prejudicados⁴².

95. 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 dados⁴³.

96. 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 jurisprudência⁴⁴.

97. O carácter substancial não pode, porém, ser subordinado à existência de um dano substancial⁴⁵. 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.

98. 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

41 — V. Guglielmetti (já referido na nota 25), p. 186; Krähn (já referido na nota 9), p. 161; Leistner (já referido na nota 12), p. 172.

42 — Segundo alguns é suficiente uma aptidão em abstracto para causar prejuízos, v. Leistner (já referido na nota 12), p. 173; v. M. H. Speyart, H., «De databank-richtlijn en haar gevolgen voor Nederland», *Informatierecht — AMI 1996*, pp. 171, 174.

43 — Doutrelepoint, 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?», in *Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck*, 1999, pp. 903, 913.

44 — Doutrelepoint (já referido na nota 43), p. 913; Gaster (já referido na nota 8), p. 496; Leistner (já referido na nota 12), p. 171; von Lewinski (já referido na nota 13), artigo 7.º, n.º 15.

45 — Neste sentido, porém, Karnell (já referido na nota 22), p. 1000; Krähn (já referido na nota 9), p. 163.

época desportiva e só depois comparar a soma assim obtida com a base de dados na sua totalidade.

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

99. 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.

101. 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 considerandos⁴⁶.

102. Em seguida, será discutida a interpretação dos conceitos de «extracção» e de «reutilização». Há que interpretar as 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.

100. 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.

103. 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.

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

104. 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.

105. A este respeito, importa assinalar um erro de formulação da directiva⁴⁷. 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, em conjugação 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.

106. 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.

107. 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 lembrar 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 quadrágésimo 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.

108. 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.

109. Neste contexto, há que sublinhar em primeiro lugar que a protecção é apenas

47 — V. Koumantos (já referido na nota 16), p. 121.

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 proposto nas presentes conclusões. Por outro lado, subsiste a obrigação de aplicar a um caso concreto os instrumentos nacionais e comunitários do direito da concorrência.

110. 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.

111. 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

112. 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).

113. 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 «extracção».

114. Assim, não só é abrangida a transferência para um suporte do mesmo tipo⁴⁸, como também para outro tipo de suporte⁴⁹. A simples impressão é, por conseguinte, igualmente abrangida pelo conceito de «extracção».

115. Além disso, o conceito de «extracção» 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 «extracção» 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.

48 — Von Lewinski (já referido na nota 13), artigo 7.º, n.º 19.

49 — Gaster (já referido na nota 8), n.º 512.

116. 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.

igualmente ser conferida contra práticas de utilizadores que não sejam comerciantes.

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

120. Os meios de «reutilização» indicados na definição legal, como a «distribuição de cópias», o «aluguer» e a «transmissão em linha», apenas devem ser interpretados como uma enumeração exemplificativa, tal como decorre do complemento «ou sob qualquer outra forma».

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

121. O conceito de «pôr à disposição» deve, em caso de dúvida, ser interpretado em sentido amplo⁵⁰, o que é sugerido pelo complemento «sob qualquer forma» que se encontra previsto no artigo 7.º, n.º 2, alínea b). As meras ideias⁵¹ ou a procura de informações em si com base numa base de dados⁵² não são, porém, incluídas.

118. 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.

122. 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.

119. Através do uso intencional do conceito de «reutilização» em vez do conceito de «revalorização», o legislador comunitário pretende clarificar que a protecção pode

50 — Von Lewinski (já referido na nota 13), artigo 7.º, n.º 27.

51 — Von Lewinski (já referido na nota 13), artigo 7.º, n.º 31.

52 — Grützmacher (já referido na nota 16), p. 336.

123. 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.

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 latos⁵³.

124. 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».

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

125. 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

127. A título complementar às questões prejudiciais, importa referir que, no caso de se provar que são afectadas partes não substanciais, há que examinar se existe uma extracção reiterada e sistemática e/ou uma reutilização de partes não substanciais (ver as considerações a este respeito nas conclusões que apresento nos processos C-203/02, C-338/02 e C-444/02).

53 — Von Lewinski (já referido na nota 13), artigo 7.º, n.º 38.

VII — Conclusão

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

- «1) A condição do artigo 7.º, n.º 1, 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, que estabelece a exigência de uma relação entre os investimentos e a constituição da base de dados, deve ser interpretada no sentido de que a ‘obtenção’ e o ‘investimento’ que representa abrangem, num caso como o que está em causa no processo principal, o investimento realizado na fixação das datas dos jogos e na definição dos pares de equipas adversárias e que a elaboração do calendário dos encontros também inclui investimentos sem relevância para a apreciação dos critérios de protecção.

- 2) A protecção prevista na directiva contra a extracção e a reutilização deve ser entendida no sentido de que outras pessoas que não sejam o autor do calendário dos encontros não podem, sem autorização, utilizar os dados que aí figuram com a finalidade de organizar apostas ou para outras actividades comerciais.

- 3) Uma parte substancial de uma base de dados, avaliada quantitativa ou qualitativamente na acepção da directiva, pode igualmente ser afectada quando os dados constantes do calendário dos encontros, que constituem os suportes necessários das apostas nos boletins distribuídos semanalmente, servem uma única vez e os dados relativos aos encontros são obtidos e verificados durante toda a época a partir de fontes diferentes do fabricante da base de dados.»