Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DA ADVOGADA-GERAL
ELEANOR SHARPSTON
apresentadas em 3 de abril de 2014 [1]

Processo C-114/12

Comissão Europeia
contra

Conselho da União Europeia

«Negociações para uma Convenção do Conselho da Europa relativa à proteção dos direitos dos organismos de radiodifusão — Competência — Processo»

1. Ocorreu um litígio entre a Comissão Europeia o Conselho da União Europeia sobre a competência para negociar uma Convenção do Conselho da Europa relativa à proteção dos organismos de radiodifusão.

2. Em 19 de dezembro de 2011, o Conselho *e* os representantes dos Estados-Membros (reunidos no Conselho na qualidade de representantes dos seus respetivos governos) autorizaram a Comissão a participar nas negociações da Convenção sobre matérias que são da competência da União Europeia e mandataram a Presidência para negociar, em nome dos Estados-Membros, matérias da competência desta última (a seguir «Decisão») [2]. A Comissão pede a anulação da Decisão com o fundamento de que a mesma não respeita a competência externa exclusiva da União Europeia no domínio da proteção dos direitos dos organismos de radiodifusão. A Comissão alega ainda que a Decisão deve ser anulada porque foi adotada em violação das normas processuais aplicáveis e do princípio da cooperação leal [3].

Convenção

3. Em 2002, o Conselho da Europa adotou a Recomendação Rec(2002)7 sobre as medidas que visam reforçar a proteção dos direitos conexos dos organismos de radiodifusão (a seguir «recomendação de 2002») [4]. Por decisão de 20 de fevereiro de 2008, o seu Comité de Ministros incumbiu o Comité Diretor para os Media e os Novos Serviços de Comunicação (a seguir «CDMC») [5] de realizar um

1 — Língua original: inglês.

2 — Decisão de 19 de dezembro de 2011 do Conselho e dos Representantes dos Governos dos Estados-Membros, reunidos no Conselho, sobre a participação da União Europeia e dos seus Estados-Membros nas negociações de uma convenção do Conselho da Europa sobre a proteção dos direitos dos organismos de radiodifusão. A Decisão não foi publicada, foi apresentada neste processo em anexo à petição da Comissão. V. n.os 40 a 44, *infra*.

3 — Este princípio encontra-se, por vezes, expresso em termos diferentes em algumas línguas: v., por exemplo, acórdão de 20 de abril de 2010, Comissão Europeia/Reino da Suécia (C-246/07, Colet., p. I-3317, n.os 70 e 71.

4 — O conteúdo pertinente deste documento, bem como de outra documentação relativa às negociações para a Convenção, é descrito no contexto da análise do primeiro fundamento nos n.os 122 a 139 *infra*.

5 — As siglas CDMC e MC-S-NR (utilizada no n.º 4 *infra*) são as utilizadas pelo Conselho da Europa.

estudo de viabilidade do reforço desses direitos. Também em 2008, o Grupo de Análise *ad hoc* do CDMC elaborou um memorando sobre um eventual instrumento do Conselho da Europa relativo à proteção dos organismos de radiodifusão e um estudo de viabilidade (a seguir «memorando de 2008»).

4. Em 2009, o CDMC aprovou o mandato (a seguir «mandato de 2009») [6] do Grupo Consultivo *ad hoc* sobre a proteção dos direitos conexos dos organismos de radiodifusão (a seguir «MC-S-NR»), que incumbiu de prosseguir os trabalhos sobre a proteção dos direitos conexos dos organismos de radiodifusão e, eventualmente, apresentar um projeto de convenção.

5. O MC-S-NR ainda não foi constituído. No entanto, foram feitas consultas com vista ao seu trabalho futuro. Na reunião de consulta de 2010, foram analisadas questões ligadas ao objeto e ao âmbito de aplicação de uma eventual convenção [7]. Decorre, em especial, do memorando de 2008 e do relatório da reunião de consulta de 2010 (a seguir «relatório da reunião de 2010») que o objetivo é chegar a acordo sobre um conjunto de direitos exclusivos dos organismos de radiodifusão, como o direito de fixação [8], direito de reprodução, o direito de retransmissão, o direito de disponibilização ao público, o direito de comunicação ao público e o direito de distribuição, em termos neutros do ponto de vista tecnológico [9]. Outros aspetos debatidos foram a proteção dos sinais portadores de programas pré-radiodifusão [10], o período de duração da proteção, a necessidade de apresentar uma lista não exaustiva de limitações e exceções, a execução de direitos e obrigações relativos a medidas de caracter tecnológico e à informação para a gestão dos direitos [11].

6. A Convenção destinava-se a complementar as disposições dos tratados internacionais e regionais existentes sobre a mesma matéria. Um número considerável destas disposições e tratados não foi ratificado e/ou não entrou em vigor [12]. Em resultado do ritmo intenso da evolução tecnológica, muitas dessas normas perderam também alguma da sua efetividade (reduzindo, proporcionalmente, a probabilidade de os tratados virem a ser ratificados e entrarem em vigor).

6 — O mandato de 2009 foi apresentado neste processo como anexo ao documento do Conselho da Europa intitulado «reunião de consulta sobre a proteção dos direitos dos organismos de radiodifusão» (Estrasburgo, 28 e 29 janeiro de 2010) (a seguir «reunião de consulta de 2010»), relatório da reunião, MC-S-NR(2010) Misc1rev. Encontra-se também disponível no sítio de Internet do Conselho da Europa.

7 — V. relatório da reunião de 2010, referido na nota de pé de página 6, *supra*, n.os 1 e 2.

8 — A radiodifusão é, em substância, a transmissão de um sinal que contém imagem e/ou som de um ponto para outro. O sinal é um impulso eletromagnético que existe apenas enquanto está a ser transmitido e, por conseguinte, até à sua receção. Pode ser gravado (ou «fixado») sob uma determinada forma e, em seguida, transmitido por uma ou mais formas diferentes (por exemplo, através de ligações sem fios ou por cabo), para chegar ao recetor, que pode ser, por exemplo, um aparelho de televisão, um rádio, um computador ou um *smartphone*. Esses recetores produzem então a saída de imagem ou som contida no sinal.

9 — V. Relatório da reunião de 2010, referido na nota de pé de página 6, *supra*, n.º 13.

10 — Designa-se por sinal portador de programas pré-radiodifusão o sinal portador de um programa que seja enviado, por exemplo, do local de um evento para um transmissor ou de um organismo de radiodifusão para outro. Trata-se, frequentemente, de um sinal digital e destina-se a ser utilizado por organismos de radiodifusão e não à receção direta pelo público.

11 — No que se refere ao conceito de informação para a gestão dos direitos, v. n.º 137 *infra*.

12 — V., por exemplo, a Convenção de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas (Ato de Paris, 1971) (a seguir «Convenção de Berna») (a União Europeia não é parte contratante, contudo, por força do artigo 9.º, n.º 1, do Acordo sobre os Aspetos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados com o Comércio (a seguir «Acordo TRIPS»), deve cumprir os artigos 1.º a 21.º (com exceção do artigo 6.º-BIS) da Convenção de Berna e respetivo anexo); a Convenção Internacional para a Proteção dos Artistas Intérpretes ou Executantes, dos Produtores de Fonogramas e dos Organismos de Radiodifusão, aprovada em Roma em 26 de outubro de 1961 (a seguir «Convenção de Roma») (a UE não é parte contratante); o Acordo Europeu sobre a Proteção das Emissões de Televisão, de 22 de junho de 1960 (a União Europeia não é parte contratante); a Convenção Europeia sobre os Direitos de Autor e Direitos Conexos no âmbito da Radiodifusão por Satélite, de 11 de maio de 1994 (a União Europeia é parte contratante); a Convenção Relativa à Distribuição de Sinais Portadores de Programas Transmitidos por Satélite, assinada em Bruxelas em 21 de maio de 1974 (Convenção de Bruxelas de 1974 sobre Satélites) (a União Europeia não é parte contratante); o Acordo TRIPS (que consta do anexo 1 C do Acordo que institui a Organização Mundial do Comércio; a seguir «OMC») (a União Europeia é membro da OMC); estes acordos internacionais foram aprovados em nome da Comunidade Europeia no que respeita à parte dos acordos multilaterais da OMC que são da competência das Comunidades Europeias na sequência da Decisão do Conselho, de 22 de dezembro de 1994, relativa à celebração, em nome da Comunidade Europeia e em relação às matérias da sua competência, dos acordos resultantes das negociações multilaterais do Uruguay Round (1986/1994) (JO 1994, L 336, p. 1); o Tratado da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (a seguir «OMPI») sobre direito de autor e o Tratado da OMPI sobre prestações e fonogramas de 1996 [a União Europeia é parte contratante, ambos foram aprovados em nome da Comunidade Europeia pela Decisão 2000/278/CE do Conselho, de 16 de março de 2000, relativa à aprovação, em nome da Comunidade Europeia, do Tratado da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI) sobre direito de autor e do Tratado da OMPI sobre prestações e fonogramas (JO L 89, p. 6)].

7. Paralelamente aos trabalhos preparatórios para uma possível Convenção do Conselho da Europa, continuam em curso as negociações com vista a um tratado da OMPI sobre os direitos dos organismos de radiodifusão [13]. As negociações têm por objetivo, à semelhança dos do Conselho da Europa, a «atualização» dos direitos dos organismos de radiodifusão em resposta à evolução da tecnologia e à sua crescente utilização. Em 2001, a Comunidade Europeia e os seus Estados-Membros apresentaram em conjunto uma proposta à OMPI relativa ao Tratado sobre a Proteção dos Organismos de Radiodifusão [14].

8. Em parte devido à falta de progressos significativos nas discussões com a OMPI, o Conselho da Europa decidiu iniciar negociações para uma convenção em separado. Não obstante, os documentos apresentados no âmbito do presente processo demonstram que estas negociações terão em conta as realizadas com a OMPI, bem como outras obrigações internacionais das partes contratantes, existentes ou que venham a existir [15].

Quadro jurídico

Tratado da União Europeia

9. O artigo 5.º TUE estabelece o princípio da atribuição, nos termos do qual as competências que não sejam atribuídas à União Europeia nos Tratados pertencem aos Estados-Membros [16]. O artigo 5.º, n.º 2, prevê que «a União atua unicamente dentro dos limites das competências que os Estados-Membros lhe tenham atribuído nos Tratados para alcançar os objetivos fixados por estes últimos. As competências que não sejam atribuídas à União nos Tratados pertencem aos Estados-Membros».

10. O artigo 13.º, n.º 2, TUE estipula: «Cada instituição atua dentro dos limites das atribuições que lhe são conferidas pelos Tratados, de acordo com os procedimentos, condições e finalidades que estes estabelecem. As instituições mantêm entre si uma cooperação leal».

11. O artigo 16.º, n.º 3, TUE estabelece: «O Conselho delibera por maioria qualificada, salvo disposição em contrário dos Tratados».

Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia

12. De acordo com o artigo 2.º TFUE,

«1. Quando os Tratados atribuam à União competência exclusiva em determinado domínio, só a União pode legislar e adotar atos juridicamente vinculativos; os próprios Estados-Membros só podem fazê-lo se habilitados pela União ou a fim de dar execução aos atos da União.

13 — V., por exemplo, *Working Document for a Treaty on the Protection of Broadcasting Organisations, SCCR/24/10 Corr* (Documento de trabalho relativo a um Tratado sobre a Proteção dos Organismos de Radiodifusão) do Comité permanente sobre os direitos de autor e direitos conexos da OMPI.

14 — OMPI, *Protection of the Rights of Broadcasting Organisations — Submitted by the European Community and its Member States*, SCCR/6/2 (Proteção dos Direitos dos Organismos de Radiodifusão — Proposta da Comunidade Europeia e dos seus Estados-Membros), de 3 de outubro de 2001 (a seguir «proposta à OMPI de 2001»). Em 2003, foi apresentada uma proposta adicional relativa à definição de «radiodifusão» [v. OMPI, Artigo 1.º-*bis* — Proposta apresentada pela Comunidade Europeia e seus Estados-Membros, SCCR/9/12 (24 de junho de 2003)]. Estes documentos foram apresentados em anexo à petição da Comissão. Não foi submetida ao Tribunal de Justiça qualquer questão relativa à competência para negociar e, eventualmente, celebrar o Tratado OMPI.

15 — Já referidos na nota de pé de página 6, *supra*, n.º 6.

16 — V., também, artigo 4.º, n.º 1, TUE.

2. Quando os Tratados atribuam à União competência partilhada com os Estados-Membros em determinado domínio, a União e os Estados-Membros podem legislar e adotar atos juridicamente vinculativos nesse domínio. Os Estados-Membros exercem a sua competência na medida em que a União não tenha exercido a sua [17]. Os Estados-Membros voltam a exercer a sua competência na medida em que a União tenha decidido deixar de exercer a sua.

[…]»

13. O artigo único do Protocolo n.º 25[18] relativo ao exercício das competências partilhadas estipula: «Relativamente ao n.º 2 do artigo 2.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, referente às competências partilhadas, quando a União toma medidas num determinado domínio, o âmbito desse exercício de competências apenas abrange os elementos regidos pelo ato da União em causa e, por conseguinte, não abrange o domínio na sua totalidade.»

14. O artigo 3.º, n.º 1, TFUE enuncia os domínios em que a União Europeia dispõe de competências exclusivas, incluindo:

«[…]

b) Estabelecimento das regras de concorrência necessárias ao funcionamento do mercado interno;

[…]

e) Política comercial comum.»

15. Por força do artigo 3.º, n.º 2, TFUE, a União dispõe de competência exclusiva para celebrar acordos internacionais «quando tal celebração esteja prevista num ato legislativo da União, seja necessária para lhe dar a possibilidade de exercer a sua competência interna, ou seja suscetível de afetar regras comuns ou de alterar o alcance das mesmas».

16. O artigo 4.º TFUE respeita a competências partilhadas e estabelece:

«1. A União dispõe de competência partilhada com os Estados-Membros quando os Tratados lhe atribuam competência em domínios não contemplados nos artigos 3.° e 6.°

2. As competências partilhadas entre a União e os Estados-Membros aplicam-se aos principais domínios a seguir enunciados:

a) Mercado interno;

[…]»

17. Nos termos do artigo 26.º, n.º 1, TFUE, a União Europeia «adota as medidas destinadas a estabelecer o mercado interno ou a assegurar o seu funcionamento, em conformidade com as disposições pertinentes dos Tratados». O artigo 114.º, n.º 1, TFUE prevê a adoção pelo Parlamento e pelo Conselho, deliberando de acordo com o processo legislativo ordinário, de «medidas relativas à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros, que tenham por objeto o estabelecimento e o funcionamento do mercado interno».

17 — V., também, Declaração (n.º 18) sobre a delimitação de competências constante das Declarações anexadas à Ata Final da Conferência Intergovernamental que adotou o Tratado de Lisboa.

18 — JO 2012, C 326, p. 307.

18. A primeira frase do artigo 83.º, n.º 2, TFUE estipula: «Sempre que a aproximação de disposições legislativas e regulamentares dos Estados-Membros em matéria penal se afigure indispensável para assegurar a execução eficaz de uma política da União num domínio que tenha sido objeto de medidas de harmonização, podem ser estabelecidas por meio de diretivas regras mínimas relativas à definição das infrações penais e das sanções no domínio em causa».

19. A parte V, título I, do TFUE contém disposições gerais relativas à ação externa da União. De acordo com o artigo 207.º, n.º 1, TFUE, a política comercial comum [a qual, nos termos do artigo 3.º, n.º 1, alínea e), TUE é da competência exclusiva da União] «assenta em princípios uniformes, designadamente no que diz respeito […] aos aspetos comerciais da propriedade intelectual […]. A política comercial comum é conduzida de acordo com os princípios e objetivos da ação externa da União». O título V da mesma parte versa especificamente sobre os acordos internacionais. O artigo 216.º TFUE estipula:

«1. A União pode celebrar acordos com um ou mais países terceiros ou organizações internacionais quando os Tratados o prevejam ou quando a celebração de um acordo seja necessária para alcançar, no âmbito das políticas da União, um dos objetivos estabelecidos pelos Tratados ou quando tal celebração esteja prevista num ato juridicamente vinculativo da União ou seja suscetível de afetar normas comuns ou alterar o seu alcance.

2. Os acordos celebrados pela União vinculam as instituições da União e os Estados-Membros.»

20. O artigo 218.º TFUE estabelece as regras processuais que regem, nomeadamente, a negociação, assinatura e celebração de acordos internacionais:

«1. Sem prejuízo das disposições específicas do artigo 207.º, os acordos entre a União e países terceiros ou organizações internacionais são negociados e celebrados de acordo com o processo a seguir enunciado.

2. O Conselho autoriza a abertura das negociações, define as diretrizes de negociação, autoriza a assinatura e celebra os acordos.

3. A Comissão […] apresenta recomendações ao Conselho, que adota uma decisão que autoriza a abertura das negociações e que designa, em função da matéria do acordo projetado, o negociador ou o chefe da equipa de negociação da União.

4. O Conselho pode endereçar diretrizes ao negociador e designar um comité especial, devendo as negociações ser conduzidas em consulta com esse comité.

5. O Conselho, sob proposta do negociador, adota uma decisão que autoriza a assinatura do acordo e, se for caso disso, a sua aplicação provisória antes da respetiva entrada em vigor.

6. O Conselho, sob proposta do negociador, adota uma decisão de celebração do acordo.

[…] [O] Conselho adota a decisão de celebração do acordo:

a) Após aprovação do Parlamento Europeu, nos seguintes casos:

[…]

(v) Acordos que abranjam domínios aos quais seja aplicável o processo legislativo ordinário ou o processo legislativo especial, quando a aprovação do Parlamento Europeu é obrigatória.

O Parlamento Europeu e o Conselho podem, em caso de urgência, acordar num prazo para a aprovação.

b) Após consulta ao Parlamento Europeu, nos restantes casos. O Parlamento Europeu dá parecer num prazo que o Conselho pode fixar em função da urgência. Na falta de parecer nesse prazo, o Conselho pode deliberar.

7. Em derrogação dos n.os 5, 6 e 9, ao celebrar um acordo, o Conselho pode conferir poderes ao negociador para aprovar, em nome da União, as alterações ao acordo, quando este disponha que essas alterações devam ser adotadas por um processo simplificado ou por uma instância criada pelo próprio acordo. O Conselho pode submeter esses poderes a condições específicas.

8. Ao longo de todo o processo, o Conselho delibera por maioria qualificada.

Todavia, o Conselho delibera por unanimidade quando o acordo incida num domínio em que seja exigida a unanimidade para a adoção de um ato da União, bem como no caso dos acordos de associação e dos acordos com os Estados candidatos à adesão previstos no artigo 212.º O Conselho delibera também por unanimidade relativamente ao acordo de adesão da União à Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. A decisão de celebração desse acordo entra em vigor após a sua aprovação pelos Estados-Membros, em conformidade com as respetivas normas constitucionais.

9. O Conselho, sob proposta da Comissão […], adota uma decisão sobre a suspensão da aplicação de um acordo e em que se definam as posições a tomar em nome da União numa instância criada por um acordo, quando essa instância for chamada a adotar atos que produzam efeitos jurídicos, com exceção dos atos que completem ou alterem o quadro institucional do acordo.

10. O Parlamento Europeu é imediata e plenamente informado em todas as fases do processo.

11. Qualquer Estado-Membro, o Parlamento Europeu, o Conselho ou a Comissão podem obter o parecer do Tribunal de Justiça sobre a compatibilidade de um projeto de acordo com os Tratados. Em caso de parecer negativo do Tribunal, o acordo projetado não pode entrar em vigor, salvo alteração deste ou revisão dos Tratados.»

21. De acordo com o artigo 263.º, primeiro parágrafo, TFUE:

«O Tribunal de Justiça […] fiscaliza a legalidade dos atos legislativos, dos atos do Conselho, da Comissão e do Banco Central Europeu, que não sejam recomendações ou pareceres, e dos atos do Parlamento Europeu e do Conselho Europeu destinados a produzir efeitos jurídicos em relação a terceiros. O Tribunal fiscaliza também a legalidade dos atos dos órgãos ou organismos da União destinados a produzir efeitos jurídicos em relação a terceiros.»

22. O artigo 288.º TFUE dispõe o seguinte:

«Para exercerem as competências da União, as instituições adotam regulamentos, diretivas, decisões, recomendações e pareceres.

[…]

A decisão é obrigatória em todos os seus elementos. Quando designa destinatários, só é obrigatória para estes.

[…]»

Legislação da União Europeia sobre os direitos conexos dos organismos de radiodifusão

23. O recurso da Comissão prende-se com as competências para negociar um acordo sobre os direitos conexos dos organismos de radiodifusão. Por conseguinte, limitarei a minha exposição à legislação da União Europeia que rege os referidos direitos.

24. A legislação em causa encontra-se, de alguma forma fragmentada, e está vertida numa série de instrumentos. Primeiro, os direitos de autor e direitos conexos foram conjuntamente tratados na Diretiva 92/100, que foi revogada e substituída pela Diretiva 2006/115 (a seguir «Diretiva sobre o direito de aluguer e de comodato») [19]. Nos termos do considerando 16 do preâmbulo desta última, «[o]s Estados-Membros devem ter a faculdade de prever que os titulares de direitos conexos ao direito de autor beneficiem de uma proteção superior à exigida pelas disposições da presente diretiva relativas à radiodifusão e comunicação ao público» [20].

25. A Diretiva 2006/115 aplica-se em conjugação com as Diretiva 2006/116 (no que respeita ao prazo de proteção do direito de autor e de certos direitos conexos) [21], com a Diretiva 93/83 (que contém disposições em separado aplicáveis à radiodifusão por satélite e à retransmissão por cabo) [22] e com a Diretiva 2001/29 (que harmoniza certos aspetos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação).

26. Estas diretivas reiteram o caráter distinto do direito de autor e dos direitos conexos, ao prever que a proteção dos direitos conexos não deve lesar ou afetar de modo algum a proteção do direito de autor [23].

27. O artigo 7.º, n.º 2, da Diretiva 2006/115 estabelece o *direito de fixação* das organizações de radiodifusão, isto é, o direito exclusivo de permitir ou proibir a fixação das suas emissões, sejam elas efetuadas com ou sem fio, inclusivamente por cabo ou satélite. O artigo 7.º, n.º 3, prevê que o distribuidor por cabo não tem esse direito sempre que efetue meras retransmissões por cabo de emissões de organizações de radiodifusão. Nos termos do artigo 4.º, n.º 1, da Diretiva 93/83, essa proteção deve também aplicar-se em caso de comunicação ao público por satélite, que a mesma diretiva define no artigo 1.º, n.º 2, alínea a), como «o ato de introdução, sob o controlo e a responsabilidade do organismo de radiodifusão, de sinais portadores de programas que se destinam a ser captados pelo público numa cadeia ininterrupta de comunicação conducente ao satélite e deste para a terra».

19 — Diretiva 92/100/CEE do Conselho, de 19 de novembro de 1992, relativa ao direito de aluguer, ao direito de comodato e a certos direitos conexos aos direitos de autor em matéria de propriedade intelectual (JO L 346, p. 61), conforme alterada pela Diretiva 93/98/CEE do Conselho, de 29 de outubro de 1993, relativa à harmonização do prazo de proteção dos direitos de autor e de certos direitos conexos (JO L 290, p. 9) e posteriormente pela Diretiva 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de maio de 2001, relativa à harmonização de certos aspetos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação (JO L 167, p. 10; «Diretiva sociedade de informação») e, por último, codificada e revogada pela Diretiva 2006/115/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2006 (JO L 376, p. 28).

20 — V. n.os 28 e 31, *infra*.

21 — Diretiva 2006/116/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2006, relativa ao prazo de proteção do direito de autor e de certos direitos conexos (JO L 372, p. 12), também apelidada de Diretiva relativa ao Prazo da Proteção.

22 — Diretiva 93/83/CEE do Conselho, de 27 de setembro de 1993, relativa à coordenação de determinadas disposições em matéria de direito de autor e direitos conexos aplicáveis à radiodifusão por satélite e à retransmissão por cabo (JO L 248, p. 15). Esta diretiva remete para a Diretiva 92/100, contudo, nos termos do artigo 14.º, segundo parágrafo, da Diretiva 2006/115, «[a]s remissões para a diretiva revogada [92/100] devem entender-se como sendo feitas para a presente diretiva [...]».

23 — Artigo 5.º da Diretiva 93/83; artigo 12.º, n.º 2, da Diretiva 2001/29 e artigo 12.º da Diretiva 2006/115. A Diretiva 2006/116 estabelece prazos de proteção diferentes para o direito de autor e para os direitos conexos, pelo que não contém uma disposição semelhante.

28. O artigo 2.º, alínea e), da Diretiva 2001/29 estabelece o *direito de reprodução* [24], nos termos do qual «[o]s Estados-Membros devem prever que o direito exclusivo de autorização ou proibição de reproduções, diretas ou indiretas, temporárias ou permanentes, por quaisquer meios e sob qualquer forma, no todo ou em parte, cabe: […] [a]os organismos de radiodifusão, para as fixações das suas radiodifusões, independentemente de estas serem transmitidas por fio ou sem fio, incluindo por cabo ou satélite». Nos termos do artigo 4.º, n.º 1, da Diretiva 93/83, a proteção aplica-se igualmente no caso de comunicação ao público por satélite.

29. Nos termos do artigo 8.º, n.º 3, da Diretiva 2006/115, os Estados-Membros devem prever que as organizações de radiodifusão tenham o direito exclusivo de permitir ou proibir a *comunicação ao público* das suas emissões, se essa comunicação for realizada em locais abertos ao público mediante entrada paga. De acordo com o considerando 16, os Estados-Membros continuam a ser competentes para conceder uma proteção mais ampla no domínio desses direitos. Em conformidade com o artigo 4.º, n.º 1, da Diretiva 93/83, a proteção concedida aplica-se igualmente no caso da comunicação ao público por satélite, contudo o artigo 6.º, n.º 1, da mesma diretiva confirma que se trata também de um nível de proteção mínima.

30. O artigo 3.º, n.º 2, alínea d), da Diretiva 2001/29 estabelece o *direito de colocação à disposição do público*, nos termos do qual «o direito exclusivo de autorização ou proibição de colocação à disposição do público, por fio ou sem fio, por forma a que seja acessível a qualquer pessoa a partir do local e no momento por ela escolhido, cabe: […] [a]os organismos de radiodifusão, para as fixações das suas radiodifusões, independentemente de estas serem transmitidas por fio ou sem fio, incluindo por cabo ou satélite». O considerando 24 do preâmbulo da Diretiva 2001/29 estipula que este direito «deve entender-se como abrangendo todos os atos de colocação desses materiais à disposição do público não presente no local de onde provém esses atos de colocação à disposição, não abrangendo quaisquer outros atos».

31. O artigo 9.º, n.º 1, alínea d), da Diretiva 2006/115 prevê que os Estados-Membros dever conceder aos organismos de radiodifusão o *direito de distribuição* exclusivo, ou seja, o direito de divulgar ao público as gravações das suas emissões, incluindo as suas cópias, por venda ou de qualquer outra forma. O artigo 9.º, n.º 2, versa sobre a extinção desse direito e o artigo 9.º, n.º 3, acrescenta que o direito de distribuição não afeta as disposições específicas relativas ao direito de aluguer e ao direito de comodato, contidas no capítulo I da mesma diretiva. Nos termos do artigo 9.º, n.º 4, «[o] direito de distribuição pode ser transmitido, cedido ou ser objeto de licenças contratuais».

32. Nos termos do artigo 8.º, n.º 3, da Diretiva 2006/115, os Estados-Membros devem prever que as organizações de radiodifusão tenham o direito exclusivo de permitir ou proibir a *retransmissão* das suas emissões por ondas radioelétricas. Em conformidade com o considerando 16 do preâmbulo, os Estados-Membros continuam a ter competência para facultar uma proteção superior aos titulares desses direitos. O artigo 4.º, n.º 1, da Diretiva 93/83 estendeu este direito à comunicação ao público por satélite e o artigo 6.º, n.º 1, da referida diretiva confirmou que se trata de um nível de proteção mínima.

33. O artigo 10.º, n.º 1, da Diretiva 2006/115 enuncia quatro casos em que os Estados-Membros podem estabelecer *limitações aos direitos* previstos no capítulo II da referida diretiva. Além disso, de acordo com o artigo 10.º, n.º 2, os Estados-Membros podem prever o mesmo tipo de limitações que a lei estabelece em matéria de proteção do direito de autor para as obras literárias e artísticas. A mesma disposição também estipula que «só podem ser previstas licenças obrigatórias se forem compatíveis com a Convenção de Roma». Em todo o caso, nos termos do artigo 10.º, n.º 3, estas limitações «só podem ser aplicadas nos casos especiais em que não haja conflito com uma exploração normal do objeto do direito nem prejuízo injustificado para os legítimos interesses do titular do direito».

24 — Esse direito foi inicialmente consagrado no artigo 7.º da Diretiva 92/100, mas a Diretiva 2001/29 eliminou essa disposição.

34. Na Diretiva 2001/29/CE, o considerando 31 constante do preâmbulo estipula que «exceções e limitações devem ser definidas de uma forma mais harmonizada» e que «[o] grau desta harmonização deve depender do seu impacto no bom funcionamento do mercado interno». O considerando 32 acrescenta que a Diretiva 2001/29 «prevê uma enumeração exaustiva das exceções e limitações ao direito de reprodução e ao direito de comunicação ao público». As exceções e limitações são definidas por referência ao direito específico em causa. Por exemplo, o artigo 5.º, n.º 2, enumera os casos em que os Estados-Membros podem ser prever exceções ou limitações ao direito de reprodução (artigo 2.º). O artigo 5.º, n.º 3, identifica as exceções ou limitações quer ao direito de reprodução quer aos direitos previstos no artigo 3.º (incluindo dessa forma o direito de colocação à disposição do público). Nos termos do artigo 5.º, n.º 5, estas exceções e limitações «só se aplicarão em certos casos especiais que não entrem em conflito com uma exploração normal da obra ou outro material e não prejudiquem irrazoavelmente os legítimos interesses do titular do direito».

35. O artigo 6.º da Diretiva 2001/29 estabelece as obrigações relativas à *proteção contra a neutralização de qualquer medida eficaz de carácter tecnológico*, que define no n.º 3 como «quaisquer tecnologias, dispositivos ou componentes que, durante o seu funcionamento normal, se destinem a impedir ou restringir atos, no que se refere a obras ou outro material, que não sejam autorizados pelo titular de um direito de autor ou direitos conexos previstos por lei […]». Nos termos do artigo 6.º, n.º 1, «Os Estados-Membros assegurarão proteção jurídica adequada contra a neutralização de qualquer medida eficaz de carácter tecnológico por pessoas que saibam ou devam razoavelmente saber que é esse o seu objetivo». O considerando 47 do preâmbulo da Diretiva 2001/29 estabelece: «No sentido de evitar abordagens jurídicas fragmentadas suscetíveis de prejudicar o funcionamento do mercado interno, é necessário prever uma proteção jurídica harmonizada contra a neutralização de medidas de carácter tecnológico eficazes e contra o fornecimento de mecanismos e produtos ou de serviços para esse efeito.»

36. O artigo 7.º da Diretiva 2001/29 prevê obrigações em relação às informações para a gestão dos direitos, que define no seu n.º 2 como «qualquer informação, prestada pelos titulares dos direitos, que identifique a obra ou qualquer outro material protegido referido na [Diretiva 2001/29] […], o autor ou qualquer outro titular de direito relativamente à obra ou outro material protegido, ou ainda informações acerca das condições e modalidades de utilização da obra ou do material protegido, bem como quaisquer números ou códigos que representem essas informações». Nos termos do artigo 7.º, n.º 1, «[o]s Estados-Membros assegurarão uma proteção jurídica adequada contra qualquer pessoa que, com conhecimento de causa, pratique, sem autorização, um dos seguintes atos: a) Supressão ou alteração de quaisquer informações eletrónicas para a gestão dos direitos; b) Distribuição, importação para distribuição, radiodifusão, comunicação ao público ou colocação à sua disposição de obras ou de outro material protegido nos termos da [Diretiva 2001/29] […] das quais tenham sido suprimidas ou alteradas sem autorização informações eletrónicas para a gestão dos direitos, sabendo ou devendo razoavelmente saber que ao fazê-lo está a provocar, permitir, facilitar ou dissimular a violação de um direito de autor ou de direitos conexos previstos por lei […]». O considerando 56 do preâmbulo da Diretiva 2001/29 dispõe: «No sentido de evitar abordagens jurídicas fragmentadas suscetíveis de prejudicar o funcionamento do mercado interno, é necessário prever uma proteção jurídica harmonizada contra todas estas atividades».

37. No que se refere ao *prazo de proteção*, o considerando 3 do preâmbulo da Diretiva 2006/116 estabelece a necessidade de os prazos de proteção serem idênticos em toda a União Europeia. O artigo 3.º, n.º 4, da Diretiva 2006/116 prevê que os direitos dos organismos de radiodifusão caducam cinquenta anos após a primeira difusão, quer a emissão seja efetuada com ou sem fio, incluindo cabo ou satélite.

38. Por último, quanto ao *respeito dos direitos conexos*, o artigo 8.º, n.º 1, da Diretiva 2001/29 estipula que os Estados-Membros devem prever as sanções e vias de recurso adequadas e tomar todas as medidas necessárias para assegurar a aplicação efetiva de tais sanções e vias de recurso. Especifica que as sanções devem ser eficazes, proporcionadas e dissuasivas [25]. O artigo 8.º, n.ºs 2 e 3, prevê a possibilidade de intentar uma ação de indemnização e/ou requerer uma injunção (incluindo contra intermediários), bem como a apreensão do material ilícito.

39. A Diretiva 2004/48 [26] foi aprovada num contexto de existência, nos Estados-Membros, de disparidades importantes em relação aos meios para fazer respeitar os direitos de propriedade intelectual, no que se refere, nomeadamente, à aplicação das medidas provisórias, ao cálculo das indeminizações por perdas e danos e ainda às normas de aplicação das ações inibitórias da violação de direitos de propriedade intelectual [27]. As suas disposições aplicam-se sem prejuízo do disposto na Diretiva 2001/29 e o considerando 23 do preâmbulo da Diretiva 2004/48 remete para «um nível global de harmonização» já previsto na anterior no que respeita a violações de direitos de autor e direitos conexos [28]. Nos termos do considerando 28 do preâmbulo da Diretiva 2004/48, «as sanções penais constituem também, em determinados casos, um meio de garantir o respeito pelos direitos de propriedade intelectual». O artigo 2.º, n.º 3, alíneas b) e c), prevê que a Diretiva 2004/48 não prejudica «[a]s obrigações decorrentes das convenções internacionais, designadamente do [Acordo TRIPS], incluindo as que se relacionem com os processos e as sanções penais» ou «as disposições nacionais em vigor nos Estados-Membros em matéria de processos e sanções penais aplicáveis à violação dos direitos de propriedade intelectual».

Decisão

40. Em 9 de fevereiro de 2011, a Comissão apresentou ao Conselho uma recomendação para que a autorizasse a negociar a Convenção. A Comissão considerou, sem invocar qualquer base nos Tratados, que dispunha de competência exclusiva alegando que o objeto da Convenção se enquadra no âmbito das diretivas existentes e que a Convenção assentará no acervo da União Europeia. Os documentos apresentados pelo Conselho, em resposta a um pedido do Tribunal de Justiça [29], demonstram que a proposta da Comissão foi debatida em várias ocasiões no seio do grupo de trabalho sobre a propriedade intelectual (direito de autor) e que a Presidência elaborou, em seguida, uma proposta de compromisso que constituiu a base da Decisão. Durante esse processo, foi exarada na ata do Conselho uma declaração formal, apresentada pela Comissão, no sentido de que a celebração da Convenção é uma matéria da competência exclusiva da União e que a Decisão, que caracteriza como um «ato híbrido», viola o artigo 218.º, n.ºs 2 e 3, TFUE.

41. O Conselho e os Representantes dos Estados-Membros reunidos no Conselho aprovaram a Decisão, em 19 de dezembro de 2011. Tando quanto é do meu conhecimento, não estão disponíveis documentos que expliquem o processo de votação adotado. Em 21 de dezembro de 2011, a Comissão foi notificada da Decisão.

42. O preâmbulo da Decisão, que é dirigida à Comissão [30], tem a seguinte redação:

«Tendo em conta o [TFUE], e em particular o seu artigo 218.º, n.ºs 3 e 4,

25 — V. também considerando 58 do preâmbulo da Diretiva 2001/29.

26 — Diretiva 2004/48/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de abril de 2004, relativa ao respeito dos direitos de propriedade Intelectual (JO L 157, p. 45).

27 — V. considerando 7 do preâmbulo da Diretiva 2004/48.

28 — V. artigo 2.º, n.º 2, e considerando 16 do preâmbulo da Diretiva 2004/48. V., também, considerando 23 no que respeita ao artigo 8.º, n.º 3, da Diretiva 2001/29/.

29 — V. n.º 47, *infra*.

30 — Artigo 2.º da Decisão.

Tendo em conta a recomendação da Comissão Europeia,

Considerando que:

(1) A Comissão deve ser autorizada a participar, em nome da União, nas negociações da [Convenção] no que respeita a matérias que sejam da competência da União e sobre as quais a União tenha adotado regras.

(2) Os Estados-Membros só devem participar, em seu nome, nessas negociações no caso de, no decorrer das mesmas, surgirem questões que sejam da sua competência. Com vista a assegurar a unidade da representação externa da União, os Estados-Membros e a Comissão devem desenvolver uma estreita cooperação durante o processo de negociação,

[…]»

43. O artigo 1.º da Decisão prevê:

«1. A Comissão é autorizada a participar nas negociações da [Convenção] e conduzir essas negociações em nome da União no que se refere às matérias que sejam da competência da União e sobre as quais a União tenha adotado regras, em consulta com o Grupo de Trabalho para a Propriedade Intelectual (Direito de autor) (a seguir 'Comité especial').

2. A Comissão conduzirá as negociações em causa de acordo com as diretrizes de negociação estabelecidas no anexo da presente decisão e/ou com as posições acordadas da União definidas especificamente para efeitos destas negociações no seio do Comité especial.

3. Quando o objeto das negociações seja da competência dos Estados-Membros, a Presidência deve participar plenamente nas negociações e deve conduzi-las, em nome dos Estados-Membros, com base numa posição comum acordada previamente. Sempre que não seja possível alcançar uma posição comum, os Estados-Membros terão o direito de se pronunciar e votar sobre a matéria em questão, de forma independente, e sem prejuízo do n.º 4.

4. A Comissão e os Estados-Membros devem trabalhar em estreita cooperação durante o processo de negociação, com vista a assegurar a unidade na representação internacional da União e dos seus Estados-Membros.

5. A Comissão e/ou a Presidência devem certificar-se de que os documentos relativos às negociações são distribuídos aos Estados-Membros em tempo útil. Antes e após cada sessão de negociação, devem comunicar ao Conselho e/ou ao Comité especial, de forma transparente e clara, o resultado das negociações e, sempre que se justificar, todo e qualquer problema que eventualmente surja no processo negocial».

44. O anexo à presente Decisão estabelece as diretrizes de negociação, nos termos das quais:

«1. A Comissão deve assegurar que o projeto de convenção para a proteção dos direitos dos organismos de radiodifusão, proposto pelo Conselho da Europa, contém disposições adequadas que permitam à União Europeia ser parte contratante nessa convenção.

2. A Comissão conduzirá as negociações por forma a garantir que as disposições propostas são compatíveis com a Diretiva 2006/115/CE […], a Diretiva 2006/116/CE […], a Diretiva 93/83/CEE […] e a Diretiva 2001/29/CE […], bem como com os compromissos assumidos pela União Europeia e seus Estados-Membros no quadro do Acordo TRIPS […] celebrado sob a égide da OMC.

3. As presentes diretrizes de negociação podem ser adaptadas em função dos progressos realizados no decorrer das negociações».

Alegações e processo

45. A Comissão apresenta quatro fundamentos na sua petição de recurso com vista à anulação da Decisão.

46. O primeiro fundamento da Comissão é relativo à competência. A Comissão alega que o Conselho infringiu o artigo 2.º, n.º 2, e ao artigo 3.º, n.º 2, TFUE, ao ter considerado que a matéria a abranger pela Convenção faz parte das competências partilhadas e ao ter autorizado os Estados-Membros ou uma instituição diferente da Comissão a negociar num domínio em que a União Europeia tem competência exclusiva.

47. Os outros três fundamentos são relativos aos processos utilizados para a adoção da Decisão. A Comissão alega, em especial, a violação:

— do processo e das condições para autorizar a negociação de acordos internacionais pela União Europeia;

— das regras de votação no Conselho (artigo 16.º, n.º 3, TUE e artigo 218.º, n.º 8, TFUE); e

— dos objetivos estabelecidos nos Tratados e do princípio da cooperação leal (artigo 13.º TUE).

48. Foram apresentadas observações escritas pelo Conselho, pelo Parlamento e pela Comissão, bem como pelos Governos da República Checa, Alemanha, Países Baixos, Polónia e Reino Unido. Em resposta a um pedido do Tribunal de Justiça, nos termos do artigo 62.º, n.º 1 do seu Regulamento de Processo, o Conselho submeteu, em 25 de julho de 2013, documentação sobre o processo de adoção da Decisão.

49. Na audiência de 24 de setembro de 2013, todas as partes que tinham apresentado observações escritas, com exceção do Governo dos Países Baixos, apresentaram alegações orais.

Alcance da fiscalização da Decisão a efetuar pelo Tribunal Justiça

50. Muito embora o Conselho não suscite formalmente uma exceção de inadmissibilidade, alega que o Tribunal de Justiça não tem competência, nos termos do artigo 263.º TFUE, para apreciar decisões adotadas pelos Estados-Membros em matérias que sejam da competência destes. Assim, o Tribunal não pode fiscalizar a legalidade da Decisão, na medida em que se trata de uma decisão dos representantes dos Estados-Membros que *não* atuam na sua qualidade de membros do Conselho. Os Governos alemão e neerlandês apoiam, no essencial, o Conselho.

51. A Comissão e o Parlamento alegam que a Decisão autoriza a União Europeia a negociar um acordo. Por conseguinte, foi adotada no exercício das competências do Conselho e é passível de fiscalização pelo Tribunal. A Comissão, embora aceite que as diretrizes de negociação ou a posição assumida pelo Comité especial (cuja criação está prevista na Decisão) não são vinculativas, argumenta que a Decisão tem como efeito limitar a autorização para negociar às matérias «sobre as quais a União tenha adotado regras»

52. Considero que o argumento do Conselho não pode ser aceite.

53. Nos termos do artigo 263.º TFUE, o Tribunal fiscaliza a legalidade dos atos do Conselho destinados a produzir efeitos jurídicos em relação a terceiros. Nem a natureza nem a forma do ato interessam para este efeito [31]. A fiscalização pode incidir tanto sobre a substância do ato como sobre as regras processuais subjacentes à sua adoção.

54. A Decisão é um ato único do Conselho adotado com base nos artigos 218.°, n.os 3 e 4, TFUE, que autoriza a Comissão a negociar a Convenção, de acordo com a repartição de competências e as diretrizes de negociação que contém, pelo que produz efeitos jurídicos [32].

55. Nos termos do artigo 263.º TFUE, o Tribunal de Justiça é competente para fiscalizar a Decisão, incluindo o aspeto respeitante à ação intergovernamental dos Estados-Membros. Ao fazê-lo, o Tribunal de Justiça não está a tomar uma posição sobre a ação intergovernamental dos Estados-Membros enquanto tal — o que excederia as suas competências [33]. A fiscalização do Tribunal de Justiça incide exclusivamente sobre o Conselho: concretamente, apurar se os Tratados o autorizam a incluir a ação intergovernamental neste tipo de decisão.

56. Na verdade, a questão que se coloca não é se a Decisão é um ato do Conselho *ou* uma decisão intergovernamental [34]. Trata-se antes de saber se uma decisão na aceção do artigo 218.º, n.os 3 e 4, TFUE e que está sujeita à fiscalização do Tribunal de Justiça pode ter ambas as qualidades. A resposta depende, essencialmente, do mérito do segundo e terceiro fundamentos da Comissão que dizem respeito à legalidade de um ato híbrido. Contudo, a fusão do conteúdo de um ato intergovernamental com o de um ato da União Europeia não pode ser utilizada como um instrumento para contornar as exigências do direito da União Europeia e excluir esse ato do âmbito da fiscalização do Tribunal de Justiça [35].

Ordem de análise dos fundamentos

57. A Comissão formulou o segundo, terceiro e quarto fundamentos, relativos à legalidade de um ato híbrido, como fundamentos subsidiários de anulação, porém alega que estes fundamentos são eficazes independentemente de o Tribunal de Justiça considerar que a União Europeia tem competência exclusiva para negociar a Convenção.

31 — V., por exemplo, acórdãos do Tribunal de Justiça de 30 de junho de 1993, Parlamento/Conselho e Comissão, (C-181/91 e C-248/91 Colet., p. I-3685, n.º 13 e jurisprudência referida) e de 13 de julho de 2004, Comissão/Conselho (C-27/04 Colet., p. I-6649, n.º 44 e jurisprudência referida).

32 — A este respeito, o efeito jurídico das diretrizes de negociação deve distinguir-se do instrumento formal que contém um ato juridicamente vinculativo do Conselho, que é objeto do recurso de anulação e sobre o qual assentam os quatro fundamentos da Comissão. Assim, no caso de a Decisão ser anulada com base num ou na totalidade dos fundamentos, as diretrizes de negociação seriam igualmente afetadas, na medida em que não podem produzir qualquer efeito no contexto de negociações cujo objeto não seja da competência da União Europeia e/ou que não tenham sido devidamente autorizadas. Por outras palavras, não podem produzir efeitos (independentemente de serem, em princípio, vinculativas e, se for caso disso, do motivo por que o são), enquanto a Comissão não for devidamente autorizada a participar nas negociações.

33 — Acórdão Parlamento/Conselho e Comissão, já referido na nota de pé de página 31, *supra*, n.º 12.

34 — Essa era a questão no acórdão Parlamento/Conselho e Comissão, já referido na nota de pé de página 31, *supra*. Nesse processo, o Tribunal de Justiça sustentou, no n.º 14 do seu acórdão, que a qualificação do ato não era relevante e que, para a questão da competência ser resolvida, era necessário determinar «que o ato em questão, face ao seu conteúdo e ao conjunto das circunstâncias em que foi adotado, não constitua na realidade uma decisão do Conselho».

35 — Essa foi precisamente a posição do Tribunal de Justiça no acórdão Parlamento/Conselho e Comissão, já referido na nota de pé de página 31, *supra*, a respeito a uma decisão tomada pelos Estados-Membros, mas adotada no seio do Conselho (v. n.º 12). O simples facto de uma decisão ser qualificada como um ato dos Estados-Membros reunidos no Conselho (ou um ato caracterizado em termos semelhantes) não constitui fundamento suficiente para afastar a competência (n.º 14). V., igualmente, num contexto ligeiramente diferente, acórdão do Tribunal de Justiça de 12 de maio de 1998, Comissão/Conselho (C-170/96, Colet., p. I-2763, n.os 12 a 18).

58. Se as disposições dos Tratados referidas no segundo, terceiro e quarto fundamentos não permitem a adoção de um ato híbrido, como a Decisão, deixa de ser necessário examinar, formalmente, o seu conteúdo. Posto isto, é evidente que a questão da competência se reveste da maior importância para as partes e outros intervenientes: na verdade, nas suas observações, todos se concentraram em especial no primeiro fundamento. Por conseguinte, abordarei os fundamentos da Comissão pela ordem por que foram apresentados.

Primeiro fundamento: competência

Argumentos

59. No seu primeiro fundamento, a Comissão alega que o Conselho violou o artigo 2.º, n.º 2, e o artigo 3.º, n.º 2, TFUE, ao considerar que a matéria objeto das negociações no Conselho da Europa se insere no âmbito das competências partilhadas e ao autorizar os Estados-Membros ou uma instituição (diferente da Comissão) a negociar um acordo internacional que, na verdade, se insere na competência exclusiva da União Europeia. A essência do primeiro fundamento é que o Conselho não estava autorizado a reconhecer a nenhum Estado-Membro competência para as negociações.

60. A Comissão, apoiada pelo Parlamento, alega que a União Europeia tem competência externa exclusiva para negociar e celebrar acordos internacionais num domínio largamente regulado pela União Europeia através de disposições que excedem a condição de requisitos mínimos. A este respeito, invoca a jurisprudência do Tribunal de Justiça que resulta do acórdão AETR [36].

61. Mesmo que a Convenção, uma vez concluída, possa ir além do acervo da União Europeia, a Comissão alega que, não obstante, toda e qualquer questão objeto da negociação pode afetar ou alterar o alcance desse acervo. A União Europeia tem exercido a sua competência para harmonizar os direitos dos organismos de radiodifusão, pelo que deve agora agir individualmente. O facto de, ao abrigo dessas regras de harmonização, os Estados-Membros poderem manter uma competência para criar limitações ou optar por um maior nível de proteção não afeta o caráter exclusivo dessa competência, na medida em que, designadamente, existem regras comuns no que respeita ao direito de fixação, ao direito de reprodução, ao direito de retransmissão, ao direito de comunicação ao público, ao direito de colocação à disposição do público e ao direito de distribuição.

62. A Comissão, com o apoio do Parlamento, rejeita a ideia de que o Tratado de Lisboa reduziu o âmbito da competência externa da União Europeia. O artigo 2.º, n.º 2, TFUE e o Protocolo n.º 25 não substituíram a jurisprudência do acórdão AETR. A Comissão entende que se os redatores dos Tratados tivessem querido limitar a competência externa da União Europeia e alterar uma jurisprudência com 40 anos, teriam declarado expressamente essa intenção.

63. Se se tratar de uma competência exclusiva na aceção do artigo 3.º, n.º 2, TFUE, então, por definição, o artigo 2.º, n.º 2, não é aplicável. O faco de o mercado interno ser uma matéria de competência partilhada, não implica que a competência externa para celebrar um acordo internacional sobre propriedade intelectual seja também partilhada. Não se contesta que o artigo 2.º, n.º 2, TFUE pode aplicar-se a acordos internacionais: assim, a União pode decidir adotar novas regras comuns sob a forma de um acordo internacional, que então vincularia também os Estados-Membros. Mesmo que o Tribunal de Justiça declarasse que a competência não é exclusiva, a União Europeia poderia não obstante negociar e celebrar a Convenção por si só, na medida em que o exercício da competência partilhada não assenta na adoção prévia de regras comuns.

36 — Acórdão do Tribunal de Justiça de 31 de março de 1971, Comissão/Conselho (22/70 Colet., p. 263) (Acordo Europeu sobre os Transportes Rodoviários ou «AETR»).

64. Quanto à metodologia, a Comissão contesta uma abordagem segundo a qual cada disposição do direito da União Europeia em vigor é comparada com uma eventual disposição de um futuro acordo internacional. Ao invés, a legislação da União Europeia deve ser considerado como um corpo legislativo coerente e equilibrado. Por conseguinte, a Comissão apresenta uma análise «ponto a ponto» e uma análise global — embora, na sua opinião, não seja necessário provar que toda e qualquer questão a debater no âmbito das negociações afeta o bom funcionamento do mercado interno (o que constitui a base da adoção das diretivas da União Europeia pertinentes). No âmbito desta última análise, a Comissão invoca a declaração do Tribunal de Justiça, segundo a qual as matérias objeto da Convenção de Berna são amplamente reguladas pela legislação da União [37]. O parecer 1/03 mostra que o facto de os Estados-Membros poderem conservar alguma liberdade residual para agir não converte, por si só, uma competência em não exclusiva, pelo que incumbe ao Tribunal de Justiça analisar até que ponto essa liberdade pode afetar ou alterar o alcance do direito da União Europeia [38]. O Tribunal de Justiça admitiu que o carácter exclusivo da competência não é posto em causa pelo facto de a harmonização não estar completa. A este respeito, o presente caso preenche as condições estabelecidas no Parecer 2/91: um domínio já em grande parte coberto pela legislação da União, que não estabelece apenas requisitos mínimos [39].

65. A Comissão compara o presente processo com o processo C-45/07, Comissão/Grécia, que envolve um regulamento que tornou o essencial de dois instrumentos internacionais parte do direito da União. À luz da jurisprudência do acórdão AETR, o Tribunal de Justiça declarou que um Estado-Membro não pode dar início a um processo que é suscetível de conduzir à alteração desses instrumentos [40].

66. No que respeita ao conteúdo da Convenção, a Comissão considera que a definição de radiodifusão e a descrição dos beneficiários da proteção — que pode incluir os prestadores de serviços de difusão através da Internet (*webcasting*) e de difusão simultânea (*simulcasting*) — terá um impacto imediato no acervo da União Europeia. Atualmente, a Diretiva 2006/115 e a Diretiva 2001/29 garantem a proteção dos organismos de radiodifusão que transmitem os seus sinais com ou sem fio (esta categoria inclui os organismos de radiodifusão terrestre e por satélite), ao passo que a Diretiva 93/83/CEE não reconhece os distribuidores por cabo como uma categoria separada de titulares de direitos.

67. Com respeito aos direitos protegidos pela legislação da União, a Comissão alega que:

— as propostas igualmente destinadas a proteger a retransmissão de emissões por fio (incluindo por Internet) e retransmissões diferidas afetariam ou alterariam o alcance do *direito de retransmissão* ao abrigo da legislação da União Europeia e

— a proposta de alargar o âmbito do *direito de comunicação ao público* de modo a ser aplicável em locais distintos dos acessíveis ao público, mediante o pagamento de uma entrada, afetaria o direito mais limitado de comunicação ao público nos termos da legislação da União Europeia, bem como os direitos dos demais titulares de direitos a que esse conceito se aplique.

68. A Comissão reconhece que a legislação da União não protege os *sinais portadores de programas pré-radiodifusão*, atendendo a que não constituem um ato de radiodifusão ou transmissão enquanto tal. No entanto, considera que as propostas destinadas a proteger esses sinais, seja mediante a concessão de um direito distinto, de uma definição ampla de «radiodifusão» ou do direito a uma

37 — V. acórdão de 19 de março de 2002, Comissão/Irlanda (C-13/00, Colet., p. I-2943, n.º 17).

38 — Parecer do Tribunal de Justiça de 7 de fevereiro de 2006 (Colet., p. I-1145, n.os 148 a 151).

39 — Parecer do Tribunal de Justiça de 19 de março de 1993 (Colet., p. I-1061, n.os 22 a 26).

40 — Acórdão do Tribunal de Justiça de 12 de fevereiro de 2009 (C-45/07, Colet., p. I-701, n.os 21 e 22).

proteção jurídica adequada, estão indissociavelmente ligadas à atual legislação comunitária, dado a que se aplicariam ao mesmo material que já beneficia de proteção, mas numa fase anterior da transmissão. Além disso, seria necessário avaliar essa proteção à luz da Diretiva 93/83, que estabelece regras para os sinais portadores de programas transmitidos por satélite.

69. A Comissão alega ainda que o *prazo de proteção* está harmonizado e que a legislação da União regula a *proteção contra a neutralização de medidas eficazes de carácter tecnológico* e a proteção contra a supressão ou alteração não autorizadas da *informação para a gestão de direitos*.

70. Por último, o Tribunal de Justiça interpretou conceitos, como o termo «público» na expressão «comunicação ao público», de maneira uniforme e (na medida do possível) à luz do direito internacional, e procurou aplicar princípios ou conceitos constantes de uma diretiva em matéria de propriedade intelectual a outras diretivas, apesar da falta de uma harmonização específica. Daqui se infere que a alteração de uma diretiva pode afetar todo o corpo legislativo que deverá ser interpretado e aplicado relativamente a qualquer categoria de titular de direitos.

71. De acordo com o Conselho, apoiado pelos Estados-Membros intervenientes, a leitura do artigo 3.º, n.º 2, TFUE em conjugação com o artigo 2.º, n.º 2, TFUE e com o Protocolo n.º 25 leva a concluir que a competência externa exclusiva da União Europeia se limita aos elementos de um acordo internacional regidos pelos atos da União Europeia em causa. Por outras palavras, o artigo 3.º, n.º 2, TFUE não deve ser entendido como a codificação do critério enunciado pela expressão «um domínio já em grande parte coberto por regras comunitárias» constante do parecer 1/03 [41]. Subsidiariamente, o Conselho sustenta que, mesmo que o referido artigo seja interpretado dessa forma, há que distinguir o presente processo da jurisprudência do Parecer 2/91 [42], do acórdão C-467/98 Comissão/Dinamarca [43] e do Parecer 1/03 [44].

72. Muita embora a Convenção possa, eventualmente, abranger muitas questões já sujeitas às regras da União Europeia, sendo, por isso, matéria da competência exclusiva da União Europeia, esta não tem competência exclusiva para negociar toda a Convenção.

73. O Conselho contesta que a proteção dos direitos dos organismos de radiodifusão afete o equilíbrio global da proteção dos direitos de autor e direitos conexos e o seu exercício, atendendo a que os primeiros são independentes e autónomos dos últimos. Esta premissa é ilustrada, entre outros, pelo acórdão SCF [45], no qual o Tribunal interpretou de forma diferente o conceito de «comunicação ao público» na aceção do disposto no artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 2001/29 e na do artigo 8.º, n.º 2, da Diretiva 92/100 (conforme codificada pela Diretiva 2006/115). Além disso, o Conselho alega que é provável que a Convenção venha a incluir o habitual princípio de que a proteção que confere não afeta em nada a proteção dos direitos de autor sobre obras literárias e artísticas, que permanece intacta.

74. Em seguida, o Conselho identifica três aspetos da proteção dos direitos dos organismos de radiodifusão que serão cobertos pelas negociações, mas que ainda não estão harmonizados. Em consequência, a negociação e celebração, pelos Estados-Membros, de compromissos internacionais relativos a esses aspetos não afetarão nem alterarão o alcance das regras da União Europeia.

41 — Já referido na nota de pé de página 38, *supra*.

42 — Já referido na nota de pé de página 39, supra.

43 — Acórdão do Tribunal de Justiça de 5 de novembro de 2002 (C-467/98, Colet., p. I-9519) (trata-se de um dos acórdãos ditos «de Céu Aberto»).

44 — Já referido na nota de pé de página 38, *supra*.

45 — Acórdão de 5 de março de 2012, SCF Consorzio Fonografici/Marco Del Corso (C-135/10, n.os 75 e 76).

75. Em primeiro lugar, os Estados-Membros permanecem livres para estabelecer, ou não, um *direito exclusivo de autorizar ou proibir a comunicação ao público no caso de a entrada não ser paga*. O artigo 8.º, n.º 3, da Diretiva 2006/115/CE só regula a comunicação ao público em locais com entrada paga.

76. Em segundo lugar, nenhuma disposição do direito da União (incluindo o artigo 6.º da Diretiva 2001/29) se destina a proteger a *transmissão do sinal portador de programas pré-radiodifusão*, antes da sua transmissão ao público. Embora o conteúdo desse sinal possa estar protegido pelo direito de autor, o objeto e os beneficiários desse direito não são os mesmos que no caso de radiodifusão.

77. Em terceiro lugar, embora o Conselho admita a existência de regras da União Europeia em matéria de *respeito dos direitos*, essas regras não impedem os Estados-Membros de prever vias de recurso que sejam mais favoráveis para os titulares de direitos do que as previstas na Diretiva 2004/48. Essas disposições também não contemplam sanções penais nem contêm uma regra mínima com base no artigo 83.º, n.º 2, TFUE. O Conselho reconhece que, aquando da adoção da Decisão, o conteúdo da Convenção não era suficientemente preciso para se poder determinar o alcance, a natureza e o conteúdo exatos das disposições relativas ao respeito dos direitos em causa.

78. O Governo polaco acrescenta que a Convenção pode também estabelecer uma definição mais ampla do conceito de radiodifusão e, como o Governo do Reino Unido também alega, que a legislação da União Europeia não prevê um direito de retransmissão com fio.

79. O Conselho, com o apoio dos Governos neerlandês, polaco e britânico, contesta a sugestão da Comissão de que o Tribunal de Justiça deve optar por uma apreciação ampla sem se centrar em disposições específicas (como as disposições relacionadas com os três aspetos considerados pelo Conselho como sendo da competência dos Estados-Membros). Neste contexto, sustenta que a alegação de que todos os titulares de direitos devem ter direitos iguais é desprovida de fundamento. Todos os direitos e obrigações devem ser interpretados à luz do seu contexto e finalidade. O facto de uma diretiva sobre propriedade intelectual conter um termo que careça de ser interpretado à luz das normas e princípios estabelecidos por outras diretivas sobre a mesma matéria[46] não significa necessariamente que se afetam reciprocamente.

80. Por último, o Conselho admite que, caso a Convenção, conforme negociada, não abranja nenhuma matéria que seja da competência dos Estados-Membros, só a União devia ser parte na Convenção.

Apreciação

Significado da frase «quando tal celebração […] seja suscetível de afetar regras comuns ou de alterar o alcance das mesmas», constante do artigo 3.º, n.º 2, TFUE

81. Todas as partes concordam que a União Europeia tem competência externa para negociar um acordo internacional sobre os direitos dos organismos de radiodifusão. A questão é saber se essa competência é exclusiva ou partilhada com os Estados-Membros.

46 — Acórdão do Tribunal de Justiça de 13 de outubro de 2011, Airfield e Canal Digital (C-431/09 e C-432/09 Colet., p. I-9363, n.º 44).

82. É também comummente aceite que os Tratados não preveem expressamente uma competência exclusiva em matéria de proteção dos direitos dos organismos de radiodifusão, que a celebração da Convenção não é considerada necessária para permitir o exercício da competência interna da União Europeia no domínio a cobrir pela Convenção proposta e que, em princípio, essa competência interna é partilhada. Se a competência externa é, ou não, exclusiva depende do facto de a celebração da Convenção afetar, ou não, regras comuns ou alterar o seu alcance, na aceção do artigo 3.º, n.º 2, TFUE.

83. Em contrapartida, as partes discordam quanto à interpretação do artigo 3.º, n.º 2, TFUE e à resposta à seguinte pergunta: em que circunstâncias dispõe a União Europeia de competência exclusiva para negociar a totalidade de um acordo internacional num contexto em que as regras da União Europeia cobrem uma parte do domínio abrangido pelo acordo internacional proposto? A Comissão sustenta que, sempre que esse domínio esteja largamente coberto por regras da União Europeia, estamos perante uma competência exclusiva. O Conselho é favorável a uma abordagem mais estrita, segundo a qual a competência exclusiva não pode existir em domínios em que a União Europeia não tenha atuado [47].

84. Nas suas observações, as partes definiram a questão em causa como a de saber se o artigo 3.º, n.º 3, TFUE codifica a jurisprudência do acórdão AETR. Este não é o primeiro processo em que a posição do Conselho sobre a relação entre o artigo 3.º, n.º 2, TFUE e a jurisprudência do acórdão AETR é debatida no Tribunal de Justiça. No processo C-137/12, Comissão/Conselho, a competência em questão entrava no âmbito da política comercial comum, pelo que não havia que ter em consideração o artigo 3.º, n.º 2, TFUE [48]. Contudo, a advogada-geral Kokott abordou a questão nas suas conclusões apresentadas no processo. Concluiu que a parte final do artigo 3, n.º 2, TFUE representa uma codificação da jurisprudência do acórdão AETR e entende que não existem quaisquer indícios que sustentem o argumento do Conselho de que os redatores do Tratado de Lisboa pretendiam proceder de outra forma. Entendeu ainda que o Protocolo n.º 25 não pode ser interpretado no sentido de que limita a competência da União prevista no artigo 3.º, n.º 2, TFUE [49].

85. Não estou convencida da utilidade de centrar o problema em causa na questão de saber se o artigo 3.º, n.º 2, TFUE codifica a jurisprudência do acórdão AETR, sobretudo porque existe desacordo quanto ao que (justamente) essa jurisprudência estabelece. O que interessa verdadeiramente é o significado da expressão «quando tal celebração […] seja suscetível de afetar regras comuns ou de alterar o alcance das mesmas», constante do artigo 3.º, n.º 2, TFUE. A redação utilizada deve ser interpretada no contexto das outras partes dos Tratados e tendo em conta os antecedentes históricos de que a jurisprudência do Tribunal, naturalmente, faz parte.

86. Começo pela redação do TFUE.

87. O TFUE utiliza por duas vezes a expressão «suscetível de afetar regras comuns ou de alterar o alcance das mesmas». Consta não só do artigo 3.º, n.º 2, TFUE, mas também do artigo 216.º, n.º 1, TFUE, que descreve os fundamentos da competência da União Europeia para celebrar acordos internacionais, sem distinguir entre competência exclusiva e competência partilhada.

47 — Gostaria de observar de que nenhuma parte no processo defendeu que a Convenção (ou parte(s) da mesma) é da competência externa exclusiva da União Europeia com o fundamento de que, tendo em conta o facto de as normas substantivas de proteção dos direitos de propriedade intelectual poderem ser as mesmas, independentemente da natureza do acordo internacional em que figuram, os direitos exclusivos dos organismos de radiodifusão e as condições, exceções, limitações e reservas relativas a esses direitos estão abrangidos pelo Acordo TRIPS (em especial, o artigo 14.º) e que, após a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, a União Europeia dispõe atualmente de competência exclusiva em matéria de política comercial comum que, nos termos do artigo 207.º, n.º 1, TFUE «assenta em princípios uniformes, designadamente no que diz respeito [...] aos aspetos comerciais da propriedade intelectual». Quanto ao significado da expressão «aspetos comerciais da propriedade intelectual», v. acórdão do Tribunal de Justiça de 18 de julho de 2013, Daiichi Sankyo e Sanofi - Aventis Deutschland (C-414/11, n.ºs 49 a 61).

48 — Acórdão do Tribunal de Justiça de 22 de junho de 2013, Comissão/Conselho (C-137/12, n.º 77).

49 — N.ºs 111 a 117 das conclusões da advogada-geral Kokott, apresentadas no processo C-137/12, já referido na nota de pé de página 48, *supra*.

88. Embora existam semelhanças entre as duas disposições, a sua redação comporta também diferenças. Em muitas versões linguísticas, mas não em todas, essas diferenças parecem sugerir que poderá ser mais fácil basear uma competência externa exclusiva no artigo 3.º, n.º 2, TFUE do que no artigo 216.º, n.º 1, TFUE [50]. Assim, na versão inglesa, «may», no primeiro, remete para uma mera possibilidade, ao passo que «is likely to», no último, implica um determinado grau de probabilidade. Contudo, essa distinção não pode estar correta. Se se estabelecer a competência externa *exclusiva* nos termos do artigo 3.º, n.º 2, TFUE, não se poderá, de forma alguma, afastar a competência externa *per se*, nos termos do artigo 216.º, n.º 1, TFUE. Paralelamente, se é certo que a análise nos termos do artigo 216.º, n.º 1, («há competência?») deve preceder a análise da natureza da competência («a competência é exclusiva?»), então, a demostração de que a celebração de um acordo internacional é suscetível de afetar as regras comuns ou de alterar o alcance das mesmas implica, automaticamente, que a competência é exclusiva e exclui a possibilidade de estabelecer a competência externa partilhada.

89. No meu entender, decorre do último período do artigo 3.º, n.º 2, TFUE que já existem regras da União Europeia no domínio abrangido pelo acordo internacional. Se assim não for, torna-se difícil imaginar de que forma a celebração deste acordo poderia afetar ou alterar o alcance das regras da União Europeia. Isto indicia que a análise implica sempre que se examine (de forma sequencial): (i) o alcance e o conteúdo do futuro acordo internacional; (ii) se a União Europeia já exerceu uma competência interna e, em caso afirmativo, o alcance e conteúdo da legislação da União Europeia, e (iii) se a celebração desse acordo internacional é suscetível de afetar as regras da União Europeia ou alterar o seu alcance. Esta última possibilidade pode ocorrer por vários motivos e pode ser mais evidente em algumas circunstâncias do que noutras.

90. Provavelmente, não tem grande importância que o artigo 3.º, n.º 2, do TFUE não declare expressamente se o que deve determinar que a celebração de um acordo «seja suscetível de afetar regras comuns ou alterar o seu alcance» é o facto de ser um acordo internacional celebrado «pela União Europeia» ou «pelos Estados-Membros». É a substância do acordo, e não a identidade das parte(s) contratante(s) que pode afetar as regras comuns ou alterar o seu alcance. Se se partir do princípio que a competência é partilhada, naturalmente que a questão central passa a ser o que aconteceria se os Estados-Membros celebrassem um acordo internacional num domínio que já fosse objeto de regras da União Europeia. O recurso ao termo «quanto» demonstra que algumas partes de um acordo internacional podem, pela razão exposta, estar abrangidas pela competência exclusiva da União Europeia, ao passo que outras partes podem permanecer no âmbito da competência partilhada.

91. Além disso, a utilização da expressão «dispõe igualmente de competência exclusiva» demonstra claramente que, além dos domínios previstos no artigo 3.º, n.º 1, a enumeração dos fundamentos (em sentido lato) constante do artigo 3.º, n.º 2, é exaustiva.

92. Passo agora a analisar o contexto do artigo 3.º, n.º 2, TFUE e os efeitos, em especial, do artigo 2.º, n.º 2, TFUE e do Protocolo n.º 25.

93. Na minha opinião, nem o Protocolo n.º 25 nem o artigo 2.º, n.º 2, TFUE limitam, enquanto tal, o alcance do artigo 3.º, n.º 2, TFUE. Ambos versam sobre competências partilhadas. O primeiro período do artigo 2.º, n.º 2, determina as consequências de se definir uma competência como partilhada. O segundo e o terceiro períodos dizem respeito à situação em que a competência da União Europeia e a competência dos Estados-Membros coexistem. Assim, decorre da leitura conjugada do segundo período com o Protocolo n.º 25 (que refere apenas o artigo 2.º, n.º 2) que, se a União Europeia tiver exercido essa competência num determinado domínio, os Estados-Membros já não podem exercer a sua competência no que respeita a matérias abrangidas pelo ato da União Europeia em questão.

50 — Uma exceção notável é versão francesa dos artigos 3.º, n.º 2 e 216.º, n.º 1, TFUE que utiliza uma redação idêntica nas duas disposições: «est susceptible d'affecter des règles communes ou d'en altérer la portée».

Contudo, poderão continuar a atuar livremente noutros domínios. Se a União Europeia não tiver exercido a sua competência, os Estados-Membros podem ainda atuar na medida em que a União Europeia não o tenha feito. Os Estados-Membros recuperam a sua competência (original) para atuar em qualquer domínio em que a União tenha deixado de atuar.

94. Por último, passo a analisar o contexto histórico do artigo 3.º, n.º 2, TFUE.

95. A redação do último período do artigo 3.º, n.º 2, TFUE foi, evidentemente, retirada do acórdão AETR. Nesse processo, o Tribunal de Justiça definiu critérios para estabelecer a existência de uma competência externa (que é atualmente objeto do artigo 216.º, n.º 1, do TFUE) [51] e o caráter exclusivo dessa competência (que é atualmente objeto do artigo 3.º, n.º 2, TFUE). No que se refere a este último, o Tribunal de Justiça declarou que, sempre que, para execução duma política comum prevista pelos Tratados, a União adote regras comuns, sob qualquer forma, a União Europeia passa a ter competência exclusiva [52] e os Estados-Membros deixam de ter o direito de contrair para com Estados terceiros obrigações que «afetem estas regras [comuns]» [53]. Passarei a referir-me a esta declaração como «princípio AETR». O raciocínio subjacente a este princípio assenta na necessidade de proteger a unidade do mercado comum e a aplicação uniforme do direito comunitário [54].

96. Se a história das negociações do artigo 3.º, n.º 2, TFUE demonstram alguma coisa, é que não existia qualquer intenção de se afastar o princípio AETR [55]. Nesse contexto, concordo com as conclusões da advogada-geral Kokott, apresentadas no processo C-137/12 [56].

97. O Tribunal de Justiça deve, pois, seguir a orientação da sua jurisprudência proferida no passado neste domínio, que inclui (naturalmente) não só o acórdão AETR como uma série de outros acórdãos e pareceres em conformidade com o vertido atualmente no artigo 218.º, n.º 11, TFUE.

98. Na referida jurisprudência, o Tribunal de Justiça esclareceu melhor o raciocínio subjacente ao princípio AETR. Assim, o princípio aplica-se nas situações em que a celebração de um acordo internacional (ou partes do mesmo) pelos Estados-Membros seja incompatível com a unidade do mercado comum e a aplicação uniforme e coerente do direito da União Europeia [57], ou possa prejudicar o bom funcionamento do sistema estabelecido por regras comuns [58], ou em que, dada a natureza da legislação da União Europeia existente, qualquer acordo internacional afete

51 — Assim, a União Europeia dispõe de competência externa, quando, apesar da falta de atribuição expressa, a adoção de regras comuns confere necessariamente à União Europeia competência para celebrar acordos internacionais relacionados com a matéria regulada nessas regras comuns. No acórdão AETR, essas regras comuns também se aplicavam aos transportes internacionais a partir de ou com destino a países terceiros no que respeita à parte da viagem realizada em território comunitário (v. acórdão AETR, já referido na nota 36, *supra*, n.º 28). No acórdão Kramer e o., foi confirmada uma posição análoga relativamente à competência no domínio da conservação dos recursos biológicos do mar (acórdão de 14 de julho de 1976 (3/76, 4/76 e 6/76, Colet., p. 1279, n.ºs 30 e 33). V., também, pareceres 1/76 de 26 de abril de 1977 (Colet., p. 741, n.º 3); 2/91, já referido na nota de pé de página 39, *supra*, n.º 7; 2/94 (Colet., p. I-1759, n.º 26), e 1/03, já referido na nota de pé de página 3, *supra*, n.ºs 114 e 115.

52 — Acórdão AETR, já referido na nota de pé de página 36 *supra*, n.ºs 17 e 18; v., também, por exemplo, acórdão Comissão/Dinamarca, já referido na nota de pé de página 43, *supra*, n.º 77.

53 — Acórdão AETR, já referido na nota de pé de página 36, *supra*, n.º 17.

54 — Acórdão AETR, já referido na nota de pé de página 36, *supra*, n.º 31.

55 — O artigo I-12.º, n.º 2, do projeto de Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa, no qual o artigo 3.º, n.º 2, TFUE parece colher a sua matriz, estipulava que: «A União dispõe de competência exclusiva para celebrar acordos internacionais quando tal celebração [...] afete um ato interno da União» (disponível em http://european-convention.eu.int). O Grupo de Trabalho VII da Convenção sobre a Ação Externa, no seu relatório final, também remete para o reconhecimento pelo Tribunal de Justiça das «competências externas implícitas da Comunidade quando fosse necessário celebrar acordos internacionais para a execução das políticas internas, ou como reflexo das suas competências internas nos domínios em que ela exercera essa competência, aprovando disposições de direito derivado» e «considerou que se deveria explicitar a jurisprudência do Tribunal de Justiça para facilitar a ação da União num mundo globalizado, especialmente quando se trata da dimensão externa das políticas e ações internas» (v. Relatório final do Grupo de Trabalho sobre a Ação Externa (Grupo VII) CONV 459/02 (16 de dezembro de 2002, n ° 18). V. também CIG 2007 Mandato POLGEN 74 (26 de junho de 2007), n.º 18 e nota de pé de página 10.

56 — V. n.º 82 e notas de pé de página 48 e 49, *supra*.

57 — V. acórdão AETR, já referido na nota de pé de página 36, *supra*, n.º 31, e parecer 1/03, já referido na nota de pé de página 38, *supra*, n.ºs 122 e 133.

58 — Parecer 1/03, já referido na nota de pé de página 38, *supra*, n.ºs 128 e 133.

necessariamente o direito da União Europeia [59]. Além disso, o Tribunal de Justiça acrescentou que, em todos os domínios que correspondam a objetivos do Tratado, o artigo 10.º CE [60] (hoje vertido no artigo 4.º, n.º 3, TUE como princípio da cooperação leal) exige que os Estados-Membros se abstenham de qualquer medida suscetível de pôr em perigo a realização dos objetivos da União [61].

99. Que esclarecimentos adicionais forneceu o Tribunal de Justiça sobre o significado do princípio AETR propriamente dito?

100. A aplicação do princípio AETR pressupõe que tenha existido alguma ação interna, não sendo suficiente a mera existência de competência interna [62]. Com efeito, enquanto a competência interna não tiver sido exercida, não existirão regras da União Europeia que possam ser afetadas ou cujo alcance possa ser alterado. Da mesma forma, a existência de iniciativas e instrumentos destinados a evitar contradições entre o direito da União Europeia e o acordo internacional previsto não pode obviar à necessidade de comparar ambos, a fim de determinar o efeito deste último sobre o primeiro [63]. Igualmente irrelevantes são as próprias bases jurídicas das regras da União Europeia em questão [64] e (como refere com pertinência o Conselho) o facto de a negociação de um acordo misto poder acarretar desvantagens e inconvenientes de ordem prática [65]. De igual modo, o simples facto de a celebração de um acordo internacional por parte dos Estados-Membros poder afetar o normal funcionamento do mercado interno, não é, de forma alguma, suficiente para estabelecer a observância do princípio AETR [66].

101. Na medida em que tenham sido estabelecidas medidas no plano interno, o princípio AETR pode ser aplicado a um acordo internacional na sua totalidade ou a partes do mesmo.

102. Caso as medidas no plano interno tenham assumido a forma de uma harmonização completa num determinado domínio, existe uma competência exclusiva externa relativamente a esse domínio. [67] Nessas circunstâncias, os Estados-Membros deixam de poder manter ou aprovar medidas que não sejam consentâneas com as disposições da União Europeia ou que, de alguma forma, prejudiquem os seus objetivos e efeito (ainda que regras mais estritas possam conduzir a um grau mais elevado de proteção) [68]. Qualquer decisão no sentido de uma derrogação ao direito da União Europeia é

59 — V. parecer 1/03, já referido na nota de pé de página 38, *supra*, n.º 122.

60 — Essa disposição estabelecia que: «Os Estados-Membros tomarão todas as medidas gerais ou especiais capazes de assegurar o cumprimento das obrigações decorrentes do presente Tratado ou resultantes de atos das instituições da Comunidade. Os Estados-Membros facilitarão à Comunidade o cumprimento da sua missão. Os Estados-Membros abster-se-ão de tomar quaisquer medidas suscetíveis de pôr em perigo a realização dos objetivos do presente Tratado.»

61 — V., também, por exemplo, parecer 2/91, já referido na nota de pé de página 39, *supra*, n.º 10, e parecer 1/03, já referido na nota de pé de página 38, *supra*, n.º 119.

62 — V., por exemplo, pareceres 1/94, de 15 de novembro de 1994 [Colet., p. I-5267, n.º 77 (também n.º 88)], e 2/92, de 24 de março de 1995 (Colet., p. I-521, n.ºs 31 e 36). No entanto, não é necessário que as medidas tenham sido tomadas no quadro das políticas comuns: v. pareceres 2/91, já referido na nota de pé de página 39, *supra*, n.ºs 10 e 11, e 1/03, já referido na nota de pé de página 38, *supra*, n.º 118.

63 — Parecer 2/91, já referido na nota de pé de página 39, *supra*, n.º 25; acórdão Comissão/Dinamarca, já referido na nota de pé de página 43, *supra*, n.ºs 101 e 105; e parecer 1/03, já referido na nota de pé de página 38, *supra*, n.ºs 129 e 130. No acórdão Comissão/Dinamarca, um desses instrumentos consistia numa cláusula que previa que o acordo em questão não afetaria a aplicação da legislação comunitária pertinente por parte dos Estados-Membros.

64 — Parecer 1/03, já referido na nota de pé de página 38, *supra*, n.º 131.

65 — Nesse caso, as instituições da União Europeia e os Estados-Membros devem, em conformidade com o requisito da unidade na representação internacional da União Europeia, cooperar de forma estreita na negociação, celebração e execução de compromissos assumidos ao abrigo do de um acordo internacional: v., por exemplo, parecer 2/00, de 6 de dezembro de 2001 (Colet., p. I-9713, n.º 18 e jurisprudência referido).

66 — V., por exemplo, parecer 1/94, já referido na nota de pé de página 62, *supra*, n.ºs 78 e 79, e acórdão Comissão/Dinamarca, já referido na nota de pé de página 43, *supra*, n.º 95.

67 — V., por exemplo, acórdão Comissão/Dinamarca, já referido na nota de pé de página 43, *supra*, n.º 84, e pareceres 1/94, já referido na nota de pé de página 62, *supra*, n.º 96, e 2/92, já referido na nota de pé de página 62, *supra*, n.º 33. Ao mesmo tempo, caso a legislação da União Europeia exclua a harmonização num determinado domínio, a União Europeia não pode celebrar um acordo internacional que contenha disposições que, de alguma forma, pressuponham uma harmonização das medidas legislativas ou regulamentares dos Estados-Membros nesse domínio: v. parecer 1/03, já referido na nota de pé de página 38, *supra*, n.º 132.

68 — V., por exemplo, acórdão de 25 de abril de 2009, VTB-VAB e Galatea (C-261/07 e C-299/07, Colet., p. I-2949, n.º 52).

integralmente regida pelas próprias medidas de harmonização.[69] Assim, se o acordo internacional reger o domínio A e este estiver totalmente harmonizado, a celebração de um acordo internacional nesse domínio satisfaz automaticamente o princípio AETR, e a competência da União Europeia é exclusiva. A participação dos Estados-Membros pode restringir o modo como a União Europeia exercerá posteriormente as suas competências internas. Se o acordo internacional abranger o domínio B para além do domínio A, mas o domínio B não se encontrar ainda harmonizado, a União Europeia possui competência exclusiva, pelo menos, no que respeita ao domínio A. Além da dificuldade em determinar se e relativamente a que aspetos existe uma harmonização total, esta será o que apelidaria de «caso fácil».

103. A existência ou não de uma harmonização completa depende do grau de regulamentação de um determinado domínio. Este é estabelecido, em especial, com base no texto e no(s) objetivo(s) dos atos pertinentes da União Europeia: o seu conteúdo, âmbito de aplicação e natureza das obrigações que consagra. O domínio em causa poderá ser, por exemplo, um setor da economia, um tipo de prática comercial, uma categoria de indivíduos ou um tipo de propriedade.

104. Pode a União Europeia dispor igualmente de competência exclusiva para negociar e celebrar um acordo internacional na sua totalidade, quando os domínios abrangidos por acordo (ou parte do mesmo) ainda não tenham sido objeto de uma harmonização completa?

105. É possível.

106. O Tribunal de Justiça aceitou esta hipótese no seu parecer 2/91 onde constatou que o domínio estava, em grande parte, coberto por regras da União Europeia, tendo em conta a evolução histórica e os objetivos da regulamentação da União Europeia, bem como o facto de o acordo internacional oferecer uma proteção mais ampla, como resultado de definições mais latas dos elementos que afetaram o seu âmbito de aplicação[70]. Nestas circunstâncias, o Tribunal de Justiça concluiu que a parte relevante do acordo internacional era passível de pôr em causa o direito da União Europeia e que, por conseguinte, os Estados-Membros não podiam, fora do âmbito das instituições da União, assumir tais compromissos[71]. No acórdão Comissão/Dinamarca, o Tribunal de Justiça invocou esta conclusão, que parecia significar, em suma, que as regras comuns são afetadas ou distorcidas por compromissos internacionais quando estes se enquadrem num domínio que, em grande parte, já esteja coberto por aquelas regras[72]. Posteriormente, no seu parecer 1/03, o Tribunal de Justiça descreveu essa situação como um mero exemplo do reconhecimento da competência exclusiva e salientou a necessidade de se ter em conta o alcance, a natureza e o conteúdo das regras da União Europeia, bem como quaisquer evoluções futuras previsíveis[73].

107. Da minha leitura da jurisprudência citada, o simples facto de um acordo internacional (ou parte(s) do mesmo) dizer respeito a um domínio «em grande parte coberto» por regras da União Europeia (ou um domínio definido por referência a algum outro limiar abstrato com base no grau de regulamentação) não conduz, por si só, automaticamente à conclusão de que não existe competência exclusiva para negociar esse acordo internacional na íntegra (ou a parte relevante), sem qualquer análise quanto à aplicação do princípio AETR. Obviamente, quanto maior for o domínio já coberto pela legislação da União Europeia, maior será a probabilidade de a parte restante do acordo internacional ter impacto nas regras da União Europeia existentes. No entanto, nem sempre será o

69 — V., por exemplo, acórdão de 25 de abril de 2002, Comissão/França (C-52/00, Colet., p. I-3827, n.º 19) («o facto de [uma] Diretiva prever certas derrogações ou remeter quanto a certos pontos para o direito nacional não significa que, nos aspetos por ela regulados, a harmonização não seja exaustiva»).

70 — V., em especial, o parecer 2/91, já referido na nota de pé de página 39, *supra*, n.º 25.

71 — V., em especial, o parecer 2/91, já referido na nota de pé de página 39, *supra*, n.º 26.

72 — Acórdão Comissão/Dinamarca, já referido na nota de página 43, *supra*, n.ºs 81 e 82.

73 — Parecer 1/03, já referido na nota de pé de página 38, *supra*, n.ºs 121 e 126.

caso. Tudo depende do conteúdo dos compromissos assumidos e da sua possível ligação com regras da União Europeia. A relação entre a Convenção proposta e as regras da União Europeia em matéria de proteção dos direitos dos organismos de radiodifusão, que abordarei em seguida, ilustra bem este aspeto.

108. A aplicação do princípio AETR exige que o teor exato das obrigações assumidas, tanto no âmbito do acordo internacional como da legislação da União Europeia, seja determinado, a fim de estabelecer se e, em caso afirmativo, em que medida os Estados-Membros deixam de poder regular um domínio específico e, consequentemente, deixam de poder assumir compromissos internacionais próprios (mesmo que não entrem em conflito com o direito da União Europeia). Não é necessária uma contradição entre o acordo internacional e as disposições da União Europeia para se aplicar o princípio AETR [74]. A este respeito, o advogado-geral Tizzano, nas suas conclusões apresentadas nos processos ditos «*de céu aberto*» explicou utilmente que, ainda que o texto do acordo internacional reproduza o das regras comuns existentes na União Europeia, não há garantia de que «essas regras sejam depois efetivamente aplicadas de modo uniforme e, sobretudo, que as suas eventuais alterações na ordem interna sejam integral e tempestivamente transpostas nos acordos»; a natureza e o regime jurídico das regras comuns poderiam, assim, ser distorcidos e existiria «o forte e concreto risco da sua subtração à fiscalização exercida pelo Tribunal de Justiça» [75]. No parecer 1/03, o Tribunal de Justiça declara, em termos gerais, que a aplicação do princípio AETR exige uma apreciação com base no alcance, natureza e conteúdo das regras, tendo em conta o estado atual do direito da União no domínio em causa, bem como as suas perspetivas de evolução, quando estas forem previsíveis no momento da análise [76].

109. Assim, a questão de saber se a União dispõe de competência externa exclusiva ao abrigo do último período do artigo 3.º, n.º 2, TFUE depende, no essencial, de uma comparação abrangente e circunstanciada entre os domínios abrangidos pelo acordo internacional previsto e a legislação da União Europeia [77].

110. Na sua jurisprudência, o Tribunal centrou-se, em especial, nos elementos pertinentes a ter em consideração para a avaliação do estado do direito da União Europeia no domínio abrangido pelo acordo, designadamente: desse União Europeia exerceu as suas competências internas; o objeto das disposições que servem de base às medidas internas; o alcance, a natureza e o conteúdo da legislação (atual) da União Europeia [78]; o objetivo das disposições da União Europeia [79]; a estrutura de qualquer ato pertinente da União Europeia [80]; pela medida em que as regras da União Europeia estabelecem apenas prescrições mínimas [81]; o contexto histórico da evolução do direito da União Europeia num

74 — V. parecer 2/91, já referido na nota de pé de página 39, *supra*, n.º 25.

75 — Conclusões do advogado-geral Tizzano apresentadas no processo que deu origem ao acórdão de 5 de novembro de 2002, Comissão/Reino Unido (C-466/98 Colet., p. I-9427, n.º 72).

76 — V. parecer 1/03, já referido na nota de pé de página 38, *supra*, n.º 126; v., também, parecer 2/91, já referido na nota de pé de página 39, *supra*, n.º 25.

77 — V., por exemplo, parecer 1/03, já referido na nota de pé de página 38, *supra*, n.ºs 124 e 133. Encontram-se sintetizados no n.º 123 do parecer 1/03 exemplos de processos em que a análise conclui pela não existência de competência exclusiva.

78 — Parece 2/91, já referido na nota de pé de página 39, *supra*, n.ºs 25 e 26, e parecer 1/03, já referido na nota de pé de página 38, *supra*, n.º 126. O Tribunal de Justiça analisou estes fatores com base no critério de «domínio já em grande parte coberto por regras comunitárias»; mas seria estranho que os mesmos fatores não se aplicassem igualmente noutros contextos. Seja como for, o n.º 133 do parecer 1/03 aponta para uma aplicação mais generalizada.

79 — V., por exemplo, parecer 1/03, já referido na nota de pé de página 38, *supra*, n.º 135.

80 — V., por exemplo, parecer 1/03, já referido na nota de pé de página 38, *supra*, n.º 138.

81 — V. parecer 1/03, já referido na nota de pé de página 38, *supra*, n.ºs 123 e 127, e parecer 2/91, já referido na nota de pé de página 39, *supra*.

determinado domínio [82]; as perspetivas de evolução do direito da União Europeia quando estas forem previsíveis no momento da análise [83]; a plena eficácia do direito da União Europeia [84]; e o bom funcionamento do sistema instituído pelas regras da União Europeia [85]. Algumas destas considerações serão, também, pertinentes para a descrição do acordo internacional previsto.

111. Este tipo de análise deve aplicar-se a cada uma das partes do acordo internacional a negociar e celebrar.

112. Uma consideração em especial pode afetar o resultado da aplicação do princípio AETR: quando a legislação da União Europeia estabeleça prescrições mínimas de proteção num domínio específico. Nesse caso, os Estados-Membros continuam a dispor de competência para celebrar acordos internacionais que também imponham prescrições mínimas, pois esse acordo pode não afetar a legislação da União Europeia que os Estados-Membros podem e devem observar cabalmente [86]. A manutenção efetiva dessa competência dependerá do grau de liberdade conferido aos Estados-Membros, tanto no âmbito do acordo internacional como no das regras da União Europeia. Se o acordo internacional estabelecer prescrições mínimas menos estritas do que as da legislação da União Europeia, a celebração desse acordo por parte dos Estados-Membros não prejudicará o direito da União Europeia: o primado do direito da União Europeia impõe que os Estados-Membros não possam aplicar no respetivo território prescrições menos estritas do que as exigidas pela legislação da União Europeia (ainda que essas prescrições sejam consentâneas com o acordo internacional). De igual modo, a legislação da União Europeia não é prejudicada se o acordo internacional estabelecer prescrições mínimas mais estritas, desde que a legislação da União Europeia autorize os Estados-Membros a adotarem normas mais estritas.

113. Que acontece se a legislação da União Europeia estabelecer prescrições mínimas e o acordo internacional um nível máximo de proteção? Suponhamos que a legislação da União Europeia determina que o prazo de proteção de um direito conexo é de «pelo menos 70 anos» e o acordo internacional define o prazo de proteção como «50 anos no máximo». Nesse caso, os Estados-Membros não podem aplicar a legislação da União Europeia sem violar o acordo internacional. Essa situação afeta a responsabilidade dos Estados-Membros no quadro do direito internacional público, mas não a regra da União Europeia que fixa um prazo de «pelo menos 70 anos» e que continua a vinculá-los na qualidade de Estados-Membros.

114. Neste contexto, passo a analisar se a União Europeia tem competência exclusiva para negociar a Convenção na íntegra.

82 — V. parecer 2/91, já referido na nota de pé de página 39, *supra*, n.os 25 e 26, e parecer 1/03, já referido na nota de pé de página 38, *supra*, n.º 120.

83 — Parecer 2/91, já referido na nota de pé de página 39, *supra*, n.º 25, e parecer 1/03, já referido na nota de pé de página 38, *supra*, n.º 126.

84 — Parecer 1/03, já referido na nota de pé de página 38, *supra*, n.º 128.

85 — Parecer 1/03, já referido na nota de pé de página 38, *supra*, n.º 133.

86 — V., em especial, parecer 2/91, já referido na nota de pé de página 39, *supra*, n.º 18, lido em conjugação com parecer 1/03, já referido na nota de pé de página 38, *supra*, n.os 123 e 127.

A competência da União Europeia para negociar a Convenção

– Determinação da competência externa antes do início das negociações sobre a Convenção

115. No caso vertente, as negociações relativas à Convenção ainda não começaram [87] e não está disponível nenhum texto (projeto) de tratado [88].

116. A resolução da questão da competência antes do início das negociações assegura, sem dúvida, que apenas as partes competentes se sentam à mesa de negociações, o que oferece um certo grau de segurança jurídica e é do interesse da União Europeia, dos Estados-Membros e de terceiros envolvidos nas negociações [89].

117. No entanto, as negociações do tratado podem ser imprevisíveis e o conteúdo do acordo internacional a negociar pode ser alvo de contínua redefinição. De que forma essa realidade afeta a utilização dos procedimentos que podem ser intentados no Tribunal de Justiça para determinar se, num dado caso específico, a competência da União Europeia é exclusiva ou partilhada com os Estados-Membros?

118. Começo por observar que poderão existir circunstâncias em que o Tribunal de Justiça se veja obrigado a declarar-se incapaz de se pronunciar por falta de informações suficientes. Poderia ser esse o caso vertente (por exemplo) se a única informação disponível fosse uma declaração de intenção no sentido de negociar um acordo internacional sobre a proteção dos direitos dos organismos de radiodifusão, sem qualquer indicação quanto ao conteúdo provável de um tal acordo futuro.

119. Em seguida, é possível solicitar um parecer nos termos do artigo 218.º, n.º 11, do TFUE «antes de se terem iniciado as negociações a nível internacional, caso o objeto do projeto de acordo seja conhecido, mesmo que subsistam determinadas alternativas ainda em aberto e divergências relativas à redação dos textos em questão, se os documentos apresentados ao Tribunal de Justiça lhe permitirem exprimir um juízo suficientemente seguro sobre a questão suscitada» [90]. Tanto quanto posso concluir, os mesmos critérios deverão ser aplicados sempre que (como no caso vertente) o Tribunal de Justiça seja chamado a pronunciar-se sobre um recurso de anulação [91]. Desde que esteja disponível informação suficiente sobre as características do acordo internacional previsto, a persistência de um certo grau de incerteza quanto ao seu conteúdo final não impede o Tribunal de Justiça de cumprir a sua função, recorrendo a o critério jurídico para determinar se a Comissão comprovou a competência exclusiva da União Europeia e tomar uma decisão.

87 — O caso vertente não é, porém, o único em que esta situação se apresenta. V., por exemplo, parecer 1/78, de 4 de outubro de 1979 (Colet., p. 2871) (relativo à competência da (então) Comunidade para negociar o Acordo Internacional sobre a Borracha Natural objeto de debate contínuo da Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento), e parecer 2/94, já referido na nota de pé de página 51, *supra* (relativo à possível adesão da Comunidade à Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais).

88 — Por exemplo, no parecer 1/03, já referido na nota de pé de página 38, *supra*, n.º 137, o Tribunal de Justiça analisou a competência exclusiva da Comunidade para celebrar a nova Convenção de Lugano com base num texto que resultou das revisões efetuadas à Convenção de Lugano e à Convenção de Bruxelas, bem como nas diretrizes de negociação.

89 — V., também, parecer 2/94, já referido na nota de pé de página 51, *supra*, n.ºs 10 e 17; parecer 1/78, já referido na nota de pé de página 87, *supra*, n.º 35; e parecer 1/09, de 8 de março de 2011 (Colet., p. I-1137, n.º 48).

90 — Parecer 1/09, já referido na nota de pé de página 89, *supra*, n.º 53 e jurisprudência referida.

91 — V., também, por exemplo, parecer 1/78, já referido na nota de pé de página 87, *supra*, n.º 35.

120. No entanto, uma determinação *ex ante* da competência com base nos dados que, nesta fase, se encontram à disposição do Tribunal de Justiça não impede necessariamente uma reavaliação, caso o processo de negociação redunde numa situação em que o texto (projeto de tratado) final difira significativamente daquele originalmente previsto. Nessas circunstâncias, pode ser conveniente solicitar ao Tribunal de Justiça que se pronuncie novamente sobre a competência e, se necessário, regressar à mesa das negociações [92].

121. A este respeito, as instituições da União Europeia e os Estados-Membros devem desenvolver uma estreita cooperação. Essa exigência aplica-se durante o período de negociação, celebração e execução de um acordo internacional cuja substância seja da competência da UE e, parcialmente, dos Estados-Membros [93]. Assim, se o Tribunal de Justiça concluísse, neste caso, que a Comissão determinou a competência exclusiva da União Europeia, mas posteriormente as negociações mudassem de rumo e incluíssem novas matérias, as instituições da União Europeia teriam, então, de avaliar a sua competência no que diz respeito a essas matérias. Se necessário, teriam de convidar os Estados-Membros a participar. No mínimo, teriam de informar os Estados-Membros dessa evolução, a fim de permitir que exercessem os seus direitos nos termos dos Tratados. Em contrapartida, caso os Estados-Membros mantivessem algumas competências, teriam de participar com lealdade nas negociações, abstendo-se de agir de uma forma que pudesse prejudicar as competências da União Europeia. Se o Tribunal de Justiça entendesse estar perante uma competência partilhada, mas o texto final da Convenção, conforme negociado, contivesse apenas matérias já abrangidas pela legislação da União Europeia, só a União Europeia seria competente para celebrar a Convenção.

– A Convenção

122. Atualmente não existe qualquer projeto de texto da Convenção. No entanto, a Comissão apresentou um conjunto de documentos em que os objetivos e o âmbito das negociações (e, por conseguinte, o possível texto final) se encontram definidos, a saber: (i) a recomendação de 2002, incluindo o respetivo anexo e exposição de motivos; (ii) o memorando de 2008; (iii) o mandato de 2009; e (iv) o relatório da reunião de 2010. Não foi levantada qualquer objeção pelas outras partes ou intervenientes relativamente a estes documentos.

123. Essa documentação refere o que pode ser objeto de negociação. O valor probatório de cada documento deve depender do seu autor, conteúdo e proximidade com o próprio processo de negociação. Afigura-se que o relatório da reunião de 2010 contém a declaração mais recente quanto ao(s) objetivo(s) e alcance das negociações. No entanto, embora o seu conteúdo reflita os debates que tiveram lugar na reunião de consulta de 2010, não desenvolve de forma sistemática a substância acordada com vista à Convenção prevista. A recomendação de 2002 e o mandato de 2009 são documentos políticos, na medida em que foram aprovados pelo Comité de Ministros do Conselho da Europa. O mandato de 2009 apenas instrui o MC-S-NR a «[p]rosseguir os trabalhos sobre a proteção dos direitos conexos dos organismos de radiodifusão e, caso estejam preenchidos os requisitos necessários, a apresentar um projeto de convenção sobre a matéria». O documento mais circunstanciado de um possível mandato de negociação é o memorando de 2008, da autoria do Grupo de Análise *ad hoc* e concebido como um documento de trabalho dirigido ao CDMC. Analisa a viabilidade da elaboração de uma convenção e estuda a necessidade e utilidade dessa convenção. Tem igualmente por base a recomendação de 2002, que descreve como um possível ponto de partida para os debates sobre o conteúdo da convenção.

92 — Da mesma forma que a utilização de uma base jurídica errónea pode conduzir, por exemplo, à renegociação de um novo acordo internacional: v. acórdão de 30 de maio de 1996, Parlamento/Conselho e Comissão (C-317/04 e C-318/04, Colet., p. I-4721). No entanto, esse risco não é exclusivo da ação externa da União Europeia.

93 — V. parecer 2/91, já referido na nota de pé de página 39, *supra*, n.º 36; v., também, parecer 1/78, já referido na nota de pé de página 87, *supra*, n.ºs 34 a 36 e parecer 1/94, já referido na nota de pé de página 62, *supra*, n.º 108.

124. A Comissão apresentou um conjunto separado de documentos que diz respeito às negociações em curso relativas a um Tratado da OMPI sobre a Proteção dos Organismos de Radiodifusão, processo cuja morosidade conduziu [94], aparentemente, à iniciativa do Conselho da Europa de elaborar uma convenção. O valor probatório destes documentos da a seguir «OMPI» é limitado. Os acordos internacionais, como a Convenção de Roma [95], que regulam (em parte) os direitos dos organismos de radiodifusão, também não podem ser utilizados como base para a determinação do conteúdo da convenção sem uma indicação clara da intenção, ou não, de utilizar os acordos internacionais existentes ou partes dos mesmos como modelo.

125. Na formulação da minha opinião sobre as matérias a abranger pela Convenção, tomo essencialmente por base o memorando de 2008 e o relatório da reunião de 2010. Tenho igualmente em conta, se for caso disso e na medida em que sejam relevantes, elementos constantes de outros documentos.

126. O objetivo da Convenção proposta é aumentar a proteção dos direitos dos organismos de radiodifusão e adaptar esses direitos, em especial, aos riscos de roubo de sinal (frequentemente transfronteiras). Esse objetivo deve ser cumprido por meio da concessão de direitos exclusivos aos organismos de radiodifusão, aplicáveis e definidos de forma tecnologicamente neutra. Nada na documentação disponível aponta para que a Convenção se destine a abranger também os direitos de autor ou direitos conexos, por exemplo, de produtores ou artistas.

127. Não está clara a definição que a Convenção dará ao conceito de «radiodifusão»: em especial, se incluirá também, por exemplo, a transmissão através da Internet (seja por *webcasting*, *simulcasting* ou por qualquer outra forma). Como o Governo polaco corretamente refere, o memorando de 2008 (referindo-se às propostas da União Europeia relativamente à OMPI [96]) parece excluir tal definição, enquanto o relatório da reunião de 2010 se centra na necessidade de preservar a neutralidade tecnológica, embora apelando também a que se estude a oportunidade de a Convenção abranger a proteção dos novos serviços de comunicação, incluindo a proteção de serviços a pedido (*on-demand*) e de recuperação (*catch-up*). Parece decorrer claramente do memorando de 2008 que, seja como for, qualquer tentativa de tornar mais ampla a definição de molde a incluir uma ou outra forma de radiodifusão através da Internet alargaria consideravelmente o âmbito da proteção (e, consequentemente, o dos direitos exclusivos dos organismos de radiodifusão) quando comparada com a proteção atualmente garantida ao abrigo da Convenção de Roma que se refere, no seu artigo 3.º, alínea f), apenas à transmissão de ondas radioelétricas (transmissão sem fios).

128. O memorando de 2008 define seis direitos de exclusividade, afirma que esses direitos devem aplicar-se também aos sinais portadores de programa pré-radiodifusão; salienta a necessidade de proteção jurídica e de vias de recurso eficazes para impedir a neutralização de medidas de caráter tecnológico, bem como de obrigações em matéria de informação para a gestão dos direitos; e define o prazo de proteção.

94 — Relativamente às razões que motivaram essa morosidade, v. documento informal do Comité Permanente sobre Direitos de Autor e Direitos Conexos (SCCR) da OMPI, elaborado pelo seu Presidente nos termos da Decisão do SCCR tomada na sua reunião da 16.ª Sessão (março de 2008), SCCR/17/INF/1 (3 de novembro de 2008) (v. n.os 13 a 22). Esse documento foi apresentado em anexo à petição de recurso da Comissão.

95 — Referida na nota de pé de página 12, *supra*.

96 — Citadas na nota de pé de página 14, *supra*. A definição de radiodifusão no artigo 1.º *bis* da Proposta de 2003 inclui «a difusão de sons ou de imagens e sons ou suas representações, por meio de fios ou sem fios, incluindo por cabo ou satélite, destinada à receção pelo público» e, por analogia, «a difusão direta e inalterada por redes informáticas da sua radiodifusão por parte de um organismo de radiodifusão», mas excluindo «a mera redifusão por cabo de transmissões por organismos de radiodifusão, transmissões por meio de redes informáticas, ou a disponibilização de fixações de radiodifusões». Os autores da proposta afirmaram explicitamente estar abertos à discussão sobre a inclusão de outas definições.

129. No que respeita à essência da proteção, a recomendação de 2002 sugere que deveria existir um *direito de retransmissão*, que se destina a abranger todas as formas de redifusão por qualquer meio. Os organismos de radiodifusão poderiam invocar esse direito para autorizar ou proibir a retransmissão das suas emissões por meios com fio ou sem fio, direta ou diferida (com base na fixação) [97].

130. A intenção (como também é evidente na recomendação de 2002) é que a Convenção estabeleça um *direito de fixação* que permitam aos organismos de radiodifusão autorizar ou proibir fixações das respetivas emissões [98].

131. A recomendação de 2002 refere que a Convenção pode abranger igualmente um *direito de reprodução* que os organismos de radiodifusão podem invocar para autorizar ou proibir a reprodução direta e diferida das respetivas fixações seja de que forma for. [99]

132. A recomendação de 2002 propõe que o *direito de disponibilização ao público* seja descrito como o direito dos organismos de radiodifusão de autorizar ou proibir a disponibilização ao público de fixações das suas emissões, por fios ou sem fios, de molde a que o público possa ter acesso aos mesmos a partir de um local e num momento da sua escolha [100]. O memorando de 2008 indica que esse direito pode abranger igualmente a disponibilização das emissões a pedido, através da Internet.

133. Nos termos da recomendação de 2002, a Convenção pretende estabelecer um *direito de distribuição* ou o direito de autorizar ou proibir a disponibilização ao público, através de venda ou outra forma de transferência de propriedade, de fixações e cópias das fixações das suas emissões, incluindo a difusão de programas que não se encontrem protegidos pelo direito de autor [101]. O memorando de 2008 aponta para que a Convenção possa alargar o alcance desse direito consagrado na Convenção de Roma, proporcionando proteção também no que diz respeito à distribuição por fio.

134. A recomendação de 2002 prevê que a Convenção possa estabelecer um *direito de comunicação ao público*, ou seja, o direito dos organismos de radiodifusão de autorizarem ou proibirem a comunicação ao público das respetivas emissões, nas situações em que essa comunicação seja feita em locais acessíveis ao público mediante entrada paga, apesar de os Estados-Membros terem o direito de definir a expressão «entrada paga» no direito nacional e de decidirem proteger ou não este direito em caso de comunicação em locais acessíveis ao público mediante entrada paga indiretamente [102].

97 — A proteção conferida seria, assim, mais ampla do que a oferecida pelo artigo 13.º da Convenção de Roma, que não garante qualquer proteção contra a retransmissão por cabo ou retransmissão diferida, e pelo artigo 1.º do Acordo Europeu sobre a Proteção das Emissões de Televisão, que não abrange as transmissões de radio e que não oferece qualquer proteção contra a retransmissão sem fios.

98 — Não se pretende que esse direito difira do constante do artigo 13.º da Convenção de Roma e do artigo 1.º do Acordo Europeu sobre a Proteção das Emissões de Televisão (que, no entanto, é mais específico e limitado no que se refere às fixações das «suas imagens isoladas»).

99 — Não se pretende que esse direito esteja sujeito às limitações do direito de reprodução consagrado no artigo 13.º, alínea c), da Convenção de Roma. O artigo 1.º do Acordo Europeu sobre a Proteção das Emissões de Televisão contempla igualmente um direito de reprodução.

100 — Pretende-se que a redação da disposição seja semelhante à do «Direito de Comunicação ao Público» consagrado nos Tratados da OMPI de 1996. O artigo 8.º do Tratado da OMPI sobre direito de autor de 1996 refere: «Sem prejuízo das disposições dos artigos 11.º, n.º 1, alínea ii), 11.º*bis*, n.º 1, alíneas i) e ii), 11.º*ter*, n.º 1, alínea ii), 14.º, n.º 1, alínea ii), e 14.º*bis*, n.º 1, da Convenção de Berna, os autores de obras literárias e artísticas gozarão do direito exclusivo de autorizar qualquer comunicação ao público das respetivas obras, por meios com ou sem fios, incluindo a disponibilização ao público das respetivas obras para que este possa aceder às mesmas a partir de um local e num momento escolhido por si». Nos termos da declaração acordada relativamente ao artigo 8.º: «A mera disponibilização de meios materiais para permitir ou realizar uma comunicação não constitui só por si uma comunicação na aceção do presente tratado ou da Convenção de Berna. Além disso, nenhuma das disposições do artigo 8.º impede que uma parte contratante aplique o disposto no artigo 11.º-bis, n.º 2.»

101 — Nem a Convenção de Roma nem o Acordo Europeu sobre a Proteção das Emissões de Televisão contemplam esse direito. Em contrapartida, os Tratados da OMPI de 1996 consagram-no, embora apenas para outras categorias de titulares de direitos conexos.

102 — Ambos, a Convenção de Roma e o Acordo Europeu sobre a Proteção das Emissões de Televisão, contemplam esse direito, e a intenção é, na Convenção, fazer assentar esse direito nestes atos. No entanto, a Convenção de Roma não protege a comunicação ao público no que respeita à radiodifusão sonora.

135. Da documentação disponível resulta que um dos principais propósitos da Convenção é proteger *sinais portadores de programas pré-radiodifusão*, porém, não parece existir qualquer certeza quanto ao alcance da proteção [103]. A Convenção de Roma não protege esses sinais. Nenhum dos documentos disponíveis define o possível conteúdo desse direito, embora o memorando de 2008 observe que a proteção pode ser alcançada simplesmente através de uma definição mais lata de radiodifusão. No entanto, ainda de acordo com o memorando de 2008, o resultado visado poderá ser a adoção de medidas adequadas e eficazes por parte dos Estados-Membros contra a distribuição não autorizada e outra utilização desses sinais. Determinar se essas medidas devem ser regidas pelo direito privado ou público é uma questão em aberto. O relatório da reunião de 2010 mostra que também se encontra por determinar se esse direito deve estender-se aos sinais que, ao contrário dos sinais radiodifundidos, podem ser portadores de matéria-prima ou material cuja radiodifusão não seja possível.

136. A Convenção poderá resolver, por meio da proteção jurídica e de vias de recurso, a questão da neutralização das *medidas eficazes de caráter tecnológico* utilizadas pelos organismos de radiodifusão no âmbito do exercício dos seus direitos conexos. No memorando de 2008 sugere-se que as disposições da Convenção possam ser «consentâneas» com os Tratados da OMPI de 1996 e com a Diretiva 2001/29.

137. A Convenção poderá abranger o problema da supressão ou alteração consciente por parte das pessoas da *informação eletrónica para a gestão dos direitos* (ou seja, informações que identificam o conteúdo protegido, os titulares de direitos, bem como os termos e condições de utilização desse conteúdo). O memorando de 2008 mostra que os Tratados da OMPI e a Diretiva 2001/29 podem servir de base para a formulação destas disposições.

138. No que diz respeito ao *prazo de proteção*, a recomendação de 2002 e o memorando de 2008 demonstram que existe apoio à fixação de um prazo de proteção dos direitos dos organismos de radiodifusão de, pelo menos, 50 anos a contar do termo do ano em que a radiodifusão tenha ocorrido [104]. Do relatório da reunião de 2010 resulta uma visão diferente, a saber, que o prazo não deve exceder o previsto no artigo 14.º da Convenção de Roma, um prazo mínimo de 20 anos a contar do final do ano em que a radiodifusão tenha ocorrido.

139. Por fim, os documentos disponíveis sugerem que a Convenção (o que não surpreende) contém uma cláusula sobre *limitações e exceções*. No entanto, o acordo refletido no relatório da reunião de 2010 aponta para que as mesmas não sejam definidas de forma exaustiva.

– O Direito da União Europeia

140. A União Europeia tem exercido competências partilhadas no domínio do mercado interno [105], através da adoção de medidas de harmonização no domínio da proteção de direitos de propriedade intelectual de organismos de radiodifusão, a abranger pela Convenção. Aplicam-se igualmente aos organismos de radiodifusão outras partes da legislação da UE, porém, dizem respeito a outros domínios, tais como a prestação de serviços de comunicação social audiovisual [106], e, por conseguinte, não são relevantes para a matéria em apreço.

103 — A Convenção de Bruxelas de 1974 protege a distribuição de sinais portadores de programas transmitidos por satélite, mas não abrange os destinados à receção direta pelo público em geral.

104 — Trata-se do mesmo prazo que o conferido a outros titulares de direitos conexos ao abrigo do Tratado da OMPI de 1996 sobre Prestações e Fonogramas e do artigo 14.º n.º 5, do Acordo TRIPS.

105 — V. artigo 4.º, n.º 2, alínea a), TFUE.

106 — V., por exemplo, Diretiva 2010/13/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 10 de março de 2010, relativa à coordenação de certas disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros respeitantes à oferta de serviços de comunicação social audiovisual (Diretiva «Serviços de Comunicação Social Audiovisual») (JO, L 95, p. 1) ou o artigo 167.º TFUE.

141. Tanto quanto me é dado constatar, a própria Comissão reconhece que as diretivas aplicáveis não regulam toda a esfera da proteção dos direitos dos organismos de radiodifusão, não tendo, por conseguinte, sido ainda alcançada uma harmonização completa. Na verdade, o próprio âmbito da Convenção proposta revela a existência de elementos relativos à proteção dos direitos dos organismos de radiodifusão que ainda não se encontram cobertos pela legislação em vigor. Para além disso, este é um domínio em que a necessidade de regulamentação está muitas vezes diretamente ligada às inovações tecnológicas [107]. Qualquer conclusão sobre o estado da harmonização deve ter em conta esta evolução.

142. Descrevi já a legislação da União Europeia neste domínio nos n.os 23 a 39 *supra*.

– Efeito(s) produzidos pela celebração da Convenção por parte dos Estados-Membros na legislação da União Europeia que rege os direitos dos organismos de radiodifusão

143. As diferentes partes da Convenção podem ter consequências distintas na legislação da União Europeia que rege os direitos dos organismos de radiodifusão. Nesta fase, o cerne da análise é perceber se a Comissão determinou que a União Europeia tem competência exclusiva para negociar a Convenção na sua totalidade. Afinal, a Comissão alega que o Conselho cometeu um erro ao considerar não ser esse o caso. Pondo a questão dessa forma, se a análise da Convenção e da legislação da União Europeia, com base nas informações atualmente disponíveis, demonstra que os *Estados-Membros continuam a possuir competências pelo menos relativamente a um dos aspetos*, o fundamento da Comissão deve ser rejeitado. Não é necessário, para efeitos do presente processo, decidir qual a instituição competente para negociar determinada matéria, o que, aliás, também não parece ser possível.

144. Na minha opinião, a Comissão não demonstrou por que razão, nos termos do artigo 3.º, n.º 2, TFUE, a União Europeia detém competência exclusiva para negociar a Convenção na sua totalidade.

145. É sem dúvida verdade que a legislação da União Europeia abrange uma parte considerável das matérias objeto de negociação no âmbito da Convenção. No entanto, esse facto não é, por si só, suficiente para concluir que os critérios estabelecidos no artigo 3.º, n.º 2,TFUE se encontram preenchidos [108].

146. Abordo, em primeiro lugar, os direitos exclusivos dos organismos de radiodifusão.

147. É verdade que os direitos de fixação, reprodução, retransmissão por meios sem fio, colocação à disposição do público, comunicação em locais acessíveis ao público mediante entrada paga e distribuição, constantes na Convenção, terão, provavelmente, por base a legislação comunitária em vigor, que harmoniza a proteção dos direitos dos organismos de radiodifusão [109]. Em princípio, esse facto leva a crer que, por conseguinte, a União Europeia dispõe de competência exclusiva para negociar aquelas partes da Convenção, visto que os Estados-Membros não podem assumir compromissos internacionais suscetíveis de prejudicar a unidade e a aplicação uniforme do direito da União Europeia. No entanto, na medida em que a legislação da União Europeia apenas estabelece prescrições mínimas de proteção e a Convenção adota essas disposições, os Estados-Membros podem continuar a deter competências para negociar a Convenção.

148. A legislação da União Europeia estabelece prescrições mínimas?

107 — V., por exemplo, considerandos 5, 6 e 20 do preâmbulo da Diretiva 2001/29 e considerandos 2 e 4 do preâmbulo da Diretiva 2006/115.

108 — V. n.º 106, *supra*.

109 — V. n.os 26 a 31, *supra*.

149. A legislação estabelece claramente prescrições mínimas no que respeita ao direito de retransmissão por ondas radioelétricas e ao direito de comunicação ao público, previstos no artigo 8.º, n.º 3, da Diretiva 2006/115.

150. Assim, a legislação da União Europeia ainda não rege «pelo menos» o direito de retransmissão por fio ou por cabo, o que a Convenção poderá vir a fazer, sendo que os Estados-Membros estão atualmente autorizados a prever esse direito na sua própria jurisdição. Se o fazem por iniciativa própria ou como resultado de um compromisso internacional, não é relevante neste contexto, assim como também não o é o facto de a proteção mais ampla ser considerada como um novo direito ou como um alargamento do âmbito de aplicação de um direito existente. A verdade é que a legislação da União Europeia declara expressamente que os Estados-Membros são competentes para tornar mais ampla a proteção a conferir aos titulares de direitos no que respeita à retransmissão, distinguindo-o de outros direitos abrangidos pelas diretivas da União Europeia pertinentes. O mesmo raciocínio se aplica ao direito de comunicação ao público fora de locais acessíveis ao mesmo mediante entrada paga (por exemplo, em lojas ou restaurantes), caso a Convenção venha a abranger esse direito. No entanto, nada na documentação disponível me permite inferir que a Convenção pode alargar nesse sentido o alcance do direito de comunicação. Por conseguinte, esta questão não deve ser considerada para efeitos do primeiro fundamento.

151. Que dizer quanto aos direitos de fixação, reprodução, distribuição e colocação à disposição do público?

152. Na minha opinião, a legislação da União Europeia não se limita a estabelecer prescrições mínimas de proteção desses direitos, tendo em conta o atual estado da evolução tecnológica que permite proceder à radiodifusão. A este respeito, os considerandos 6 e 7 no preâmbulo da Diretiva 2001/29 (que abrange, nomeadamente, os direitos de reprodução e de colocação à disposição do público) demonstram que esses direitos fazem parte de um quadro legislativo harmonizado que tem como objetivo eliminar as diferenças legislativas entre os Estados-Membros e as incertezas jurídicas que podem afetar negativamente o funcionamento do mercado interno. Embora a Diretiva 2006/115 não contenha considerandos semelhantes, o seu objetivo geral é idêntico e a sua base jurídica é comum à da Diretiva 2001/29. Assim, nos termos da legislação da União Europeia, é concedido aos organismos de radiodifusão um direito exclusivo para autorizar ou proibir a fixação das respetivas emissões (que é a primeira gravação de um sinal), independentemente de a radiodifusão se fazer por fios ou sem fios, incluindo por cabo ou satélite, o que parece abranger qualquer forma de transmissão. No entanto, os Estados-Membros estão impedidos de conceder esse direito de fixação a distribuidores por cabo que se limitem a transmitir por cabo as emissões de organismos de radiodifusão. Essas são as fixações objeto do direito exclusivo de autorização ou proibição da reprodução direta ou indireta, bem como do direito exclusivo de distribuição com vista à disponibilização das fixações das suas emissões, incluindo cópias das mesmas, ao público por intermédio de venda ou outro meio. Assim, relativamente a esses direitos, a legislação da União não deixa aos Estados-Membros qualquer margem para definir um nível diferente de proteção. Por conseguinte, aplica-se na íntegra o princípio AETR no que diz respeito às partes correspondentes das negociações. A União Europeia deve deter competência exclusiva - mesmo que a Convenção se limite a copiar *ipsis verbis* essas partes da legislação da União Europeia, ou seja, mesmo que integre simplesmente o direito da União Europeia.

153. No entanto, não é possível analisar nos mesmos termos um eventual direito de proteção previsto na Convenção, no que respeita a sinais portadores de programas pré-radiodifusão. Atualmente, a legislação da União Europeia oferece proteção apenas no caso de se poder demonstrar que o roubo desses sinais implicou a neutralização de quaisquer medidas eficazes de caráter tecnológico, na aceção do artigo 6.º da Diretiva 2001/29. No entanto, essa proteção parece exigir que as medidas em questão tenham sido concebidas para impedir ou restringir atos relativamente aos quais existe um titular de

direitos a quem assiste o direito de autorizar [110]. Contudo, a legislação da União Europeia não exige que os Estados-Membros concedam aos organismos de radiodifusão o direito de impedir o acesso ou utilização dos respetivos sinais portadores de programas pré-radiodifusão.

154. Com base na documentação disponível, é difícil avaliar de que forma a Convenção protegerá esses sinais. Uma das possibilidades passará por tornar mais latas as definições pertinentes [111]. Entre as restantes opções inclui-se a sujeição desses sinais às disposições em matéria de proteção das medidas de caráter tecnológico (eliminando assim algumas das restrições aplicáveis nos termos da legislação da União Europeia, que apenas confere proteção jurídica no que diz respeito a atos que exijam a autorização do titular do direito) ou a previsão de que os organismos de radiodifusão possam também gozar de proteção contra atos cobertos, por exemplo, por direitos de fixação, reprodução, retransmissão, colocação à disposição do público ou comunicação ao público de sinais antes da radiodifusão [112]. Se for seguida uma destas abordagens, a União Europeia possui competência exclusiva.

155. No entanto, se, ao invés, as negociações se concentrarem na criação de um direito distinto respeitante à proteção de sinais portadores de programas pré-radiodifusão, sob uma forma diferente das que acabo de descrever, então não resulta óbvio para mim, com base nas informações disponíveis, a razão por que a União Europeia deva dispor de competência exclusiva. O facto de o sinal poder conter material protegido por direitos de autor, cuja proteção já se encontra sujeita à legislação da União Europeia, não significa que um direito distinto das organizações de radiodifusão possa, de alguma forma, afetar os direitos de autor, a não ser no sentido de melhorar a sua eficácia. Também não é suficiente que esse direito possa melhorar a eficácia dos direitos em vigor dos organismos de radiodifusão no quadro da União Europeia, que, hoje em dia, em princípio, apenas «são acionados» no momento da fixação de um sinal e, possivelmente, independentemente de a emissão conter material protegido por direitos de autor ou matéria-prima. É o caso dos direitos conferidos ao abrigo das Diretivas 2001/29 e 2006/115. Quanto à Diretiva 93/83, o seu âmbito de aplicação é determinado pelas definições contantes do artigo 1.º, cujo n.º 1 estipula que os satélites devem operar em bandas de frequência que se encontrem reservadas à radiodifusão de sinais que se destinem a ser captados pelo público ou à comunicação individual não pública. Quanto ao segundo tipo de sinal, o Tribunal de Justiça aceitou ser, ainda assim, necessário que a receção individual ocorra em circunstâncias comparáveis às aplicadas ao primeiro tipo [113]. Contudo, a característica essencial dos sinais portadores de programas pré-radiodifusão, tal como a entendo, prende-se com o facto de (geralmente ao contrário dos programas de que são portadores) não se destinarem ao público.

156. A legislação da União Europeia não define a expressão «organismos de radiodifusão», embora, evidentemente, estes possam ser descritos como os titulares de direitos no que diz respeito a emissões protegidas ao abrigo das Diretivas 93/83, 2001/29 e 2006/115. Porém, a legislação da União Europeia não determina se as organizações que procedem à difusão em *webcast*, *simulcast* ou à transmissão de sinais através de qualquer outro formato novo (como resultado da evolução tecnológica) devem ser caracterizadas como titulares de direitos ao abrigo das referidas diretivas. Consoante a sua formulação, as definições de expressões como a referida podem afetar integralmente o domínio do direito da União Europeia que rege os direitos dos organismos de radiodifusão, incluindo os direitos relativamente aos quais a legislação da União Europeia declara expressamente que os Estados-Membros podem conferir uma proteção mais ampla aos titulares de direitos (sem sugerir que os Estados-Membros possam também alargar a própria categoria dos titulares de direitos). Se a definição da Convenção criar uma categoria absoluta, mais lata do que a das organizações de radiodifusão titulares de direitos ao abrigo

110 — V., a este respeito, acórdão de 23 de janeiro de 2014, *Nintendo* e o. (C-355/12, n.º 25).

111 — V. n.º 156, *infra*.

112 — V., por exemplo, artigo 10.º da proposta da OMPI de 2001, referida na nota de pé de página14, *supra*.

113 — Acórdão de 14 de julho de 2005, Lagardère Active Broadcast (C-192/04, Colet., p. I-7199, n.ºs 24 e 34 a 36).

das referidas diretivas, a criação dessa categoria poderá, eventualmente, limitar a liberdade da União Europeia de decidir sobre a sua própria definição. Pode não ser esse o caso se a definição da Convenção não for exaustiva e não conferir proteção a entidades diferentes dos titulares de direitos já existentes ao abrigo da legislação da União Europeia.

157. As exceções e limitações encontram-se meticulosamente circunscritas e, aparentemente, enumeradas de forma exaustiva no artigo 5.º da Diretiva 2001/29 e no artigo 10.º da Diretiva 2006/115. Da leitura que faço destas disposições, resulta que estas preveem um conjunto circunscrito de exceções e limitações e que qualquer liberdade de agir dos Estados-Membros está limitada àquela enumeração. Assim, os Estados-Membros não podem pôr em causa essas disposições da União Europeia ao assumir compromissos internacionais autónomos.

158. No que se refere à garantia do respeito dos direitos, concordo com a Comissão que nada na documentação disponível sugere que a Convenção contenha disposições relativas a sanções penais. A este propósito, considero que não há lugar para tratar um documento informal apresentado pelo presidente da comissão competente com vista às negociações paralelas em curso da OMPI como prova do potencial alcance das negociações da Convenção. Embora os Estados-Membros gozem de um considerável poder discricionário para determinar vias de recurso (não só sanções penais, mesmo nas situações em que tenham sido adotadas medidas em conformidade com o artigo 83.º, n.º 2, TFUE) em caso de violação de direitos conexos dos organismos de radiodifusão, o exercício desse poder discricionário está sujeito à legislação da União Europeia.

159. No que diz respeito ao prazo de proteção, a legislação da União Europeia define a duração da proteção, não tendo os Estados-Membros qualquer liberdade para se afastar dessa exigência.

160. Os restantes dois domínios dizem respeito à proteção das medidas de carácter tecnológico e à informação para a gestão dos direitos. Desconhece-se ainda se a Convenção poderá ir para além do acervo da União Europeia ou, em alternativa, estabelecer prescrições mínimas, assim como se ignora como definirá «medidas de carácter tecnológico» e «informação para a gestão de direitos». Embora possa entender-se que os Estados-Membros continuam a dispor de alguma competência ao abrigo da legislação da União Europeia para decidir sobre a forma «adequada» de proteção jurídica, seja como for, os artigos 6.º e 7.º da Diretiva 2001/29/CE visam conferir uma proteção jurídica harmonizada. Conclui-se daqui que, mesmo que a Convenção copiasse *ipsis verbis* o conteúdo das disposições da legislação da União Europeia, esta teria competência exclusiva.

161. Estas considerações levam-me a concluir que a Comissão não demonstrou que, nas circunstâncias atuais, a União Europeia possui competência exclusiva relativamente à *totalidade* da Convenção.

162. Esta conclusão é alterada por via das possíveis consequências da Convenção noutras partes da legislação da União Europeia em matéria de propriedade intelectual?

163. O Tribunal de Justiça interpreta a legislação da União Europeia em matéria de propriedade intelectual partindo do pressuposto de que os conceitos que contém possuem um significado autónomo na União Europeia [114], são frequentemente utilizados em contextos diferentes e devem ser lidos no contexto das normas pertinentes do direito internacional [115], quer derivem de acordos internacionais de que a União Europeia é parte (sendo, por conseguinte, parte integrante da ordem jurídica da União Europeia), quer afetem indiretamente a ordem jurídica da União Europeia (como no caso da Convenção de Roma). Assim, a Comissão argumenta com pertinência que o Tribunal de Justiça se preocupa em garantir a coerência na interpretação da legislação relativa à propriedade

114 — V., por exemplo, acórdão de 16 de julho de 2009, Infopaq International (C-5/08, Colet., p. I-6569, n.os 27 a 29).

115 — V., por exemplo, acórdãos de 4 de outubro de 2011, Football Association Premier League e o. (C-403/08 e C-429/08, Colet., p. I-9083, n.º 189), e Infopaq, já referido na nota de pé de página 114, *supra*, n.º 32.

intelectual e, em particular, do direito de autor e direitos conexos [116]. Neste contexto e salvo disposição em contrário, poderá ser necessário interpretar os termos não definidos numa diretiva à luz de uma outra diretiva, especialmente quando ambas as diretivas dizem respeito a aspetos distintos da mesma matéria, como, por exemplo, as Diretivas 93/83 e 2001/29.

164. No entanto, não quer isso dizer que o Tribunal de Justiça transponha cegamente o significado de um conceito de um contexto para outro [117]. Assim, se a Convenção vier a alargar o âmbito do direito de comunicação ao público também à comunicação fora de locais acessíveis ao público mediante entrada paga, esse facto não muda automaticamente o alcance do conceito de «comunicação ao público» noutras partes da legislação da União Europeia em matéria de propriedade intelectual, na qual, em todo o caso, o conceito pode estar circunscrito por condições distintas.

165. Igualmente relevante é o facto de, nos termos da Convenção de Roma, bem como da legislação da União Europeia que regula os direitos dos organismos de radiodifusão, a proteção dos organismos de radiodifusão não poder pôr em causa ou, de algum outro modo, afetar o direito de autor. A Comissão não demonstrou de que forma o alargamento do âmbito da proteção ou a criação de novos direitos para os organismos de radiodifusão afetaria os direitos de autor quando os atuais direitos (que, ao que parece, deverão ser retomados *ipsis verbis* na Convenção) não o fazem.

166. Permaneço, pois, convicta de que a Comissão não demonstrou, nas atuais circunstâncias, que a União Europeia possui competência exclusiva para negociar toda e qualquer parte da Convenção. Gostaria de deixar claro que poderá ser preciso revisitar esta conclusão, à medida que venham a ser conhecidos outros elementos do conteúdo da Convenção, caso se torne evidente que a celebração da Convenção na íntegra é «suscetível de afetar regras comuns ou de alterar o alcance das mesmas», na aceção do artigo 3.º, n.º 2, do TFUE.

Segundo fundamento: artigo 218.º, n.º 2, TFUE em conjugação com o artigo 13.º, n.º 2, TEU

Argumentos

167. A Comissão alega que a decisão viola tanto o artigo 218.º, n.º 2, TFUE, segundo o qual compete exclusivamente ao Conselho autorizar a abertura das negociações e definir as diretrizes de negociação dos acordos internacionais, como o artigo 13.º, n.º 2, TUE, que à luz da interpretação do Tribunal no âmbito do processo C-27/04, não confere ao Conselho a possibilidade de recorrer a procedimentos alternativos [118]. O Conselho não pode derrogar, unilateralmente, o procedimento previsto no artigo 218.º, n.º 2, TFUE, por via da inclusão, no seu processo de tomada de decisão, dos Estados-Membros reunidos no seio Conselho. O Parlamento apoia o fundamento da Comissão.

168. O Conselho, apoiado pelos Estados-Membros intervenientes, considera irrelevante que a abertura das negociações tenha sido autorizada por uma única decisão «híbrida» ou por duas decisões distintas, adotadas, respetivamente, pelo Conselho e pelos Estados-Membros. Acrescenta que, neste contexto, a decisão dos Estados-Membros de participarem nas negociações de tratados assenta no direito internacional público, em especial, no princípio do consentimento, e não no artigo 218.º TFUE ou em qualquer outra disposição dos Tratados. Na verdade, o recurso a uma decisão híbrida, nestas circunstâncias, é consentâneo com a exigência de uniformidade na representação internacional da União Europeia e com o princípio da cooperação leal.

116 — V. as minhas conclusões apresentadas no processo que deu origem ao acórdão de 27 de fevereiro de 2014, OSA (C-351/12, n.º 25). V., também, a esse respeito, acórdão SCF, já referido na nota de pé de página 45. *supra*, n.ºs 75 a 77.

117 — V., por exemplo, acórdão OSA, já referido na nota de pé de página 116, n.ºs 35 a 41.

118 — Acórdão Comissão/Conselho, já referido na nota de pé de página 31, *supra*, n.º 81.

169. O Reino Unido argumenta ainda que a Comissão ignora a necessidade de os Estados-Membros, sempre que exercem uma competência partilhada, concordarem em participar nas negociações para a celebração de um acordo misto. A Comissão não tem, portanto, razão quando afirma que a decisão deveria ter sido tomada exclusivamente pelo Conselho. Acrescenta que, se tivesse havido duas decisões distintas, respetivamente, do Conselho e dos Estados-Membros, a questão relativa aos domínios de competência dos Estados-Membros não estaria mais clara. Além disso, o artigo 218.º, n.º 2, TFUE não impede os Estados-Membros de cooperarem com a União Europeia na negociação de um acordo internacional relacionado com matérias em que exerçam competências partilhadas.

Apreciação

170. Na minha opinião, os Tratados não autorizam a adoção da decisão pelo método utilizado [119].

171. Decorre da divisão de competências externas que a União Europeia e os Estados-Membros devem cooperar na negociação, celebração e execução de compromissos internacionais. Esta obrigação decorre da exigência de unidade na representação internacional da União Europeia. [120] No entanto, cada um deve aplicar os seus próprios procedimentos constitucionais na negociação, assinatura, celebração e ratificação de acordos internacionais. A obrigação de cooperar não altera esse facto. Se determinado acordo internacional for da competência exclusiva da União Europeia, apenas se aplicam os procedimentos constitucionais da União Europeia. Se os Estados-Membros também detiverem competências, o respetivo direito nacional rege a sua participação no acordo internacionais (e nas negociações do mesmo), e a legislação da União Europeia rege a participação da União Europeia. O carácter misto de um acordo internacional em nada altera o facto de apenas a legislação da União Europeia poder reger a sua participação no acordo (e na respetiva negociação).

172. No meu entender, o artigo 218.º, n.º 2, TFUE deixa claro que só o Conselho tem competência para autorizar a negociação pela União Europeia, definir as diretrizes de negociação, autorizar a assinatura e celebrar os acordos internacionais entre a União Europeia e países terceiros ou organizações internacionais. O artigo 218.º aplica-se a todos os acordos internacionais, independentemente de o respetivo conteúdo se inserir no âmbito das competências exclusivas da União Europeia ou de competências partilhadas com os Estados-Membros. Define as condições em que os Tratados autorizam a União Europeia a realizar acordos internacionais.

173. O instrumento específico através do qual essa autorização é dada consiste numa decisão, na aceção do artigo 288.º, n.º 4, TFUE: é, por conseguinte, obrigatória em todos os seus elementos e, na medida em que é dirigida à Comissão, vincula apenas a Comissão. A adoção de tal decisão, nos termos do artigo 218.º TFUE, é uma prerrogativa do Conselho. Os Estados-Membros não podem determinar parte alguma do seu conteúdo nem participar na sua adoção. De igual modo, o Conselho também não pode decidir de que forma os Estados-Membros organizam a sua participação na negociação de um acordo misto.

174. Esta interpretação é confirmada por outras partes do artigo 218.º TFUE, que se aplica a ambos os acordos, mistos e exclusivos. Por exemplo, o seu n.º 3 estabelece que a Comissão apresente recomendações ao Conselho relativamente à autorização de abertura de negociações (e não aos Estados-Membros). À exceção do artigo 218.º, n.º 11, TFUE (pedido de um parecer ao Tribunal), os demais números do artigo 218.º não contêm qualquer referência aos (função para os) Estados-Membros.

119 — A Decisão não é o único exemplo de um ato híbrido. V., por exemplo, a decisão em causa no processo pendente C-28/12, Comissão/Conselho (nesse caso, o acordo internacional na base da decisão é misto).

120 — V., por exemplo, acórdão Comissão/Suécia, já referido na nota de pé de página 3, *supra*, n.º 73, e jurisprudência referida.

175. O Tribunal de Justiça tem defendido que as regras relativas à tomada de decisão das instituições da União Europeia «não estão, na disponibilidade nem dos Estados-Membros, nem das próprias instituições» [121]. Assim, de acordo com o princípio da atribuição constante no artigo 13.º, n.º 2, TUE [122], o Conselho deve atuar dentro dos limites das atribuições que lhe foram conferidas, e não pode por iniciativa própria envolver os Estados-Membros num processo decisório quando os Tratados preveem de outra forma. De igual modo, não pode invocar o princípio da autonomia organizacional para alcançar esse resultado. Este princípio (como o princípio da cooperação leal) pode ser invocado apenas por uma instituição agindo dentro dos limites das suas competências. A decisão nos termos do artigo 218.º, n.º 2, TFUE pode, assim, emanar apenas do Conselho.

176. Não estou convencida do argumento de que a Decisão nada mais é do que a soma de uma decisão do Conselho e de um ato intergovernamental dos Estados-Membros. Este argumento pressupõe que as regras processuais previstas no artigo 218.º TFUE sejam cumpridas com recurso a qualquer instrumento formal que o Conselho apelide de «decisão», desde que contenha um elemento de uma decisão que deva ser adotada ao abrigo do referido artigo. No entanto, os Tratados presumem que a instituição que toma uma decisão é responsável pela totalidade do seu conteúdo.

177. Quanto ao conteúdo da Decisão, o artigo 218.º, n.º 2, TFUE não impede o Conselho de autorizar a Comissão a negociar um acordo internacional, em conformidade com a repartição de competências no que respeita a um domínio específico, e de prever a possibilidade de esse acordo ser misto. Contudo, também não autoriza o Conselho a decidir os moldes em que os Estados-Membros devem negociar esse acordo internacional, caso seja misto [123], que é, porém, exatamente o que o n.º 3 da Decisão se propõe fazer.

178. Concluo, portanto, que o segundo fundamento deve ser julgado procedente.

Terceiro fundamento: artigo 218.º, n.º 8, primeiro parágrafo, TFUE, e artigo 16.º, n.º 3, TUE

Argumentos

179. A Comissão, apoiada pelo Parlamento, alega que, ao adotar a Decisão de comum acordo, o Conselho violou o artigo 218.º, n.º 8, TFUE, pois a mesma teria de ser aprovada por maioria qualificada. É também essa a regra geral estipulada no artigo 16.º, n.º 3, TUE. Com efeito, ao fundir uma decisão da União Europeia com uma decisão intergovernamental num ato híbrido, o Conselho esvaziou de substância o procedimento previsto no artigo 218.º, n.º 8, TFUE, prejudicou a eficácia do processo decisório, afetou, eventualmente, o conteúdo da Decisão e sujeitou a adoção da Decisão a uma maioria mais exigente, necessária para a adoção de um ato intergovernamental. A harmonização das medidas no quadro da legislação relativa à propriedade intelectual com vista à melhoria da proteção dos direitos dos organismos de radiodifusão deve ser adotada de acordo com o processo legislativo ordinário (votação por maioria qualificada). É paradoxal que se assuma a posição, como faz o Conselho, de que o mesmo resultado pode ser alcançado através da negociação de um acordo internacional em que todos os Estados-Membros participam e ao qual se aplica, por conseguinte, a regra da unanimidade.

121 — Acórdãos de 28 de fevereiro de 1988, Reino Unido/Conselho (68/86, Colet., p. 855, n.º 38), e de 6 de março de 2008, Parlamento/Conselho (C-133/06, Colet., p. I-3189, n.º 54). V., também, acórdão C-27/04, já referido na nota de pé de página 31, *supra*, n.º 81.

122 — No que se refere ao princípio da atribuição, v., por exemplo, acórdão Parlamento/Conselho, já referido na nota de pé de página 121, *supra*, n.º 44 e jurisprudência referida.

123 — Gostaria de deixar claro, neste contexto, que o presente processo não se prende com a situação em que os Estados-Membros tenham confiado missões às instituições fora do âmbito da União (v., a esse respeito, acórdão de 27 de novembro de 2012, Pringle (C-370/12, Colet., n.ºs 158 a 169).

180. O Parlamento acrescenta que um ato híbrido não é uma mera combinação de duas decisões. Os Estados-Membros podem adotar posições diferentes quando atuam na qualidade de membros do Conselho, no que se refere às competências da União Europeia, e quando atuam na qualidade de Estados individuais, no que diz respeito às suas próprias competências. Esta prática corre ainda o risco de prejudicar o equilíbrio institucional plasmado no artigo 218.º TFUE (em especial nos seus n.os 6 e 10) e no Acordo-quadro sobre as relações entre o Parlamento Europeu e a Comissão Europeia [124], segundo o qual o Parlamento é imediata e plenamente informado em todas as fases da negociação e da celebração de acordos internacionais num prazo que lhe permita expressar o seu ponto de vista, se for caso disso, e que permita à Comissão ter em conta o ponto de vista do Parlamento.

181. O Conselho, apoiado pelos Estados-Membros intervenientes, responde que a Decisão foi adotada por maioria qualificada, no que se refere às competências exclusivas da União Europeia, e de comum acordo entre os representantes dos Estados-Membros, no que diz respeito às suas competências. Daqui não decorre que a unanimidade tenha substituído a maioria qualificada, distorcendo, desse modo, as regras de votação aplicáveis nos termos do artigo 218.º TFUE. Além disso, o facto de nenhuma das delegações no Conselho se ter oposto à Decisão não significa que as regras de votação não tenham sido respeitadas. Mesmo que a Decisão tenha sido aprovada apenas pelo Conselho, as negociações sobre uma Convenção não poderiam ter prosseguido sem uma decisão ou autorização separada dada pelos Estados-Membros.

Apreciação

182. As decisões que autorizam a abertura de negociações de um acordo internacional entre a União Europeia e terceiros devem ser adotadas pelo Conselho, por maioria qualificada. Esta regra de votação é definida com base no conteúdo da decisão. Não estabelece distinção com base no facto de as competências da União Europeia serem partilhadas ou exclusivas. A regra de votação não pode, contudo, aplicar-se à adoção de uma decisão, cujo conteúdo não seja da competência da União Europeia.

183. Não existe nada nos autos que sugira que a votação no Conselho não respeita ao conteúdo integral da Decisão. Por outras palavras, o Conselho aplicou a regra de votação a um conjunto de disposições indissociáveis. Neste sentido, este tipo de ato híbrido não é comparável a um ato que, devido ao seu conteúdo, possui duas bases jurídicas, uma das quais exige a unanimidade e a outra a maioria qualificada. Os Tratados preveem uma regra de votação única para uma decisão de abertura de negociações tomada pelo Conselho.

184. Em princípio, existem três opções quanto à forma como a Decisão foi adotada. O Conselho e os Estados-Membros votaram sobre a decisão separadamente, de acordo com regras de votação distintas? Foi aplicada exclusivamente a regra da unanimidade, como alega a Comissão? Ou a Decisão foi adotada na íntegra apenas por maioria qualificada?

185. Na minha opinião, qualquer que seja a resposta, não é possível que a Decisão tenha sido adotada em conformidade com a regra de votação no artigo 218.º, n.º 8, TFUE.

186. A terceira opção pode ser descartada: a Decisão não pode conter um ato intergovernamental e, no entanto, ser aprovada por maioria qualificada.

187. O Conselho não tem competência para autorizar os Estados-Membros a negociar um acordo misto e definir os pormenores do método a utilizar nas negociações. Por conseguinte, os Tratados não autorizam a aplicação da regra de votação constante no artigo 218.º, n.º 8, TFUE a tal decisão, pelo que a votação em separado (a primeira opção) pode também ser descartada.

124 — JO 2010, L 304, p. 47.

188. Uma vez que a Decisão, de facto, contêm tanto um ato intergovernamental como um ato da União Europeia e, no entanto, foi adotada por votação única, não pode ter sido aprovada por maioria qualificada. Deve ter sido aprovada por unanimidade (a segunda opção).

189. Evidentemente, a unanimidade inclui a maioria qualificada. No entanto, isso não significa que a unanimidade não faça diferença para o conteúdo de uma decisão. Uma decisão sobre a qual todos estão de acordo ou a que ninguém se opõe não equivale necessariamente a uma decisão com a qual uma maioria qualificada concorda. Por exemplo, pode ser necessário diluir o conteúdo de uma decisão cuja aprovação careça de maioria qualificada para que possa ser aprovada por unanimidade e sem qualquer oposição.

190. Concluo, portanto, que o terceiro fundamento também deve ser considerado procedente.

Quarto fundamento: os objetivos do Tratado e o dever de cooperação leal consagrado no artigo 13.º n.º 2, TEU em conjugação com o artigo 218.º, n.º 2, TFUE

Argumentos

191. A Comissão, apoiada pelo Parlamento, alega que, ao adotar a Decisão, o Conselho violou o artigo 13.º, n.º 2, TUE, em conjugação com o artigo 218.º, n.º 2, TFUE, pois não agiu em conformidade com os objetivos definidos nos Tratados e tomou uma decisão em violação do princípio da cooperação leal. Entre os referidos objetivos incluem-se a necessidade de especificar como e por quem as competências da União Europeia devem ser exercidas nas relações externas e de prever a representação unificada da União Europeia. A Comissão alega que a simples aprovação de uma decisão híbrida implica, por si só, uma violação dos objetivos dos Tratados. Ao agir como fez, o Conselho retira força à personalidade da União Europeia, bem como à sua presença e posição nas relações internacionais. Além disso, em conformidade com o dever de cooperação entre as instituições, o Conselho deveria ter exercido os seus poderes de modo a não neutralizar os procedimentos estabelecidos no artigo 218.º TFUE, e não deveria ter conferido aos Estados-Membros uma função que não está prevista nos Tratados.

192. O Conselho, apoiado pelos Estados-Membros intervenientes, nega que a Decisão possa confundir a comunidade internacional e sustenta que qualquer eventual confusão surge, ao invés, pelo facto de a Comissão ser a única parte a negociar, até mesmo questões do âmbito da competência dos Estados-Membros. O Conselho alega ainda que o artigo 218.º, n.º 2, TFUE não pode ser aplicado aos acordos internacionais da competência dos Estados-Membros e nega ter agido em violação do princípio da cooperação leal. Pelo contrário, o dever de cooperação exigia uma ação conjunta do Conselho e dos Estados-Membros. O Conselho sustenta ainda, mais genericamente, que o quarto fundamento apresentado pela Comissão assenta, em grande medida, em especulação ou presunções.

Apreciação

193. O Tribunal de Justiça reconheceu a ligação entre, por um lado, a necessidade de unidade e coerência nas relações externas da União Europeia e, por outro, o princípio da cooperação leal. O princípio segundo o qual os Estados-Membros e as instituições da União Europeia devem garantir uma cooperação estreita no processo de negociação, celebração e execução dos compromissos assumidos «decorre da exigência de unidade da representação internacional da Comunidade» [125]. O princípio da cooperação leal aplica-se de forma idêntica à ação interna e externa, bem como às relações

125 — Acórdão Comissão/Suécia, já referido na nota de pé de página 3, *supra*, n.º 73 e jurisprudência referida.

interinstitucionais [126]. Aplica-se independentemente de a competência externa da União Europeia ser partilhada ou exclusiva [127], embora claramente a necessidade de cooperação seja ainda mais urgente nas situações em que é preciso negociar e celebrar um acordo misto [128]. Assim, na fase inicial das negociações, as instituições da União Europeia e os Estados-Membros devem estar atentos à repartição de competências. A necessidade de garantir a unidade e a coerência nas relações externas da União Europeia aplica-se a todo o domínio das relações externas (e foi, na verdade, a lógica que presidiu ao princípio AETR). Diz respeito, em especial, à ação externa, mas pode, contudo, ter consequências para as ações internas da União Europeia.

194. Caso a União Europeia tenha competência exclusiva para negociar a Convenção nos termos do artigo 3.º, n.º 2, TFUE, qualquer decisão que preveja que os Estados-Membros também negoceiem (parte) desse acordo porá necessariamente em causa o artigo 218.º TFUE e prejudicará as competências e ações das instituições da União Europeia. Seria, portanto, também contrária aos objetivos dos Tratados. O dever de respeitar a repartição de competências (incluindo a constante do artigo 2.º, n.º 1, TFUE) e o princípio da atribuição são manifestações do princípio da cooperação leal e, por conseguinte, não é necessária qualquer análise em separado com base no disposto no artigo 13.º, n.º 2, TEU [129].

195. Caso a União Europeia não tenha competência exclusiva para a negociação da totalidade da Convenção, a cooperação entre as instituições europeias e os Estados-Membros é, sem dúvida, uma condição essencial para viabilizar a celebração de um acordo misto. Embora aceite que uma decisão conjunta é, provavelmente, a expressão da forma de cooperação mais estreita, não é possível afastar as regras processuais em nome do princípio da cooperação leal. A este respeito, expliquei já por que, na minha opinião, os Tratados não autorizam a adoção de um ato híbrido. Assim sendo, considero desnecessário proceder a uma apreciação em separado relativamente ao quarto fundamento.

Quanto às despesas

196. A Comissão é a parte vencedora. No seu pedido, solicitou que o Conselho suportasse as despesas. De acordo com o artigo 138.º, n.º 1, do Regulamento de Processo, a parte vencida deve ser condenada nas despesas, se tal tiver sido requerido no pedido da parte vencedora. O artigo 140.º, n.º 1, do Regulamento de Processo, prevê que os Estados-Membros e as instituições que intervenham no litígio suportem as próprias despesas.

Conclusão

197. Atendendo às considerações precedentes, proponho ao Tribunal de Justiça que:

— anule a Decisão de 19 de dezembro de 2011 do Conselho e dos representantes dos Governos dos Estados-Membros, reunidos no Conselho, relativa à participação da União Europeia e dos seus Estados-Membros em negociações para uma Convenção do Conselho da Europa relativa à proteção dos direitos dos organismos de radiodifusão;

— condene o Conselho da União Europeia a pagar as suas despesas bem como as incorridas pela Comissão Europeia; e

126 — V., por exemplo, acórdão de 10 de dezembro de 2002, Comissão/Conselho (C-29/99, Colet., p. I-11221, n.º 69 e jurisprudência referida).

127 — Acórdão Comissão/Suécia, já referido na nota de pé de página 3, *supra*, n.º 71 e jurisprudência referida.

128 — Acórdão Comissão/Suécia, já referido na nota de pé de página 3, *supra*, n.º 73 e jurisprudência referida, e parecer 1/94, já referido na nota de pé de página 62, *supra*, n.º 108 e jurisprudência referida.

129 — V., também, por exemplo, o acórdãos de 30 de maio de 2006, Comissão/Irlanda [C-459/03, Colet., p. I-4635 («MOX Plant»), n.ºs 169 a 171]; de 19 de maio de 1992, Comissão/Alemanha (C-195/90, Colet., p. I-3141, n.ºs 36 a 38); e de 11 de março de 1992, Compagnie Commerciale de l'Ouest e o. (C-78/90 a C-83/90, Colet., p. I-1847, n.º 19).

— condene os Governos da República Checa, Alemanha, Países Baixos, Polónia e Reino Unido e o Parlamento Europeu a suportar as suas próprias despesas.