

### DIREITO DE AUTOR: SINOPSE DOS ÚLTIMOS (2016-2017) DESENVOLVIMENTOS NA JURISPRUDÊNCIA EUROPEIA\*

NUNO SOUSA E SILVA\*\*

**Abstract:** This article presents the decisions of the Court of Justice of the European Union between September 2016 and October 2017 in the field of copyright and neighbouring rights. It addresses them critically, putting them in context and trying to understand possible consequences for Portuguese copyright law. It also addresses pending preliminary ruling requests.

**Keywords:** copyright; case law; CJEU; neighbouring rights

**Resumo:** Este artigo apresenta as decisões do Tribunal de Justiça da União Europeia entre Setembro de 2016 e Outubro de 2017 na área do direito de autor e direitos conexos. Analisa-as criticamente, enquadrando-as e tentando perceber as possíveis consequências para o Direito de Autor português. Também trata alguns reenvios prejudiciais pendentes.

**Palavras-chave:** direito de autor; jurisprudência; TJUE; direitos conexos

**Sumário:** 1. Introdução 2. Objecto de protecção 3. Comunicação ao público (incluindo colocação à disposição) 3.1. Casos “tradicionais” 3.2. Hiperligações 4. Distribuição e esgotamento 5. Reprodução e cópia privada 6. Utilizações livres 7. Tutela 8. Conclusão 9. Anexo: Lista de jurisprudência relativa ao período em causa

#### 1. Introdução

Cabe-me apresentar uma sinopse dos últimos desenvolvimentos da jurisprudência europeia em matéria de Direito de Autor. Para começar, tenho que fazer uma delimitação. “Direito de Autor” deve ser entendido em sentido amplo, ou seja, incluindo a protecção dos direitos conexos. Tratarei ainda das questões rela-

\* Este texto corresponde ao suporte escrito da minha intervenção no III Congresso da Propriedade Intelectual, que teve lugar em Lisboa nos dias 20 e 21 de Outubro de 2017; assim se explica um certo registo de oralidade. Limitei-me a completá-lo com breves notas. Gostaria de agradecer ao Prof. Doutor Dário Moura Vicente pelo generoso convite que me endereçou.

\*\* Mestre em Direito. LLM. IP (MIPLC). Assistente da Universidade Católica Portuguesa (Porto). Advogado. E-mail: nsousaesilva@gmail.com.

tivas à tutela que, nalguns casos, são transversais a todos os direitos de propriedade intelectual. “Últimos desenvolvimentos” dizem respeito ao último ano judicial, ou seja, a partir de Setembro de 2016 até ao dia de hoje (20 de Outubro de 2017).<sup>1</sup> No sentido de aumentar a utilidade da minha exposição faço também referência a alguns reenvios pendentes. “Jurisprudência europeia” neste caso será sinónimo de jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (apenas), o que se justifica tanto por esta ser fonte de Direito (visto que os acórdãos proferidos em sede de reenvio prejudicial constituem pronúncias interpretativas, integrando-se na lei (*lato sensu*) que interpretam), como por ter tempo limitado para falar. É de realçar que este período foi especialmente fértil, tendo o TJUE proferido 16 acórdãos e encontrando-se pendentes outros nove casos de reenvio prejudicial. Ou seja, no total há 25 acórdãos para apresentar.

A minha apresentação está organizada por temas. Apesar disso, tendo em conta que abordarei cada acórdão uma única vez, serei forçado a tratar de certas questões conjuntamente, logo com uma certa dose de “deslocalização” sistemática.

## 2. Objecto de protecção

Determinar o que constitui objecto de protecção pelo Direito de Autor, isto é, a interpretação dos requisitos de tutela e do âmbito de aplicação desta disciplina, é matéria que levanta conhecidas dificuldades.<sup>2</sup>

Entre os vários casos de charneira, nos últimos anos, tem sido debatida a susceptibilidade de os perfumes gozarem de tutela jusautorais.<sup>3</sup>

No sentido da sua protecção decidiram o Supremo Holandês e alguns tribunais franceses. Os defensores desta visão argumentam que a criação de um perfume é uma actividade criativa, que há outras obras não permanentes (v.g. esculturas no gelo ou qualquer criação improvisada que não seja gravada) e que a dificuldade em avaliar a originalidade também acontece noutros domínios clássicos do Direito de Autor, como a música, sem que isso seja obstáculo à respectiva tutela jusautorais.

<sup>1</sup> Para desenvolvimentos jurisprudenciais, recentes mas anteriores a esses, pode ver-se SILVA, NUNO SOUSA E, “A Jurisprudência Portuguesa e Europeia de Direito de Autor entre 2015 e a primeira metade de 2016”, *Propriedades Intelectuais*, nº 6 (2016), pp. 49-63.

<sup>2</sup> Veja-se a exposição de MENDES, MANUEL OEHEN, “Obra literária e artística – fronteiras”, *ADI*, Tomo XVI, (1994-95), pp. 163 e ss. (163-169) tratando do âmbito do Direito de Autor. Com uma perspectiva inovadora e abundantes referências cfr. SILVA, PEDRO SOUSA E, *A Protecção Jurídica do Design*, Almedina, Coimbra, 2017, pp. 154 e ss.

<sup>3</sup> Vide QUADVLIEG, ANTOON, “Copyright and Perfume: Nose, Intellect and Industry”, *RIDA*, 230 (2011), pp. 7 e ss. (7-77), cuja exposição seguimos de perto.

Quem se pronuncia contra a protecção jusautorais de perfumes, como fez a *Cour de Cassation*,<sup>4</sup> argumenta que a respectiva produção é uma actividade industrial e não artística, que um perfume não é uma forma (de expressão) e a respectiva percepção é muito diferenciada.<sup>5</sup> Há mesmo quem defenda que o direito de autor não contempla o olfacto ou paladar, apenas visão, audição e tacto. Por último, frisa-se a extrema dificuldade em avaliar a originalidade de um perfume.

Agora, expandindo a fronteira, encontra-se pendente o reenvio C-310/17, *Levola Hengelo* em que se pede ao TJUE uma resposta acerca da susceptibilidade de tutela jusautorais do sabor de um queijo.<sup>6</sup> Será que o TJUE irá traçar uma linha clara e contribuir para a definição do conceito (harmonizado) de obra?<sup>7</sup>

Ao contrário do que se podia esperar, no caso C-169/15, *Montis Design*<sup>8</sup> o TJUE não se pronunciou sobre o conceito de obra no contexto da protecção de obras de artes aplicadas. Limitou-se a confirmar que a Directiva 93/98/CEE relativa à duração não tinha como efeito restaurar direitos de autor que já tivessem caducado quando entrou em vigor.<sup>9</sup>

## 3. Comunicação ao público (incluindo colocação à disposição)

A faculdade patrimonial de comunicação ao público (em sentido amplo, incluindo a colocação à disposição) continua a ser dos pontos mais intrincados da jurisprudência europeia.<sup>10</sup> No período em análise tivemos decisões importantes quer em casos “tradicionais” (comunicação ao público em sentido estrito), quer em relação às hiperligações (colocação à disposição).

<sup>4</sup> Acórdão traduzido publicado em RENDAS, TITO/SILVA, NUNO SOUSA E, *Direito de Autor nos Tribunais*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2015, pp. 46-47.

<sup>5</sup> Na verdade, o mesmo se poderá dizer de outros sentidos. A contemplação de uma obra de arte visual ou a audição de uma composição musical despertam diferentes sentimentos e interpretações a cada um. Até para o mesmo indivíduo variam frequentemente ao longo do tempo. A este propósito poder-se-á recordar a filosofia de HERÁCLITO: tudo muda (*panta rei*), nunca se entra duas vezes no mesmo rio.

<sup>6</sup> Entre nós, MARQUES, J.P. REMÉDIO, *Biotecnologia(s) e Propriedade Intelectual*, vol. I, Almedina, Coimbra, 2007, p. 117, sem tomar posição expressa, refere os odores entre os meios de comunicação sensorialmente perceptíveis para expressão de uma obra.

<sup>7</sup> Sobre este cfr., com adicionais indicações, SILVA, NUNO SOUSA E, “Uma introdução ao direito de autor europeu”, *ROA*, (2013), pp. 1331 e ss. (1365-1373) e SILVA, PEDRO SOUSA E, *A Protecção Jurídica...*, cit., pp. 222 e ss.

<sup>8</sup> EU:C:2016:790.

<sup>9</sup> Estava em causa uma disposição da Lei uniforme do Benelux que limitava a duração dos direitos de autor sobre obras de arte aplicadas que gozassem simultaneamente de tutela por desenhos ou modelos registados a 25 anos. O TJUE ressaltou que estas disposições poderão violar a Convenção de Berna (cfr. §45).

<sup>10</sup> CLARK, BIRGIT/DICKENSON, JULIA, “Theseus and the labyrinth? An overview of “communication to the public” under EU copyright law: after Reha Training and GS Media. Where are we now and where do we go from here?”, *EIPR*, (2017), pp. 265 e ss. (265).

### 3.1. Casos “tradicionais”

No caso C-138/16, AKM<sup>11</sup> estava em causa um sistema de retransmissão por cabo de emissões originalmente transmitidas por outros organismos de radiodifusão. A Zürs.net, sociedade austríaca, explorava esse sistema, invocando para o efeito uma excepção prevista na lei austríaca, segundo a qual não se considerava uma nova emissão de radiodifusão a transmissão de emissões de radiodifusão mediante uma antena colectiva se à instalação não estivessem ligados mais do que 500 utilizadores. Nesses casos, a transmissão simultânea, completa e inalterada de emissões do organismo nacional de radiodifusão por cabo em território nacional era considerada parte da emissão de radiodifusão originária.

A AKM, sociedade de gestão colectiva, considerava que essa excepção era contrária ao DUE, exigindo um pagamento à Zürs.net. Foi no contexto desse litígio que o Tribunal austríaco fez um reenvio. No essencial questionava-se se, numa situação como essa, ocorria comunicação ao público e se a excepção prevista na lei austríaca era compatível com o DUE.

Quanto à primeira questão, após relembrar a jurisprudência sedimentada relativa à comunicação ao público, o TJUE concluiu: “...quando os titulares dos direitos em causa dão uma autorização de difusão (...), têm conhecimento do facto de as emissões efetuadas por esse organismo nacional poderem ser recebidas por todas as pessoas que se encontrem no território nacional. (...) Na medida em que a distribuição das obras protegidas através de cabo é feita no território nacional, (...), e em que as pessoas em causa foram tidas em conta pelos titulares do direito quando autorizaram a difusão inicial (...) o público a que a Zürs.net distribui as referidas obras não pode ser considerado um público novo.”<sup>12</sup> Logo, “...a transmissão de emissões nas condições precisadas no n.º 18 do presente acórdão não constitui uma comunicação ao público (...) Assim, essa transmissão não está sujeita à exigência de autorização dos titulares dos direitos prevista nessa disposição”.<sup>13</sup>

No entanto, tendo em conta que a antena em causa também recebia programas de emitentes estabelecidos noutros Estados-Membros, nesses casos ocorria comunicação ao público.<sup>14</sup> Por isso, o TJUE debruçou-se sobre a questão da

<sup>11</sup> EU:C:2017:218.

<sup>12</sup> C-138/16, AKM, §28-29.

<sup>13</sup> C-138/16, AKM, §30. Trata-se de uma solução algo surpreendente, que faz lembrar a tese da liberdade de recepção defendida pelo Professor OLIVEIRA ASCENSÃO (*Direito de Autor e Direitos Conexos*, Coimbra Editora, Coimbra, 1992, p. 301). BRIEM, STEPHAN, “Die Auslegung des Begriffs der “öffentlichen Wiedergabe” in der Entscheidungspraxis des EuGH – zugleich Anmerkung zum EuGH-Urteil AKM/Zürs.net”, *GRUR-Int.*, (2017), pp. 493 e ss. (493), fala a este propósito numa jurisprudência errática e considera a decisão incorrecta.

<sup>14</sup> C-138/16, AKM, §33.

compatibilidade da excepção da lei austríaca, em especial da sua recondução ao disposto no artigo 5º/3/o) da Directiva 2001/29 (doravante *Dir. Infosoc*).<sup>15</sup> Após reafirmar o princípio da interpretação estrita das excepções,<sup>16</sup> o Tribunal sublinhou que a excepção prevista na lei austríaca, através do seu efeito cumulativo, poderia colocar em causa de forma significativa os interesses dos autores.<sup>17</sup> Por isso mesmo, a excepção em causa foi considerada incompatível com a Directiva.<sup>18</sup>

No acórdão C-641/15, *Verwertungsgesellschaft*<sup>19</sup> o TJUE pronunciou-se sobre o conceito de “local aberto ao público com entradas pagas”. Trata-se de um conceito central para delimitar o âmbito do direito de comunicação ao público dos organismos de radiodifusão, previsto no artigo 8º/3 da Directiva 2006/115 (inspirado no art. 13º da Convenção de Roma de 1961) e, em Portugal, no artigo 187º/1/e) do CDADC.<sup>20</sup> O TJUE, apoiando-se na interpretação dada à Convenção de Roma, salientou que:<sup>21</sup> “...esta condição pressupõe um pagamento que é solicitado especialmente a título de contrapartida de uma comunicação ao público de uma emissão de televisão e que, deste modo, o facto de pagar uma refeição ou bebidas num restaurante ou num bar onde são difundidas emissões de televisão não é considerado um pagamento de um direito de entrada na aceção desta disposição (...) o preço de um quarto de hotel não é, à semelhança do preço de um serviço de restauração, um direito de entrada solicitado especialmente a título de contrapartida de uma comunicação ao público de uma emissão e televisão ou de rádio...”

### 3.2. Hiperligações

O enquadramento jurídico das hiperligações continua a levantar questões complexas. Numa primeira fase – após as decisões C-466/12, *Svensson*,<sup>22</sup> C-348/13,

<sup>15</sup> De acordo com esta disposição: “Os Estados-Membros podem prever excepções ou limitações aos direitos previstos nos artigos 2.º e 3.º nos seguintes casos: (...) utilização em certos casos de menor importância para os quais já existam excepções ou limitações na legislação nacional, desde que a aplicação se relacione unicamente com a utilização não-digital e não condicione a livre circulação de bens e serviços na Comunidade, sem prejuízo das excepções e limitações que constam do presente artigo”.

<sup>16</sup> C-138/16, AKM, §37-38.

<sup>17</sup> C-138/16, AKM, §39-41.

<sup>18</sup> C-138/16, AKM, §43.

<sup>19</sup> EU:C:2017:131.

<sup>20</sup> Sobre a situação dos organismos de radiodifusão na lei portuguesa pode ver-se SILVA, NUNO SOUSA E, “Direitos conexos (ao direito de autor)”, *ROA*, (2016), pp. 355 e ss. (391-392, 410, 426 e 445).

<sup>21</sup> C-641/15, *Verwertungsgesellschaft*, §23-24.

<sup>22</sup> EU:C:2014:76.

*BestWater*<sup>23</sup> e, nalguma medida, C-279/13, *Cmore*<sup>24</sup> – poder-se-ia supor que o assunto estaria resolvido: o TJUE entenderia que, no caso de conteúdo livremente acessível, por não haver comunicação a um público novo, as hiperligações não constituíam comunicação ao público.<sup>25</sup> Porém, a doutrina rapidamente apontou que o critério do público novo – proveniente da jurisprudência relativa à radio-difusão – não estava isento problemas.<sup>26</sup> Além disso, nem todas as hiperligações estariam fora do âmbito do direito de comunicação ao público: as hiperligações que contornassem medidas que visassem restringir o acesso constituiriam comunicação ao público.<sup>27</sup> No entanto, não estava claro como é que se deveria tratar a hiperligação para conteúdo livremente acessível mas ilicitamente (sem autorização do titular) colocado *online*.

No caso *GS Media*,<sup>28</sup> discutiu-se a qualificação do fornecimento de hiperligações para fotografias de um número ainda não publicado da revista *Playboy* alojado num servidor de um terceiro. Estava essencialmente em causa saber se um terceiro que faça uma hiperligação para uma página livremente acessível mas cujo conteúdo tenha aí sido ilegalmente colocado efectua uma comunicação ao público. O AG WATHELET, na sua opinião de 7 de Abril de 2016 sugeriu que não.<sup>29</sup> O BGH em decisão de 9 de Julho de 2015, *Die Realität II* (I ZR 46/12) tinha considerado que sim. No entanto, designou esta faculdade como um direito inominado reservado ao autor. O caminho seguido pelo TJUE foi algo surpreendente.

O Tribunal, após rever a jurisprudência anterior,<sup>30</sup> começou por reconhecer o papel privilegiado da Internet na concretização da liberdade de expressão e

de informação, tal como protegidas no artigo 11º da CDFUE, e a necessidade de atingir um equilíbrio entre todos os interesses envolvidos.<sup>31</sup> Para o efeito adoptou dois *factores complementares* aos requisitos cumulativos gerais da comunicação ao público (acto de comunicação e público novo):<sup>32</sup> o *conhecimento* e o *fim lucrativo* daquele que faça a hiperligação. Disse que:<sup>33</sup> “...quando se prove que [quem faz a hiperligação] sabia ou devia saber que a hiperligação que disponibilizou dá acesso a uma obra ilegalmente publicada na Internet, por exemplo, por ter sido advertida desse facto pelos titulares do direito de autor, há que considerar que o fornecimento dessa ligação constitui uma «comunicação ao público» (...)”.

O *fim lucrativo* impõe, de acordo com o TJUE, um ónus de verificação a quem faça hiperligação. Assim, quando a “...disponibilização de hiperligações é efectuada com um fim lucrativo, pode esperar-se do autor dessa disponibilização que realize as verificações necessárias para se assegurar de que a obra em causa não está ilegalmente publicada no sítio para o qual conduzem as referidas hiperligações, pelo que se pode presumir que a disponibilização aconteceu com pleno conhecimento da natureza protegida da referida obra e da eventual inexistência de autorização de publicação na Internet pelo titular do direito de autor. Nestas circunstâncias, e na medida em que esta presunção ilidível não seja ilidida, o ato que consiste em colocar uma hiperligação para uma obra ilegalmente publicada na Internet constitui uma «comunicação ao público» (...)”<sup>34</sup>

Resulta desta jurisprudência que, para determinar se uma hiperligação para um dado conteúdo constitui comunicação ao público, é necessário atender a algumas *variáveis*: a *acessibilidade* (se o conteúdo protegido se encontra livremente acessível ou é de acesso restrito), a *legalidade* do conteúdo (se foi colocado *online* com o consentimento do titular dos direitos ou não), a *intenção* (*lucrativa* ou não) de quem faz a hiperligação e o *conhecimento* da ilegalidade do conteúdo.<sup>35</sup> O Tribunal foi rapidamente obrigado a proceder à aplicação destes critérios em resposta a dois reenvios.

público novo, logo não haverá comunicação ao público (C-160/15, *Gs Media*, §52) (itálico acrescentado).

<sup>31</sup> C-160/15, *Gs Media*, §44-45.

<sup>32</sup> No próprio acórdão, relembrando o critério do público novo, o Tribunal afirmou que haverá comunicação ao público quando a “... hiperligação permitir aos utilizadores do sítio Internet em que esta se encontra contornarem as medidas restritivas adotadas pelo sítio onde se encontra a obra protegida para restringir o acesso do público aos seus assinantes, constituindo assim a disponibilização desta ligação uma intervenção deliberada sem a qual os referidos utilizadores não poderiam beneficiar das obras difundidas (...)” C-160/15, *Gs Media*, §50.

<sup>33</sup> C-160/15, *Gs Media*, §49.

<sup>34</sup> C-160/15, *Gs Media*, §51.

<sup>35</sup> LEISTNER, MATTHIAS, “Anmerkung...”, *cit.*, p. 981.

<sup>23</sup> EU:C:2014:2315.

<sup>24</sup> EU:C:2015:199.

<sup>25</sup> C-466/12, *Svensson*, §28; C-348/13, *BestWater*, §19.

<sup>26</sup> Cfr. v.g. ALAI, *Opinion on the criterion “New Public”, developed by the Court of Justice of the European Union (CJEU), put in the context of making available and communication to the public.*

<sup>27</sup> C-466/12, *Svensson*, §31.

<sup>28</sup> C-160/15, *Gs Media* (EU:C:2016:644). Para um comentário imediato veja-se LEISTNER, MATTHIAS, “Anmerkung zu EuGH vom 8. September 2016 – C-160/15”, *ZUM*, (2016), pp. 980 e ss. (980-983), destacando que se trata de uma decisão equilibrada, que não assenta em positivismo (p. 981). O Autor veio a matizar a sua posição, adoptando uma postura mais crítica, nomeadamente em “Closing the book on the hyperlinks: brief outline of the CJEU’s case law and proposal for European legislative reform”, *EIPR*, (2017), pp. 327 e ss. (327-333). Cfr. também RENDAS, TITO, “Hyperlinking para obras colocadas à disposição sem autorização: reflexões iniciais sobre o acórdão *Gs Media*”, *RDI*, nº 2, (2016), pp. 337 e ss. (337-346) (concluindo de forma crítica: “Sob o disfarce de uma decisão salomónica, este acórdão poderá ter sérios efeitos negativos para as liberdades de expressão e de informação no mundo *online*.”).

<sup>29</sup> EU:C:2016:221. Esta opinião propunha um desvio do curso anterior da jurisprudência, o que veio a ocorrer mas não nos exactos moldes propostos. Segundo o AG deveria ser legalmente irrelevante a circunstância em que o conteúdo para o qual a hiperligação era feita tinha sido colocado à disposição do público.

<sup>30</sup> Nomeadamente relembrando que: “no caso de as obras às quais as referidas hiperligações permitem aceder terem sido tornadas livremente disponíveis noutra sítio Internet *com o consentimento do titular*” não há

No caso C-527/15, *Filmspeler*<sup>36</sup> estava em causa saber se a disponibilização de um *media player* (*software*) que funcionava com base em hiperligações (algumas das quais pré-instaladas) para conteúdos colocados por terceiros em servidores alheios ao serviço constituía um acto de comunicação a público. O TJUE, após rever a jurisprudência anterior, começou por afirmar que numa situação dessas ocorre um acto de comunicação ao invés da “mera disponibilização de meios materiais” (referida no considerando 27 da Dir. Infosoc).<sup>37</sup>

Tendo em conta que o *media player* tinha sido adquirido por um número significativo de pessoas, essa comunicação era feita a um público.<sup>38</sup> Restava determinar se esse era um público novo, distinto do contemplado no acto inicial de comunicação.<sup>39</sup> Neste ponto, o TJUE recorreu à jurisprudência *GS Media* raciocinando nos seguintes termos: se a venda do leitor multimédia é feita com fim lucrativo impende sobre a empresa que o disponibiliza a obrigação de verificar a licitude das hiperligações pré-instaladas, presumindo-se que a comunicação que faz com a hiperligação é feita com plena consciência da origem dos conteúdos comunicados (e, no caso, da falta de autorização para a respectiva disponibilização).<sup>40</sup> Deste modo, o Tribunal concluiu que ocorria comunicação ao público e, desse modo, havia responsabilidade da empresa que disponibilizava o leitor multimédia.

Por último, o TJUE rejeitou a aplicação da excepção do art. 5º/1 da Dir. Infosoc (cópias transitórias, sem significado económico e necessárias para processos tecnológicos), entre outros motivos, porque, à luz do nº 5 do mesmo artigo, só serão válidas as excepções 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”,<sup>41</sup> o que não era o caso.<sup>42</sup>

Esta decisão constitui um desvio àquele que se pode chamar o entendimento “ortodoxo” do direito de comunicação ao público. Na realidade, é algo surpreendente que se considere que aquele que se limita a disponibilizar um *software* com hiperligações pré-instaladas pratica um acto ilícito de comunicação ao público. Por outro lado, se pensarmos num enquadramento próximo da comparticipação/cumplicidade (a que os ingleses chamam *secondary liability*), a decisão parece fazer

<sup>36</sup> EU:C:2017:300.

<sup>37</sup> C-527/15, *Filmspeler*, §39-42.

<sup>38</sup> C-527/15, *Filmspeler*, §44-46.

<sup>39</sup> C-527/15, *Filmspeler*, §47-48.

<sup>40</sup> C-527/15, *Filmspeler*, §49.

<sup>41</sup> C-527/15, *Filmspeler*, §63. Confirma-se a transformação do teste dos três passos numa regra interpretativa/requisito adicional para aplicação de excepções (como já indicava PEREIRA, ALEXANDRE DIAS, *Direitos de Autor e Liberdade de Informação*, Almedina, Coimbra, 2008, pp. 552-553).

<sup>42</sup> C-527/15, *Filmspeler*, §70.

mais sentido.<sup>43</sup> De todo o modo, a orientação seguida nesta decisão (de Abril de 2017) foi confirmada e expandida, menos de dois meses depois.

No reenvio C-610/15, *Pirate Bay*,<sup>44</sup> estava em causa saber se a indexação de ficheiros de *torrents* (isto é um ficheiro que contém meta-dados que permitem o acesso aos ficheiros “de conteúdo”) para permitir o *download* e *upload* de ficheiros (em sistema *p2p*) contendo obras e prestações protegidas (música, filmes, jogos, *e-books*, etc.) constituía comunicação ao público. Perguntava-se ainda se, em caso negativo, esse site pode ser considerado um intermediário e sujeito às medidas de tutela previstas nos artigos 8.º/3 da Directiva 2001/29/CE e 11.º da Directiva 2004/48/CE).<sup>45</sup>

A actividade em causa constituía em facilitar a busca de ficheiros (os *torrents*) que permitem fazer o *download* de ficheiros de conteúdo. Por outras palavras, o site em causa (*The Pirate Bay*) era “o Google da pirataria”. Os mais ingénuos poderiam esperar que existisse um tratamento de isenção semelhante ao que, como mero intermediário, a Google tem tido.<sup>46</sup> No entanto, não foi o que aconteceu.

O TJUE começou por confirmar a jurisprudência *Filmspeler*, afirmando: “em princípio, qualquer ato através do qual um utilizador dá, com pleno conhecimento de causa, acesso aos seus clientes a obras protegidas é suscetível de constituir um «ato de comunicação»”.<sup>47</sup> E logo esclareceu:<sup>48</sup> “...é verdade que (...) as obras (...) colocadas à disposição dos utilizadores da plataforma (...) foram colocadas em linha nessa plataforma não pelos administradores desta última, mas pelos seus utilizadores. Não é menos certo que esses administradores, através da colocação à disposição e da gestão de uma plataforma de partilha em linha (...) atuam com pleno conhecimento das consequências do seu comportamento, para tornar as obras protegidas acessíveis, indexando e categorizando na referida plataforma os ficheiros que permitem aos respectivos utilizadores localizar essas obras e partilhá-las no âmbito de uma rede descentralizada (*peer-to-peer*) (...) na inexistência da colocação à disposição e da gestão pelos referidos administradores, as referidas obras não poderiam ser partilhadas pelos utilizadores ou, pelo menos, a sua

<sup>43</sup> Há, aliás, quem afirme mesmo que esta decisão constitui “*de facto* harmonization of secondary liability” (SAVOLA, PEKKA, “EU Copyright Liability for Internet Linking”, *JIPITEC*, (2017), pp. 139 e ss. (143)).

<sup>44</sup> EU:C:2017:456.

<sup>45</sup> Sobre a interpretação desta hipótese na jurisprudência do TJUE cfr. SILVA, NUNO SOUSA E, “A perspectiva do equilíbrio entre a Propriedade Intelectual e (outros) Direitos Fundamentais – a mais recente interpretação do artigo 8º/3 da Directiva 2001/29 (UPC Telekabel Wien C-134/12)”, *RDI*, nº1 (2015), pp. 209 e ss. (209-223).

<sup>46</sup> Cfr. v.g. C-236/08 a C-238/08, *Google France* (EU:C:2008:389) §55, considerando que a Google não faz uso da marca quando a vende como *keyword* para publicidade.

<sup>47</sup> C-610/15, *Pirate Bay*, §34.

<sup>48</sup> C-610/15, *Pirate Bay*, §36.

partilha na Internet seria mais complexa.” Tendo em conta este papel facilitador de acesso, o número considerável de utilizadores (logo, a existência de público)<sup>49</sup>, o carácter lucrativo da plataforma<sup>50</sup> e o indubitável conhecimento da origem ilícita dos conteúdos,<sup>51</sup> o TJUE concluiu que a exploração do *The Pirate Bay* assentava em actos de comunicação ao público (de obras e prestações protegidas).<sup>52</sup> Apesar de esta plataforma estar obviamente envolvida nos chamados “actos de pirataria”, não é fácil explicar porque motivo é que a indexação de ficheiro que nem sequer têm conteúdo protegido, mas apenas dados que permitirão aceder a conteúdo protegido, deverá constituir comunicação ao público.

Não obstante estes desenvolvimentos, nem tudo está esclarecido.<sup>53</sup> No reenvio pendente C-161/17, *Renckhoff*, o BGH pergunta ao TJUE se “a inserção, numa página Internet própria acessível ao público, de uma obra livremente acessível a todos os utilizadores da Internet numa página Internet alheia com autorização do titular do respetivo direito de autor constitui uma colocação à disposição do público na aceção do artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 2001/29/CE, quando a obra é primeiro copiada para um servidor e daí é carregada na página Internet própria?”

#### 4. Distribuição e esgotamento

As novas formas de disseminação de conteúdos, especialmente através da Internet, vieram colocar em causa a relevância do direito de distribuição. De acordo com a leitura da generalidade da doutrina, “o direito de distribuição é o direito de controlar a comercialização e circulação de exemplares físicos incorporando uma obra”.<sup>54</sup> Na medida em que a distribuição passou a ser digital, funcionando com base em cópias, estaríamos no domínio da comunicação ao público e da reprodução.

Nessa linha, era *communis opinio* que as faculdades de aluguer e comodato, frequentemente concebidas como modalidades especiais do direito de distri-

<sup>49</sup> C-610/15, *Pirate Bay*, §42.

<sup>50</sup> C-610/15, *Pirate Bay*, §46.

<sup>51</sup> C-610/15, *Pirate Bay*, §45.

<sup>52</sup> C-610/15, *Pirate Bay*, §47.

<sup>53</sup> SAVOLA, PEKKA, *op. cit.*, pp. 144 e ss. apresenta uma lista vasta de questões em aberto em relação ao enquadramento jurídico das hiperligações.

<sup>54</sup> OHLY, ANSGAR, “Economic Rights”, in: *Research Handbook on the Future of EU Copyright* (ed. Estelle Derclaye), Edward Elgar, Cheltenham, 2009, pp. 212 e ss. (219); SCHLOETTER, AGNÉS LUCAS, “The Acquis Communautaire in the Area of Copyright and Related Rights: Economic Rights”, in: *Codification of European Copyright Law* (ed. Tatiana Synodinou), Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2012, pp. 115 e ss. (120) (exemplares físicos).

buição, apenas abrangiam exemplares físicos.<sup>55</sup> No entanto, o Tribunal tem vindo a alterar essa convicção.

No caso C-174/15, *VOB* (abreviatura de *Vereniging Openbare Bibliotheken*)<sup>56</sup> o TJUE foi confrontado com a questão de saber se o empréstimo por biblioteca de *e-books* deveria ser enquadrado nas regras de comodato público da Directiva 2006/115/CE. A maioria da doutrina entendia que não, mas o AG SZPUNAR defendeu que sim, frisando a necessidade de o Direito de Autor se adaptar aos desenvolvimentos tecnológicos por via de uma interpretação actualista dos seus preceitos.<sup>57</sup> O AG argumentou, um pouco na linha do decidido no acórdão *Usedsoft*,<sup>58</sup> que “O comodato de livros em formato digital é um equivalente moderno do comodato de livros em papel.”,<sup>59</sup> não havendo por isso razão para o sujeitar a um tratamento diferente. Na sua perspectiva, esta seria “uma verdadeira oportunidade para ajudar as bibliotecas não só a sobreviver mas também a adotarem uma nova dinâmica”.<sup>60</sup>

O TJUE seguiu uma via intermédia considerando que não pode haver aluguer de objectos digitais,<sup>61</sup> mas nada impede o comodato público de cópias digitais.<sup>62</sup> Assim sendo, nesses casos, é admissível um mero direito de remuneração, tal como prevê o art. 6º da Directiva 2006/115.<sup>63</sup> No entanto, frise-se, o *e-book* não pode provir de fontes ilícitas.<sup>64</sup>

<sup>55</sup> LEWINSKI, SILKE VON, “Rental Right, Lending Right and Certain Neighbouring Rights: The EC Commission’s Proposal for a Council Directive”, *EIPR*, (1991), pp. 117 e ss. (119) (“...material objects only”); KRIKKE, JUDICA, “Rental and Lending Right Directive” in: *Concise European Copyright Law*, (eds. Thomas Dreier/Bernt Hugenholtz), Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2016, p. 281 (“...physical objects”). Em texto recente: SILVA, NUNO SOUSA E, “Direitos conexos.”, *cit.*, p. 420, escrevi “é claro que as faculdades de aluguer e comodato apenas se referem a exemplares físicos”. Afinal estava enganado.

<sup>56</sup> EU:C:2016:856.

<sup>57</sup> Opinião AG SZPUNAR, C-174/15, *VOB* (EU:C:2016:459), §23: “...é indispensável que a interpretação da Directiva 2006/115 responda às necessidades da sociedade moderna, permitindo conciliar os diferentes interesses em jogo”; §27: “...na minha opinião, é indispensável dar aos atos jurídicos uma interpretação que tenha em conta a evolução da tecnologia, do mercado e dos comportamentos, e não congelar esses atos no passado através de uma interpretação demasiado rígida.”; §28: “Tal interpretação, que pode ser qualificada de «dinâmica» ou de «evolutiva» é, do meu ponto de vista, necessária, em especial, nos domínios fortemente afetados pelo progresso tecnológico, como é o caso do direito de autor. Com efeito, este progresso é nos dias de hoje de tal forma rápido que supera facilmente o processo legislativo, tornando, assim, frequentemente vãs as tentativas de adaptação das disposições de direito por essa via e os atos tornam-se, deste modo, obsoletos no próprio momento da sua adoção ou pouco depois.”

<sup>58</sup> C-128/11, *Usedsoft* (EU:C:2012:407).

<sup>59</sup> Opinião AG SZPUNAR, C-174/15, *VOB*, §30.

<sup>60</sup> Opinião AG SZPUNAR, C-174/15, *VOB*, §1.

<sup>61</sup> C-174/15, *VOB*, §39.

<sup>62</sup> C-174/15, *VOB*, §44.

<sup>63</sup> C-174/15, *VOB*, §50-51.

<sup>64</sup> C-174/15, *VOB*, §68-71.

No caso C-166/15, *Ranks e Vasiļevičs*,<sup>65</sup> o TJUE foi confrontado com a licitude de revenda de software usado em suporte diferente do original (sendo o original destruído ou inutilizado). No fundo estavam em causa o esgotamento do direito de distribuição de *software* (art. 4º/2 da Directiva 2009/24/CE) e o direito a fazer uma cópia de apoio (art. 5º/2 da mesma directiva). O TJUE respondeu que:<sup>66</sup> “...uma cópia de apoio de um programa de computador só pode ser executada e utilizada para responder às necessidades da pessoa com direito a utilizar esse programa e, por conseguinte, essa pessoa não pode, mesmo que tenha danificado, destruído ou perdido o suporte físico original desse programa, utilizar essa cópia para efeitos de revenda do referido programa usado a uma terceira pessoa.” Por outras palavras, o esgotamento só permite a revenda do exemplar original mas já não de cópias lícitas do *software*.

## 5. Reprodução e cópia privada

A cópia privada, a par da comunicação ao público, é um tema que tem gerado jurisprudência europeia abundante.

No caso C-37/16, *SAWP*<sup>67</sup>, o TJUE confirmou que sobre a taxa de cópia privada não incide IVA, visto que esta não se qualifica como prestação de serviços. Com efeito, o tribunal tem qualificado consistentemente a taxa de cópia privada como uma indemnização.<sup>68</sup>

No caso C-110/15, *Nokia Italia*,<sup>69</sup> o Tribunal considerou que o esquema de reembolsos/isenções previsto na lei italiana era incompatível com a sua jurisprudência em matéria de cópia privada. Além disso, rejeitou o pedido de limitação dos efeitos retroactivos da sua decisão.<sup>70</sup>

No reenvio pendente C-265/16, *VCast* está em causa a aplicação da excepção de cópia privada no contexto de computação em nuvem (*cloud computing*). A *VCast* fornece um serviço de gravação e armazenamento de emissões feitas em sinal aberto em Itália. O utilizador que pretenda a gravação de um programa televisivo qualquer, solicita-a à *VCast* que a fará à hora da respectiva emissão, guardando uma cópia no seu servidor para que o utilizador possa ver esse programa mais

<sup>65</sup> EU:C:2016:762.

<sup>66</sup> C-166/15, *Ranks e Vasiļevičs*, §43

<sup>67</sup> EU:C:2017:22.

<sup>68</sup> C-467/08, *Padawan* (EU:C:2010:620), §41; C-572/13, *HP* (EU:C:2015:750), §68; C-572/14, *Austro-Mechana* (EU:C:2016:286), §53; C-470/14, *EGEDA* (EU:C:2016:418), §26.

<sup>69</sup> EU:C:2016:717.

<sup>70</sup> C-110/15, *Nokia Italia*, §57-64.

tarde. A principal questão é saber se a excepção da cópia privada é aplicável nestas condições, visto que a cópia é feita pelo prestador (pessoa colectiva, insusceptível de invocar a excepção de cópia privada) sob instruções do cliente (pessoa singular que, fizesse ele as cópias directamente, poderia sem dúvida invocar a excepção).

O AG SZPUNAR, na sua opinião, defende que a *VCast* é apenas um intermediário da cópia e, por isso, desde que a fonte da reprodução seja lícita, poderá beneficiar da excepção de cópia privada.<sup>71</sup> No entanto, segundo o seu parecer, a aplicação da excepção em causa à *VCast* não é compatível com a regras dos três passos.<sup>72</sup> Além disso, o AG também sugere que a fonte da reprodução feita pela *VCast* nem sempre será lícita.<sup>73</sup> Por outro lado, o AG afirma que a *VCast*, ao disponibilizar as emissões por outro meio (Internet em vez de radiodifusão), além da reprodução, efectua uma comunicação ao público.<sup>74</sup> Veremos o que diz o Tribunal.

## 6. Utilizações livres

Em matéria de limites e excepções, ao contrário do que se pensava inicialmente,<sup>75</sup> o TJUE tem vindo a desenvolver uma jurisprudência altamente harmonizadora.<sup>76</sup> Está firmemente estabelecido na jurisprudência que as excepções devem ser interpretadas de forma restritiva/estrita. De igual modo, a regra dos três passos, prevista no nº 5 do art. 5º da Dir. Infosoc é actualmente um requisito adicional para aplicação de excepções.<sup>77</sup>

No caso C-301/15, *Soulhier et Doko*<sup>78</sup> estava em causa a compatibilidade de um esquema de gestão colectiva obrigatória de “livros indisponíveis”, isto é, livros publicados antes de 2001 (mas ainda protegidos por direitos de autor) que se encontrassem fora do comércio. De acordo com a lei francesa esses livros seriam inscritos numa base de dados pública gerida pela Bibliothèque Nationale e, caso o autor não se opusesse no prazo de 6 meses a contar dessa inscrição, uma sociedade de gestão colectiva passaria a autorizar a reprodução e representação

<sup>71</sup> Opinião AG, C-265/16, *VCast* (EU:C:2017:649), §26.

<sup>72</sup> Opinião AG, C-265/16, *VCast*, §69.

<sup>73</sup> Opinião AG, C-265/16, *VCast*, §29.

<sup>74</sup> Opinião AG, C-265/16, *VCast*, §47. Nos §52 e ss. o AG procura distinguir a situação da jurisprudência *AKM*.

<sup>75</sup> HUGENHOLTZ, BERNT, “Why the Copyright Directive is Unimportant, and Possibly Invalid”, *EIPR*, (2000), pp. 501 e ss. (502).

<sup>76</sup> XALABARDE, RAQUEL, “The Role of the CJEU in Harmonizing EU Copyright Law”, *IIC*, (2016), pp. 635 e ss. (638).

<sup>77</sup> Cfr. *supra* nota 41.

<sup>78</sup> EU:C:2016:878.

sob forma digital dessa obra. O autor e o editor poderiam reagir em qualquer altura retirando a gestão do(s) seu(s) direitos à sociedade de gestão colectiva. Dois autores de obras literárias – Marc Soulier e Sara Douke – iniciaram procedimentos judiciais com vista a anular a lei que estabeleceu este esquema. Entre outras coisas, consideravam que o sistema era contrário à Directiva 2001/29. Foi nesse contexto que o *Conseil d'État* procedeu ao reenvio.

No acórdão o Tribunal começou por confirmar que a *lista de limites e excepções constante do artigo 5º da Directiva 2001/29/CE é exaustiva*.<sup>79</sup> Na mesma linha, no reenvio C-275/15, *ITV* o TJUE tinha esclarecido que o artigo 9º da Directiva 2001/29, que ressalva a aplicação de outras disposições legais, designadamente em sede de “acesso ao cabo de serviços de radiodifusão”, não pode ser interpretado de forma a criar novas excepções.<sup>80</sup> Parece claro que, na perspectiva do TJUE, a única liberdade que os Estados-Membros têm neste domínio é consagrar ou não cada uma das excepções previstas nos nº 2 e 3 desse artigo *tal e qual*.<sup>81</sup>

De seguida, no caso C-301/15, *Soulier et Doke*, o Tribunal considerou que o esquema em causa não estava abrangido por qualquer excepção. O sistema estabelecido na lei francesa envolvia reprodução e comunicação ao público (colocação à disposição). Ora, estes são *direitos de exclusivo* e não direitos de remuneração. Nas palavras do Tribunal:<sup>82</sup> “...importa sublinhar que os direitos garantidos aos autores pelo artigo 2.º, alínea *a*), e pelo artigo 3.º, n.º 1, da Directiva 2001/29 são de natureza preventiva, no sentido de que cada ato de reprodução ou de comunicação de uma obra ao público por parte de um terceiro requer o consentimento prévio do seu autor...”. Por isso mesmo, só havendo consentimento é que esta utilização seria admissível. Nesse seguimento, o Tribunal pronunciou-se, numa passagem que pode vir a ter especial relevância, sobre a admissibilidade da figura da licença implícita, dizendo:<sup>83</sup> “...o artigo 2.º, alínea *a*), e o artigo 3.º, n.º 1, da Directiva 2001/29 não especificam a maneira como se deve manifestar o consentimento prévio do autor, de modo que essas disposições não podem ser interpretadas no sentido de que impõem que esse consentimento seja necessariamente expresso de maneira explícita (...) *as referidas disposições permitem igualmente exprimi-lo de maneira implícita*.” e explicou que é esta figura que explica a jurisprudência *Svensson* (e que

<sup>79</sup> C-301/15, *Soulier et Doke*, §25-26 e §34. Já anteriormente, cfr. v.g. C-510/10, *DR and TV2 Danmark* (EU:C:2012:244) §36.

<sup>80</sup> C-275/15, *ITV* (EU:C:2017:144), §29.

<sup>81</sup> DREIER, THOMAS, “Überlegungen zur Revision des Schrankenatalogs der Richtlinie 2001/29/EG” *GRUR-Int*, (2015), pp. 648 e ss. (648).

<sup>82</sup> C-301/15, *Soulier et Doke*, §33.

<sup>83</sup> C-301/15, *Soulier et Doke*, §35.

permite mesmo compreender toda a jurisprudência relativa às hiperligações).<sup>84</sup> No entanto, “...a simples falta de oposição da sua parte não pode ser vista como a expressão do seu consentimento implícito a essa utilização”.<sup>85</sup> Por isso mesmo, considerou que o esquema era incompatível com a Directiva 2001/29.

Em Portugal parece que esta conclusão se poderá estender ao art. 52º do CDADC, o qual *deverá*, por isso, *ser revogado*.<sup>86</sup>

Há ainda a destacar dois interessantes *obiter dicta* neste acórdão. Num primeiro o Tribunal referiu que:<sup>87</sup> “...decorre da natureza exclusiva dos direitos de reprodução e de comunicação ao público (...) que os autores são as únicas pessoas a quem essa diretiva atribui, a título originário, o direito de explorar as suas obras”. Levada a sério, esta afirmação podia pôr em causa uma série de disposições relativas a titularidade como, entre nós, os artigos 19º e 165º do CDADC.<sup>88</sup> Num segundo *dictum* disse ainda:<sup>89</sup> “...se a Directiva 2001/29 não proíbe os Estados-Membros de concederem certos direitos ou certos benefícios a terceiros, como os editores, é na condição de esses direitos e benefícios não violarem os direitos que a referida diretiva atribui a título exclusivo aos autores”, visando com isso deixar claro que a jurisprudência *HP / Reprobrel* não impede a consagração de direitos a favor de editores,<sup>90</sup> como aliás consta da proposta da Comissão.<sup>91</sup>

O litígio entre Moses Pelham (produtor da música “Nur Mir” da *rapper* alemã Sabrina Setlur) e os *Kraftwerk* a propósito da utilização (*sampling*) pelo primeiro de um excerto de dois segundos da música *Metall auf Metall*, cujos direitos (incluindo o direito conexo de produtor de fonogramas) pertencem a estes últimos, conheceu

<sup>84</sup> C-301/15, *Soulier et Doke*, §36.

<sup>85</sup> C-301/15, *Soulier et Doke*, §43.

<sup>86</sup> Sucintamente sobre as consequências deste acórdão para os esquemas de gestão colectiva não voluntária cfr. GERA, MATEJ, “A tectonic shift in the European system of collective management of copyright? Possible effects of the Soulier & Doke decision”, *EIPR*, (2017), pp. 261 e ss. (261-264).

<sup>87</sup> C-301/15, *Soulier et Doke*, §47.

<sup>88</sup> Para uma perspectiva comparativa sucinta destas questões cfr. SILVA, NUNO SOUSA E, *The Ownership Problems of Overlaps*, Nomos, Baden-Baden, 2013, pp. 29-39.

<sup>89</sup> C-301/15, *Soulier et Doke*, §48.

<sup>90</sup> Na decisão C-572/13, *HP / Reprobrel* (EU:C:2015:750) entendeu que “uma legislação nacional, (...) que autoriza o Estado-Membro a atribuir uma parte da compensação equitativa devida aos titulares de direitos aos editores de obras criadas pelos autores, sem que esses editores tenham uma obrigação, ainda que indireta, de fazer com que esses autores beneficiem de uma parte da compensação de que são privados” (§49) era inadmissível. Por isso, a actual Lei da Cópia Privada (Lei 62/98, de 1 de Setembro, alterada pela última vez pela Lei 49/2015 de 5 de Junho) encontra-se em desconformidade com o DUE, devendo ser alterada. Neste mesmo sentido *vide* PEREIRA, ALEXANDRE DIAS, “A compensação equitativa pela cópia privada no direito de autor português e da União Europeia”, *RDI* n.º 2 (2016) pp. 7 e ss. (52 n. 68).

<sup>91</sup> A proposta de Directiva relativa aos direitos de autor no mercado único digital (COM (2016) 593 final) apresentada em Setembro de 2016 prevê mesmo, nos artigos 11º e 12º, a consagração de alguns direitos para os editores (cfr. ainda os considerandos 31 a 36).

novos desenvolvimentos.<sup>92</sup> O BGH tinha afirmado que a reprodução do mais pequeno excerto de um fonograma constituía violação do direito de reprodução (§85 UrhG), rejeitando a existência de um limiar *de minimis*. Havia dito igualmente que a defesa de utilização livre (§24 UrhG) só seria admissível se não fosse possível recriar o som “samplado” com recurso a meios próprios. A 31 de Maio de 2016, o Tribunal Constitucional alemão considerou que essa interpretação era contrária à liberdade de criação artística (art. 5(3) GrundGesetz).<sup>93</sup> Agora, o BGH fez um reenvio – C-476/17, *Pelham* – em que, em substância, pergunta como é que o *sampling* deve ser qualificado do ponto de vista do direito conexo do produtor de fonogramas.

As vastas perguntas são: “1. Existe uma ingerência no direito exclusivo do produtor de fonogramas de reprodução do seu fonograma (...) quando se retiram do seu fonograma trechos mínimos e estes são transferidos para outro fonograma?

2. Um fonograma que contenha trechos mínimos transferidos de outro fonograma é considerado uma cópia do outro fonograma na aceção do artigo 9º, nº 1, alínea b), da Diretiva 2006/115/CE 2 ?

3. Os Estados-Membros podem fixar uma disposição que, como a disposição do § 24, n.º 1, da UrhG, limita de modo inerente o âmbito de proteção do direito exclusivo do produtor de fonogramas de reprodução (...) e de distribuição (...) do seu fonograma de maneira que uma obra independente, criada a partir da utilização livre do seu fonograma, possa ser explorada sem o consentimento do produtor do fonograma?

4. Deve considerar-se que uma obra ou outro material protegido é utilizada para efeitos de citação (...) quando não seja perceptível que se está utilizar uma obra ou outro material protegido de outra pessoa?

5. As disposições do direito da União relativas ao direito de reprodução e ao direito de distribuição do produtor de (...) e às exceções e limitações a esses direitos (...) deixam alguma margem de apreciação na sua transposição para o direito nacional?

<sup>92</sup> Sobre o caso [BGH, 20.XI.2008, *Metall auf Metall I* (I ZR 112/06)] cfr. APEL, SIMON, “Bridgeport Music, Inc. v. Dimension Films (USA), Metall auf Metall (Germany) and Digital Sound Sampling – “Bright Line Rules?”” *Zeitschrift für Geistiges Eigentum (ZGE)*, 3 (2010) pp. 331 e ss. (331-350) e REILY, TRACY, “Good Fences Make Good Neighboring Rights: The German Federal Supreme Court Rules on the Digital Sampling of Sound Recordings in “Metall auf Metall”, *Minnesota Journal of Law Science & Technology*, (2012), pp. 153 e ss. (153-209). Esta abordagem foi confirmada pelo próprio BGH na decisão de 13.XII.2012, *Metall auf Metall II* (I ZR 182/11). Com uma análise desta última decisão veja-se NIEMANN, FABIAN/MACKERT, LEA NOEMI, “Limits of sampling sound recordings: the German Federal Court of Justice’s Metall auf Metall I & II holdings in light of the US jurisprudence on digital sampling”, *EIPR* (2013), pp. 356 e ss. (356-360).

<sup>93</sup> 1 BvR 1585/13.

6. De que modo devem ser tomados em consideração os direitos fundamentais da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia na determinação do âmbito de proteção do direito exclusivo do produtor de fonogramas de reprodução (...) e de distribuição (...) do seu fonograma e do alcance das exceções ou limitações desses direitos (...)?”

Estas questões têm paralelo com outros dois reenvios pendentes, também eles pedidos pelo BGH, – C-469/17, *Funke Medien* e C-516/17, *Spiegel Online* – relativos à latitude dos EMs em termos de consagração de exceções (art. 5º Dir. Infosoc) e à relação das exceções, designadamente citação e utilização para fins de informação, com direitos fundamentais.

## 7. Tutela

Em relação à tutela de direitos de propriedade intelectual, especialmente a interpretação da Directiva 2004/48 (conhecida com a Directiva do *enforcement*), a jurisprudência mantém-se animada.

No reenvio C-367/15, *Oławska Telewizja Kablowa*,<sup>94</sup> o TJUE foi questionado sobre a compatibilidade com o artigo 13º da Dir. 2004/48 de danos punitivos estabelecidos na lei polaca para a violação de direitos de propriedade intelectual (calculados no dobro ou triplo do valor de uma licença hipotética). Durante a pendência do reenvio, o método de cálculo de danos pelo triplo foi declarado inconstitucional (na Polónia), logo o TJUE apenas se pronunciou sobre os danos calculados a partir do dobro do valor de uma licença hipotética, concluindo que esta solução é compatível com a Directiva.<sup>95</sup>

No reenvio C-427/15, *New Wave*,<sup>96</sup> o TJUE confirmou que o pedido de informação previsto no art. 8º da Dir. 2004/48 (em Portugal transposto nos arts. 210º-F CDADC e 338º-H CPI) pode ser exercido em acção autónoma.

Encontram-se neste momento pendentes dois reenvios relativos à interpretação da Dir. 2004/48. O caso C-644/16, *Synthon* em que se discutem os critérios para a concessão de um requerimento de provas previsto no art. 6º (correspondendo aos arts. 210º-A CDADC e 338º-C CPI) e o reenvio C-149/17, *Bastei Lübbe*, no qual está em causa saber como enquadrar a recusa de identificar um membro da família que terá cometido a violação de direitos de autor.

<sup>94</sup> EU:C:2017:36.

<sup>95</sup> C-367/15, *Oławska Telewizja Kablowa*, §25.

<sup>96</sup> EU:C:2017:18

O caso C-484/14, *Mc Fadden*<sup>97</sup> lidou com a eventual responsabilidade do fornecedor de acesso à Internet numa rede livre (sem palavra-passe), como aquelas frequentemente disponíveis em cafés, restaurantes, aeroportos e outros lugares públicos, por actos praticados por um terceiro ligado a essa rede. Tobias Mc Fadden explorava uma loja de venda e aluguer de material de som, disponibilizando uma rede aberta aos seus clientes. Um utilizador dessa rede fez *upload* de um fonograma cujos direitos pertenciam à Sony. Colocava-se a questão de saber se Tobias poderia ser responsabilizado por esse acto. Na opinião do AG SZPUNAR<sup>98</sup> aquele que fornece acesso gratuito à internet com fins ainda que apenas indirectamente comerciais deveria gozar da isenção de responsabilidade prevista no artigo 12º da Dir. 2000/31 (Directiva do comércio electrónico).

Na sua resposta, o TJUE começou por esclarecer que, apesar de o acesso à rede ser gratuito, este pode ser considerado um serviço da sociedade da informação.<sup>99</sup> Deixou também claro que o artigo 14º da Dir. 2000/31, que prevê o sistema de *notice and take down*, não é aplicável por analogia às situações de simples transporte prevista no artigo 12º.<sup>100</sup> Tendo rejeitado a existência de exigências adicionais para que alguém possa beneficiar da isenção,<sup>101</sup> o TJUE explicou que a Directiva se opõe também à pretensão de indemnização por parte do titular de direitos de autor ou direitos conexos exercida contra o fornecedor de acesso à Internet.<sup>102</sup>

Por último, o Tribunal abordou a admissibilidade de uma decisão judicial que, na prática, imponha, em alternativa, a monitorização de toda a informação transmitida, a proibição de fornecer uma conexão ou então a utilização de uma palavra passe,<sup>103</sup> começando por enquadrar o problema como um conflito de direitos fundamentais.<sup>104</sup> Nessa óptica, concluiu que as duas primeiras medidas elencadas eram inadmissíveis.<sup>105</sup> Quanto à imposição de uma palavra-passe para que os utilizadores da internet não possam agir anonimamente, o TJUE considerou que esta era uma medida que preservava o justo equilíbrio entre os direitos fundamentais em causa e que, como tal, devia ser admitida.<sup>106</sup>

No caso C-177/16, *Biedriba*, o TJUE decidiu que os preços excessivos praticados pela sociedade de gestão colectiva letã poderiam constituir abuso de posição

dominante ao abrigo do art. 102º TFUE. Deixou igualmente claro que, para determinar se os preços são excessivos, a comparação com sociedades congéneres é relevante.<sup>107</sup> E, sendo detectada uma diferença considerável, isso “constitui um indício de abuso de posição dominante e incumbe à entidade de gestão dos direitos de autor em posição dominante demonstrar que os seus preços são equitativos, baseando-se em elementos objetivos com incidência nos encargos de gestão ou na remuneração dos titulares dos direitos.”<sup>108</sup>

Encontra-se actualmente pendente um reenvio feito pelo *Landgericht* de Berlim – C-299/17, *VG Media* – em que se pergunta se o direito conexo sobre pequenos excertos noticiosos (*Leistungsschutzrecht für Presseverleger*) consagrado na lei alemã<sup>109</sup> é compatível com a Directiva 98/34/CE (directiva relativa a normas técnicas), visto que a consagração deste direito não foi notificada previamente à Comissão.<sup>110</sup> Esta Directiva impõe uma série de obrigações de comunicação aos Estados-Membros relativamente a normas técnicas. A questão passa por saber se as regras que estabelecem este direito conexo constituem “normas técnicas”. Em caso afirmativo essas regras serão inaplicáveis em virtude da falta de notificação (art. 8º/1 da Directiva).<sup>111</sup>

### 3. Conclusão

Há algumas tendências metodológicas que se manifestam com clareza na actuação do TJUE. A jurisprudência revela uma inclinação para proceder à harmonização, recorrendo à ideia de que qualquer termo empregue num instrumento europeu tem um significado autónomo e uniforme que cabe ao Tribunal definir/explicitar;<sup>112</sup> faz uma interpretação ampla dos direitos de exclusivo e estrita das excepções, baseando-se sobretudo na referência ao “elevado nível de protecção dos autores”; procura fazer uma interpretação dos instrumentos conforme às convenções internacionais e recorre frequentemente à analogia (tentando asse-

<sup>97</sup> EU:C:2016:689.

<sup>98</sup> EU:C:2016:170.

<sup>99</sup> C-484/14, *Mc Fadden*, §43.

<sup>100</sup> C-484/14, *Mc Fadden*, §55-65.

<sup>101</sup> C-484/14, *Mc Fadden*, §68-71.

<sup>102</sup> C-484/14, *Mc Fadden*, §74-79.

<sup>103</sup> C-484/14, *Mc Fadden*, §85.

<sup>104</sup> C-484/14, *Mc Fadden*, §81-84.

<sup>105</sup> C-484/14, *Mc Fadden*, §87-89.

<sup>106</sup> C-484/14, *Mc Fadden*, §94-101.

<sup>107</sup> C-177/16, *Biedriba* (EU:C:2017:689), §51.

<sup>108</sup> C-177/16, *Biedriba*, §61.

<sup>109</sup> Sobre este direito conexo e o seu equivalente espanhol, cfr. SILVA, NUNO SOUSA E, “Direito de Autor: Breve reflexão sobre o Futuro, o Presente e os Jornais na experiência europeia”, *Revista da Associação Brasileira de Propriedade Intelectual*, 142 (2016), pp. 32 e ss. (32-39).

<sup>110</sup> A Directiva em causa foi entretanto substituída pela Directiva (UE) 2015/1535 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 9 de setembro de 2015, relativa a um procedimento de informação no domínio das regulamentações técnicas e das regras relativas aos serviços da sociedade da informação.

<sup>111</sup> Assim claramente na jurisprudência, C-303/15, *Naczelnik* (EU:C:2016:771), §33.

<sup>112</sup> Com fez p. ex. com os conceitos de remuneração equitativa (C-467/08, *Padawan*, §37) e de paródia (C-201/13, *Deckmyn* (EU:C:2014:2132), §15).

gurar uma “neutralidade tecnológica”).<sup>113</sup> Por último, toma toda a sua jurisprudência como vinculativa, o que implica que afirmações marginais num acórdão se possam tornar centrais em acórdãos seguintes.

No Direito de Autor europeu assistimos a uma oscilação entre o papel preponderante do legislador ou do juiz para definir o que é o Direito. Apesar de estarem em preparação relevantes intervenções legislativas, das quais nos falou o Doutor ALEXANDRE DIAS PEREIRA, vivemos neste momento uma época de desenvolvimento judicial do Direito de Autor. Actualmente, há um conjunto muito considerável de jurisprudência do TJUE que é claramente *praeter legem*. Não é possível continuar a trabalhar competentemente neste domínio do Direito sem seguir atentamente esse outro legislador que é o Tribunal de Justiça da União Europeia.<sup>114</sup> Como o próprio afirmou, no caso C-110/15, *Nokia Italia*:<sup>115</sup> “... o Tribunal de Justiça já se havia pronunciado (...) Nessas circunstâncias, a SIAE não pode de modo algum fazer-se valer de que adquirira a convicção de que a regulamentação em causa no processo principal era conforme com o direito da União, pela falta de objeção da Comissão quanto à compatibilidade dessa legislação com o direito da União”. Com efeito, *ignorantia juris non excusat*...

## 9. Anexo: Lista de jurisprudência relativa ao período em causa

### Casos decididos:

- C-484/14, *Mc Fadden*
- C-110/15, *Nokia Italia*
- C-160/15, *Gs Media*
- C-166/15, *Ranks e Vasiļevičs*
- C-169/15, *Montis Design*
- C-174/15, *VOB*
- C-275/15, *ITV*
- C-301/15, *Soulier et Doke*
- C-367/15, *Oławska Telewizja Kablowa*
- C-427/15, *New Wave*

<sup>113</sup> Exemplo claro disso é a decisão no caso C-174/15, *VOB*.

<sup>114</sup> JORZO, FLORIAN, “Der EuGH als Interimsnormgeber im digitalen Urheberrecht”, *ZGE*, (2017) pp. 447 e ss. (447-470) (o Autor analisa detalhadamente a evolução da jurisprudência relativa aos direitos patrimoniais e sugere que só um Regulamento, estabelecendo um direito de autor unitário, poderá resolver a actual fragmentação).

<sup>115</sup> §62.

- C-527/15, *Filmspeler*
- C-610/15, *Pirate Bay*
- C-641/15, *Verwertungsgesellschaft*
- C-37/16, *SAWP*
- C-138/16, *AKM*
- C-177/16, *Biedriba*

### Casos pendentes:

- C-516/17, *Spiegel Online*
- C-476/17, *Pelham*
- C-469/17, *Funke Medien*
- C-310/17, *Levola Hengelo*
- C-299/17, *VG Media*
- C-161/17, *Renckhoff*
- C-149/17, *Bastei Lübbe*
- C-644/16, *Synthon*
- C-265/16, *VCast*