Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
MACIEJ SZPUNAR
apresentadas em 12 de dezembro de 2018 [1]

Processo C-476/17

Pelham GmbH,
Moses Pelham,
Martin Haas
contra
Ralf Hütter,
Florian Schneider-Esleben

[pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Bundesgerichtshof (Supremo Tribunal Federal, Alemanha)]

«Reenvio prejudicial — Direitos de autor e direitos conexos — Direito de reprodução — Reprodução de fragmentos de um fonograma (*sampling*) — Utilização livre de uma obra — Tomada em consideração dos direitos fundamentais da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia»

Introdução

1. O *sampling* (amostragem) é uma técnica que consiste em retirar, com equipamentos eletrónicos, excertos («*samples*» ou «amostras», o que deu origem ao nome da técnica) de um fonograma, para os utilizarem como elementos de uma nova composição noutro fonograma. Ao serem reutilizados, esses excertos são frequentemente misturados, alterados e repetidos de maneira circular, de modo a serem mais ou menos reconhecíveis na nova obra. É igualmente de referir que pode tratar-se de excertos de diferente duração, compreendida entre menos de um segundo e várias dezenas de segundos. O *sampling* é, portanto, um fenómeno multifacetado, o que naturalmente dificulta a sua qualificação jurídica [2].

2. Se a reutilização, pelos compositores, de elementos de obras anteriores é provavelmente tão velha como a própria música, o *sampling* é um novo fenómeno, tornado possível pelos processos modernos de gravação e de alteração dos sons, analógicos num primeiro momento e, atualmente, digitais. Com efeito, contrariamente à utilização de um fragmento de outra obra musical na composição de uma obra nova, a ideia do *sampling* é extrair diretamente os sons de um fonograma, ou seja, de uma obra executada e gravada, para os incorporar no fonograma que contém a nova obra. Assim, o *sampling* é um fenómeno inerente à realidade da música gravada sob a forma de fonogramas. Por outras palavras, o facto de copiar fragmentos da notação de uma obra musical para a incorporar na notação de uma nova obra e executar posteriormente essa notação não é *sampling*.

1 Língua original: francês.

2 V., nomeadamente, Piesiewicz, P., «Dzieło muzyczne i nowe technologie (aspekty prawne "samplingu")», Państwo i prawo, no 3/2006.

3. Se o *sampling* pode ser utilizado em qualquer género musical, é particularmente importante para as músicas *hip-hop* e *rap*, que surgiram nos anos 1970 nos bairros populares de Nova Iorque (Estados Unidos) [3]. Esta música tem origem na prática dos *disc jockeys* (os «cavaleiros do disco») que encadeavam, alteravam e misturavam sons de temas musicais gravados em discos de vinil. Desta prática resultavam verdadeiras composições próprias derivadas. Assim, o *sampling* constitui a base para esses géneros musicais. Algumas obras podem até apenas consistir numa mistura de *samples*.

4. Não obstante a importância do seu papel nesta nova criação musical, o *sampling* consubstancia um verdadeiro problema jurídico, nomeadamente a partir do momento em que o *hip hop* saiu das ruas do Bronx para entrar no *mainstream* e tornar-se numa fonte de rendimento não negligenciável para os seus autores, executantes e produtores. A dificuldade na apreciação jurídica deste fenómeno resulta do facto de não se tratar de uma relação de uma obra com outra obra, clássica no direito de autor, mas de um fonograma, produto comercial, com uma obra, criação artística. Ao recorrer ao *sampling*, o artista não só se inspira na criação de outrem, como também se apropria do fruto do esforço e do investimento editorial que representa o fonograma. Esta configuração, inteiramente nova para o direito de autor [4], faz intervir fatores como os direitos conexos dos produtores de fonogramas, por um lado, e a liberdade criativa dos «samplers», por outro.

5. O presente pedido de decisão prejudicial, que introduz a problemática do *sampling* no caminho do direito da União, é o resultado de uma longa saga judicial nacional [5], sobre a qual já se pronunciaram duas das mais altas instâncias judiciais alemãs. Agora, é o Tribunal de Justiça que é chamado a intervir neste debate que opõe a liberdade artística «de modo pós-moderno» ao velho direito de propriedade.

Quadro jurídico

Direito da União

6. O artigo 2.º, alínea c), da Diretiva 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de maio de 2001, relativa à harmonização de certos aspetos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação [6], dispõe:

«Os 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:

[…]

c) Aos produtores de fonogramas, para os seus fonogramas;

[…]».

3 Relativamente à história do *hip hop* e do *rap*, v. Evans, T.M., «Sampling, Looping, and Mashing[…] Oh My!: How Hip Hop Music is Scratching More Than the Surface of Copyright Law», *Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal*, 2011, vol. 21, n.º 4, p. 843.

4 Apesar de um dos primeiros processos em matéria de *sampling*, Grand Upright Music, Ltd v Warner Bros. Records Inc., julgado pela United States District Court for the Southern District of New York, ser do ano 1991.

5 A petição inicial em primeira instância no processo principal foi apresentada em 8 de março de 1999.

6 JO 2001, L 167, p. 10.

7. Nos termos do artigo 5.º, n.º 3, alíneas d), k) e o), e n.º 5, desta diretiva:

«3. Os Estados-Membros podem prever exceções ou limitações aos direitos previstos nos artigos 2.º e 3.º nos seguintes casos:

[…]

d) Citações para fins de crítica ou análise, desde que relacionadas com uma obra ou outro material já legalmente tornado acessível ao público, desde que, exceto quando tal se revele impossível, seja indicada a fonte, incluindo o nome do autor, e desde que sejam efetuadas de acordo com os usos e na medida justificada pelo fim a atingir;

[…]

k) Utilização para efeitos de caricatura, paródia ou pastiche;

[…]

o) Utilização em certos casos de menor importância para os quais já existam exceções 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 exceções e limitações que constam do presente artigo.

[…]

5. As exceções e limitações previstas nos n.os 1, 2, 3 e 4 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.»

8. O artigo 9.º, n.º 1, alínea b), da Diretiva 2006/115/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2006, relativa ao direito de aluguer, ao direito de comodato e a certos direitos conexos ao direito de autor em matéria de propriedade intelectual [7], dispõe:

«1. Os Estados-Membros devem prever um direito exclusivo, a seguir designado "direito de distribuição", de divulgar ao público os objetos referidos nas alíneas a) a d), incluindo as suas cópias, por venda ou de qualquer outra forma, na titularidade:

[…]

b) Dos produtores de fonogramas, no que respeita aos seus fonogramas;

[…]».

9. Nos termos do artigo 10.º, n.º 2, primeiro parágrafo, desta diretiva:

«2. Sem prejuízo do disposto no n.º 1, os Estados-Membros podem prever, no que respeita à proteção dos artistas intérpretes ou executantes, dos produtores de fonogramas, das organizações de radiodifusão e dos produtores das primeiras fixações de filmes, o mesmo tipo de limitações que a lei estabelece em matéria de proteção do direito de autor para as obras literárias e artísticas.»

7 JO 2006, L 376, p. 28.

Direito alemão

10. As diretivas 2001/29 e 2006/115 foram transpostas para direito alemão pela Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte — Urheberrechtsgesetz (Lei dos direitos de autor e direitos conexos), de 9 de setembro de 1965 (a seguir «UrhG»). Os direitos dos produtores de fonograma estão protegidos pelo § 85, n.º 1, desta lei.

11. O § 24 da UrhG prevê uma exceção geral ao direito de autor assim redigida:

«1. Uma obra independente que foi criada a partir da utilização livre da obra de outrem pode ser publicada e explorada sem o consentimento do autor da obra utilizada.

2. O n.º 1 não é aplicável à utilização de uma obra musical quando uma melodia é extraída de modo reconhecível de uma obra para servir de base a uma obra nova.»

Matéria de facto, processo principal e questões prejudiciais

12. Ralf Hütter e Florian Schneider-Esleben, recorrentes em primeira instância e recorridos no recurso de «Revision» no processo principal (a seguir «recorridos»), são membros do grupo musical Kraftwerk. Este publicou em 1977 um fonograma que contém a obra intitulada «Metall auf Metall». Os recorridos são produtores do referido fonograma, mas também artistas intérpretes da obra em questão e R. Hütter é também autor da mesma (compositor).

13. A Pelham GmbH, sociedade de direito alemão, recorrida em primeira instância e recorrente no recurso de «Revision» no processo principal, é produtora de um fonograma que contém a obra intitulada «Nur mir», interpretada, nomeadamente, pela cantora Sabrina Setlur. Moses Pelham e Martin Haas, também recorridos em primeira instância e recorrentes no recurso em «Revision» no processo principal, são autores dessa obra.

14. Os recorridos sustentam que a Pelham GmbH bem como M. Pelham e M. Haas (a seguir, conjuntamente, os «recorrentes») copiaram, utilizando a técnica do *sampling*, aproximadamente dois segundos de uma sequência rítmica da canção «Metall auf Metall» que inseriram, em repetições sucessivas, na canção «Nur mir». Consideram que os recorrentes violaram o direito conexo de que são titulares na qualidade de produtores do fonograma em causa. A título subsidiário, os recorridos invocam o direito de propriedade intelectual de que são titulares na qualidade de artistas intérpretes, bem como a violação do direito de autor de R. Hütter relativamente à obra musical. A título ainda mais subsidiário, os recorridos invocam uma violação da legislação em matéria de concorrência. Contudo, o processo no órgão jurisdicional de reenvio respeita apenas aos direitos dos arguidos enquanto produtores do fonograma.

15. Os recorridos pediram a cessação da infração, uma indemnização, a transmissão de informações e a entrega dos fonogramas para efeitos de destruição. O órgão jurisdicional de primeira instância julgou a ação procedente e o recurso interposto pelos recorrentes foi julgado improcedente. Na sequência de um recurso de «Revision» dos recorrentes, o acórdão proferido pelo tribunal de recurso foi anulado pelo órgão jurisdicional de reenvio, por Acórdão de 20 de novembro de 2008, e o processo foi remetido ao tribunal de segunda instância para reapreciação. O tribunal de recurso negou novamente provimento ao recurso interposto pelos recorrentes. Na sequência de um novo recurso de «Revision» dos recorrentes, o órgão jurisdicional de reenvio negou provimento ao recurso por Acórdão de 13 de dezembro de 2012. Este acórdão foi anulado pelo Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Federal, Alemanha) [8], que remeteu o processo ao órgão jurisdicional de reenvio.

8 Acórdão de 31 de maio de 2016, 1 BvR 1585/13.

16. Nestas condições, o Bundesgerichtshof (Supremo Tribunal Federal, Alemanha) decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

«1) Existe uma [violação do] direito exclusivo do produtor de fonogramas de reprodução do seu fonograma resultante do artigo 2.º, alínea c), da Diretiva 2001/29/CE quando se retiram do seu fonograma [excertos] mínimos e estes são transferidos para outro fonograma?

2) Um fonograma que contenha [excertos] mínimos transferidos de outro fonograma é considerado uma cópia do outro fonograma na aceção do artigo 9.º, n.º 1, alínea b), da Diretiva 2006/115/CE?

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 [artigo 2.º, alínea c), da Diretiva 2001/29/CE] e de distribuição [artigo 9.º, n.º 1, alínea b), da Diretiva 2006/115/CE] 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 na aceção do artigo 5.º, n.º 3, alínea d), da Diretiva 2001/29/CE quando não seja percetível 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 fonogramas [artigo 2.º, alínea c), da Diretiva 2001/29/CE e artigo 9.º, n.º 1, alínea b), da Diretiva 2006/115/CE] e às exceções e limitações a esses direitos (artigo 5.º, n.ºs 2 e 3, da Diretiva 2001/29/CE e artigo 10.º, n.º 2, primeiro parágrafo, da Diretiva 2006/115) deixam alguma margem de apreciação na sua transposição para o direito nacional?

6) De que modo devem ser tomados em consideração os direitos fundamentais da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia [a seguir «Carta»] na determinação do âmbito de proteção do direito exclusivo do produtor de fonogramas de reprodução [artigo 2.º, alínea c), da Diretiva 2001/29/CE] e de distribuição [artigo 9.º, n.º 1, alínea b), da Diretiva 2006/115/CE] do seu fonograma e do alcance das exceções ou limitações desses direitos (artigo 5.º, n.ºs 2 e 3, da Diretiva 2001/29/CE e artigo 10.º, n.º 2, primeira frase, da Diretiva 2006/115/CE)?»

17. O pedido de decisão prejudicial deu entrada no Tribunal de Justiça em 4 de agosto de 2017. Foram apresentadas observações escritas pelas partes no processo principal, pelos Governos alemão, francês e do Reino Unido, bem como pela Comissão Europeia. Os mesmos interessados estiveram representados na audiência que teve lugar em 3 de julho de 2018.

Análise

18. No presente processo, o Bundesgerichtshof (Supremo Tribunal Federal, Alemanha) submete ao Tribunal de Justiça uma série de questões prejudiciais relativas à interpretação do direito da União em matéria de direito de autor e de direitos conexos, bem como em matéria de direitos fundamentais, em circunstâncias como as do litígio no processo principal. Vou analisar estas questões pela ordem por que foram colocadas.

Quanto à primeira questão prejudicial

19. Com a sua primeira questão prejudicial, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, se o artigo 2.º, alínea c), da Diretiva 2001/29 deve ser interpretado no sentido de que retirar um excerto de um fonograma, para o utilizar noutro fonograma (*sampling*), constitui uma violação do direito exclusivo do produtor do primeiro fonograma de autorizar ou proibir a reprodução do seu fonograma na aceção desta disposição, quando isso é efetuado sem o consentimento deste último.

20. Os interessados que apresentaram observações no presente processo têm posições divergentes a este respeito. Se os recorridos, bem como o Governo francês, propõem que se responda afirmativamente a esta questão, os recorrentes, os outros governos, bem como a Comissão, propõem, contudo, que lhe seja dada resposta negativa. Antes de analisar as diferentes argumentações, parece-me útil examinar uma questão preliminar.

Nota preliminar — Âmbito de aplicação temporal da Diretiva 2001/29

21. O órgão jurisdicional de reenvio observa que a Diretiva 2001/29, no seu artigo 10.º, limita o seu âmbito de aplicação temporal aos atos praticados após 22 de dezembro de 2002. Ora, o fonograma controvertido no processo principal, que contém a obra intitulada «Nur mir», foi publicado em 1997.

22. Contudo, é de notar que, nos termos do artigo 10.º, n.º 1, da Diretiva 2001/29, esta se aplica a todas as obras e outro material protegidos pelo direito dos Estados-Membros em 22 de dezembro de 2002, o que é o caso do fonograma pertencente aos recorridos.

23. É verdade que, segundo o artigo 10.º, n.º 2, da Diretiva 2001/29, esta é aplicável sem prejuízo de quaisquer atos concluídos e de direitos adquiridos até essa data. É igualmente verdade que o Tribunal de Justiça declarou, com base nesta disposição, que os atos de utilização das obras e de outro material protegidos realizados antes dessa data não são afetados por esta diretiva [9]. No entanto, segundo o órgão jurisdicional de reenvio, o fonograma em causa no processo principal foi objeto de atos de exploração também depois de 22 de dezembro de 2002. Assim, a Diretiva 2001/29 é aplicável a esses atos.

24. Tendo esclarecido este ponto, passo agora à análise substantiva da primeira questão prejudicial.

Análise substantiva

25. É pacífico entre as partes no processo principal que os recorrentes reproduziram um excerto de aproximadamente dois segundos da sequência rítmica do fonograma da obra *Metall auf Metall* e que o integraram, repetido de maneira circular, com alterações mínimas e de forma reconhecível, como sequência rítmica no fonograma da obra *Nur mir* [10].

26. É em meu entender evidente que tal ato constitui um ato de reprodução na aceção do artigo 2.º da Diretiva 2001/29, disposição que é relativa, recorde-se, a quaisquer reproduções «diretas ou indiretas, temporárias ou permanentes, por quaisquer meios e sob qualquer forma, no todo ou em parte» do material protegido. No caso do *sampling*, está em causa uma reprodução (mais frequentemente) direta, permanente, pelos meios e sob forma digitais de uma parte de um fonograma. Por conseguinte, afigura-se bastante claro que este ato constitui uma violação do direito dos produtores do fonograma em causa de autorizar ou proibir essa reprodução sem o seu consentimento.

9 V., neste sentido, Acórdão de 27 de junho de 2013, VG Wort e o. (C-457/11 a C-460/11, EU:C:2013:426, n.º 1 do dispositivo).

10 É de referir que existem várias versões desta última canção. Refiro-me à versão de base, intitulada simplesmente «Nur mir».

27. No entanto, os recorrentes no processo principal, alguns governos que apresentaram observações e a Comissão apresentam uma série de argumentos a fim de demonstrar que o referido direito dos produtores deve ser limitado de tal maneira que os atos de reprodução como o que está em causa no processo principal não sejam abrangidos por este direito exclusivo.

– O limiar de minimis

28. Estes interessados estabelecem, em primeiro lugar, uma analogia com a jurisprudência do Tribunal de Justiça relativa à proteção de excertos de obras pelo direito de autor. Com efeito, o Tribunal declarou que a proteção conferida pelo direito de autor abrange as obras enquanto expressão da criação intelectual dos seus autores. Assim, os excertos de uma obra são suscetíveis de ser protegidos pelo direito de autor desde que contenham alguns dos elementos que são a expressão da criação intelectual do próprio autor dessa obra [11]. Uma vez que o direito dos produtores de fonogramas protege não a criação intelectual, mas o investimento financeiro, alguns interessados alegam no presente processo que este direito só é suscetível de proteger os excertos dos fonogramas com duração suficientemente longa para representar este investimento. Por conseguinte, a cópia de excertos muito curtos no caso do *sampling* não poria em risco os interesses financeiros dos produtores de fonogramas e não faria, portanto, parte do seu direito exclusivo. Assim, segundo alguns dos interessados, a proteção dos direitos dos produtores de fonogramas estaria sujeita a um limiar *de minimis*, do mesmo modo que a proteção dos direitos dos autores.

29. Parece-me que este raciocínio assenta numa leitura errada da jurisprudência do Tribunal de Justiça acima mencionada. No Acórdão Infopaq International, o Tribunal de Justiça declarou que as obras literárias em causa nesse processo eram compostas por palavras que, consideradas isoladamente, não eram abrangidas pela proteção do direito de autor. Apenas a sua disposição original era protegida enquanto criação intelectual do autor da obra [12]. Esta constatação é evidente: o autor de uma obra literária não pode apropriar-se das palavras ou expressões correntes, tal como o compositor não pode pretender ter um direito exclusivo sobre as notas ou o pintor um direito sobre as cores. No entanto, isso não constitui de forma alguma a expressão do reconhecimento de um limiar *de minimis* na proteção das obras pelo direito de autor, mas é simplesmente o resultado da definição da obra, na aceção do direito de autor, como criação intelectual do seu autor. Embora o Tribunal de Justiça tenha declarado nesse acórdão que a reprodução de um excerto de apenas onze palavras de um artigo de imprensa pode potencialmente ser abrangido pelo âmbito do direito exclusivo previsto no artigo 2.º da Diretiva 2001/29 [13], é difícil ver aí o reconhecimento de qualquer limiar *de minimis*.

30. O raciocínio seguido pelo Tribunal de Justiça no que respeita aos excertos de uma obra não pode, todavia, aplicar-se aos fonogramas. Com efeito, um fonograma não é uma criação intelectual que consista numa composição de elementos como os sons, as cores, etc. O fonograma é uma fixação de sons que é protegida não em resultado da disposição desses sons, mas em resultado da própria fixação. Por conseguinte, se, no caso de uma obra, é possível distinguir os elementos que não são passíveis de proteção, como as palavras, os sons, as cores, etc., e o material suscetível de proteção sob a forma da disposição original desses elementos, tal distinção não é possível no caso de um fonograma. O fonograma não é composto por pequenas partículas não suscetíveis de proteção: é protegido como um todo indivisível. Além disso, não existe, no caso do fonograma, nenhuma exigência de originalidade, já que o fonograma, contrariamente à obra, é protegido não pelo seu caráter criativo, mas em razão do investimento financeiro e organizacional. Dito de outro modo, um som ou uma palavra não pode ser monopolizado por um autor devido à sua inclusão numa obra. No entanto, a partir do momento em que são gravados, o mesmo som executado por um músico ou a mesma

11 Acórdão de 16 de julho de 2009, Infopaq International (C-5/08, EU:C:2009:465, n.º 39 e ponto 1 do dispositivo).

12 Acórdão de 16 de julho de 2009, Infopaq International (C-5/08, EU:C:2009:465, n.ºs 44 a 46).

13 Acórdão de 16 de julho de 2009, Infopaq International (C-5/08, EU:C:2009:465, n.º 1 do dispositivo).

palavra lida em voz alta constituem um fonograma que é abrangido pela proteção conferida pelo direito conexo ao direito de autor. A reprodução de tal gravação está, portanto, abrangida pelo direito exclusivo do produtor desse fonograma. No entanto, cada um é livre de reproduzir por si próprio o mesmo som.

31. É verdade que uma ideia semelhante do limiar *de minimis* foi desenvolvida na jurisprudência dos órgãos jurisdicionais dos Estados Unidos da América sobre o *sampling*[14]. Trata-se, no entanto, de um quadro jurídico radicalmente diferente do quadro jurídico do direito da Europa continental e do direito da União. Com efeito, em direito americano, os fonogramas são protegidos por direitos de autor com o mesmo fundamento que as obras e outro material. É, por conseguinte, exigido que apresentem um grau mínimo de originalidade. A existência de um limiar *de minimis* é amplamente reconhecida para todo esse material protegido a partir do século XIX e este limiar constitui um dos critérios de apreciação para a aplicação da exceção geral do *fair use*[15]. Portanto, o raciocínio adotado pelos órgãos jurisdicionais americanos não é, em minha opinião, transponível para o direito da União.

32. Além disso, parece-me que um limiar *de minimis* coloca sérias dificuldades práticas de aplicação. Antes de mais, é necessário estabelecer um limiar. Deve ser apenas quantitativo (duração do excerto reproduzido) ou também qualitativo (importância do excerto para a obra em questão)? Por outro lado, deve este limiar ser medido em relação ao fonograma-fonte, à segunda obra, ou a ambos? No exemplo dos fonogramas em causa no processo principal, o excerto extraído pelos recorrentes tem a duração de cerca de dois segundos. Parece, portanto, *a priori*, que poderia ficar aquém do limiar *de minimis*, como alegam alguns dos interessados no presente processo. No entanto, cabe notar que os fonogramas em causa contêm obras pertencentes a dois tipos de música — música eletrónica para *Metall auf Metall* e o *rap* para *Nur mir* — nos quais o ritmo desempenha um papel primordial na composição das obras. Ora, copiando uma sequência rítmica da canção *Metall auf Metall* e introduzindo-a, de maneira circular, na canção *Nur mir*, os recorrentes reproduziram de facto uma parte substancial do primeiro fonograma em toda a secção rítmica da sua obra[16]. Numa abordagem qualitativa, isso excederia provavelmente qualquer limiar *de minimis*. Para se convencer disso, bastaria suprimir dos dois fonogramas a sequência rítmica em causa e ouvir a parte restante. A aplicação de um limiar *de minimis* conduziria, portanto, inevitavelmente a diferenças entre as jurisprudências nacionais e colocaria em causa o principal objetivo da Diretiva 2001/29, que é a harmonização do direito de autor dos Estados-Membros.

33. Por último, considero que é errado circunscrever os legítimos interesses financeiros dos produtores de fonogramas à proteção contra a pirataria, isto é, a distribuição ou a comunicação ao público dos seus fonogramas enquanto tais. Com efeito, esses produtores podem explorar os fonogramas de outras formas além da venda de cópias, nomeadamente autorizando o *sampling* e tirar daí rendimentos. O facto de o direito desses produtores sobre os seus fonogramas ter por missão proteger os seus investimentos financeiros não se opõe, portanto, a que esse direito abranja também as utilizações como o *sampling*. Além disso, se o legislador optou por dar aos produtores, como instrumento da proteção dos seus interesses financeiros, o direito exclusivo de autorizar ou proibir qualquer reprodução dos seus fonogramas, incluindo a reprodução parcial, não me parece lógico pôr em causa esta opção sob o pretexto de que tal direito não responde ao objetivo prosseguido.

14 V., nomeadamente, Acórdão da United States Court of Appeals, Ninth Circuit, de 2 de junho de 2016, VMG Salsoul, LLC v. Ciccone.

15 V. artigo 107.º da Copyright Law of the United States (Lei sobre o Direito de Autor dos Estados Unidos).

16 A mesma conclusão foi retirada, segundo as informações constantes do pedido de decisão prejudicial, pelo tribunal de recurso no processo principal, segundo o qual o excerto controvertido constitui a «parte dominante» da canção *Metall auf Metall* e aparece na canção *Nur mir* de forma contínua.

– O nível de proteção igual ao nível de proteção das obras

34. Em segundo lugar, alguns interessados que apresentaram observações no presente processo alegam, referindo-se novamente ao Acórdão Infopaq International [17], que os produtores dos fonogramas não podem beneficiar de uma proteção mais abrangente do que a concedida aos autores. Não estou, no entanto, convencido por este argumento, por duas razões.

35. Por um lado, à semelhança do argumento relativo ao limiar *de minimis*, este argumento é, na minha opinião, baseado numa interpretação errada do alcance do referido acórdão. Nesse acórdão, o Tribunal de Justiça definiu o conceito de obra, na aceção do direito de autor da União, considerando que esta constituía uma criação intelectual do próprio autor. O mesmo critério de proteção deve ser aplicado aos excertos de uma obra, ao excluir da proteção os elementos da mesma que devem, de forma evidente, permanecer no domínio público, tais como palavras, consideradas isoladamente, ou expressões correntes. Não se trata, de modo algum, de uma limitação da proteção, mas de uma definição do objeto desta. No que diz respeito aos fonogramas, o facto de o objeto da proteção ser diferente não significa que a proteção vá além do previsto para as obras. Tanto as obras como os fonogramas são protegidos no seu conjunto.

36. Por outro lado, o direito à proteção do fonograma é um direito que existe e é exercido de forma completamente independente da proteção da obra eventualmente contida nesse fonograma. De facto, embora a maioria dos fonogramas contenha fixações das execuções de obras protegidas pelo direito de autor, existem, no entanto, outras situações. O fonograma pode, por exemplo, incluir a fixação da execução de uma obra cuja proteção tenha expirado ou de sons que não são de todo uma obra, como os sons da natureza. Tal fonograma constitui o objeto da proteção de pleno direito. De resto, isto é confirmado pela definição de fonograma constante do Tratado OMPI sobre prestações e fonogramas [18], cujo artigo 2.º, alínea b), determina que um fonograma é «a fixação dos sons de uma prestação ou de outros sons». Embora os direitos dos produtores de fonogramas sejam direitos conexos ao direito de autor, não são direitos derivados. O âmbito da proteção do fonograma não é de modo algum condicionado pelo âmbito da proteção da obra que pode eventualmente conter.

– A analogia com a proteção dos direitos dos fabricantes de bases de dados

37. Em terceiro lugar, algumas partes interessadas fazem uma analogia entre a proteção dos fonogramas e a proteção das bases de dados. Com efeito, o artigo 7.º, n.º 1, da Diretiva 96/9/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de março de 1996, relativa à proteção jurídica das bases de dados [19], prevê para o fabricante de uma base de dados o direito *sui generis* de proibir «a extração e/ou a reutilização da totalidade ou de uma parte substancial» dessa base de dados. Ora, segundo esses interessados, a situação de um produtor de fonogramas é análoga à de um fabricante de base de dados, na medida em que, em ambos os casos, o direito que lhes é concedido visa a proteção dos seus investimentos financeiros. A proteção do produtor de fonogramas deveria, por conseguinte, ser limitada à reprodução de uma parte substancial do fonograma.

38. Sou, no entanto, mais sensível ao argumento desenvolvido a este propósito pelos recorridos, segundo o qual é necessário adotar no presente caso uma leitura *a contrario* da Diretiva 2001/29. Com efeito, esta diretiva não contém nenhuma referência à proteção de uma parte substancial do fonograma. Pelo contrário, o produtor do fonograma é protegido contra a reprodução não autorizada «no todo ou em parte», tal como o autor de uma obra [e como, aliás, o autor de uma base de dados,

17 Acórdão de 16 de julho de 2009, Infopaq International (C-5/08, EU:C:2009:465).

18 Tratado da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI) sobre Prestações e Fonogramas, adotado em Genebra em 20 de dezembro de 1996 e que entrou em vigor em 20 de maio de 2002, da qual a União Europeia faz parte, nos termos da Decisão 2000/278/CE do Conselho, de 16 de março de 2000, relativo à aprovação, em nome da Comunidade Europeia, do Tratado da OMPI sobre prestações e fonogramas (JO 2000, L 89, p. 6). Segundo o considerando 15 da Diretiva 2001/29, esta destina-se também a dar execução ao Tratado.

19 JO 1996, L 77, p. 20.

de acordo com o artigo 5.º, alínea a), da Diretiva 1996/9]. Assim, a interpretação literal das Diretivas 1996/9 e 2001/29 já exclui, na minha opinião, qualquer possibilidade de fazer uma analogia entre o âmbito da proteção do fabricante de uma base de dados e o âmbito da proteção de um produtor de fonograma.

– *A proteção da totalidade do fonograma*

39. Também não posso subscrever o argumento da Comissão segundo o qual o artigo 11.º do Tratado OMPI sobre prestações e fonogramas apenas prevê a proteção contra a reprodução não autorizada da totalidade de um fonograma [20]. Com efeito, o artigo 11.º deste Tratado retoma o teor do artigo 10.º da Convenção de Roma [21]. Ora, segundo o guia de interpretação desta convenção elaborado pela OMPI [22], na Conferência Diplomática que adotou o diploma, considerou-se que «a proteção contra a reprodução não estando sujeita a quaisquer restrições, deve ser interpretada como incluindo a proteção contra a reprodução parcial do fonograma» [23]. Por conseguinte, o artigo 11.º do Tratado OMPI acima referido deve ser interpretado da mesma forma. O artigo 2.º da Diretiva 2001/29 menciona aliás expressamente a reprodução «em parte» do fonograma.

40. Por conseguinte, proponho que se responda à primeira questão prejudicial que o artigo 2.º, alínea c), da Diretiva 2001/29 deve ser interpretado no sentido de que retirar um excerto de um fonograma para o utilizar noutro fonograma (*sampling*) constitui uma violação do direito exclusivo do produtor do primeiro fonograma de autorizar ou proibir a reprodução do seu fonograma na aceção desta disposição, quando isso é feito sem o consentimento deste último.

Quanto à segunda questão prejudicial

41. Com a sua segunda questão prejudicial, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta se o artigo 9.º, n.º 1, alínea b), da Diretiva 2006/115 deve ser interpretado no sentido de que um fonograma que contenha excertos transferidos de outro fonograma (*samples*) constitui uma cópia desse outro fonograma na aceção desta disposição.

42. Os interessados que apresentaram observações no presente processo, com exceção do Governo francês, parecem analisar a primeira e a segunda questões prejudiciais conjuntamente e tendem a dar respostas concordantes (ainda que essas respostas difiram de um interessado para o outro). No entanto, considero, à semelhança do Governo francês, que há que interpretar o artigo 9.º, n.º 1, alínea b), da Diretiva 2006/115 à luz do seu objetivo e independentemente da Diretiva 2001/29.

43. O artigo 9.º da Diretiva 2006/115 institui, em benefício nomeadamente dos produtores de fonogramas, um direito de distribuição. Esse direito é relativo à divulgação ao público, por venda ou de qualquer outra forma, de cópias de material protegido, entre outros dos fonogramas.

20 Esta disposição estabelece que «[o]s produtores de fonogramas gozam do direito exclusivo de autorizar a reprodução direta ou indireta dos seus fonogramas, de qualquer maneira e sob qualquer forma».

21 Convenção para a Proteção dos Artistas Intérpretes ou Executantes, dos Produtores de Fonogramas e dos Organismos de Radiodifusão, celebrada em Roma, em 26 de outubro de 1961.

22 Guia dos Tratados sobre o direito de autor e os direitos conexos administrados pela OMPI, OMPI, Genebra, 2003.

23 Guia dos Tratados sobre o direito de autor e os direitos conexos administrados pela OMPI, OMPI, Genebra, 2003, p. 154.

44. A nível internacional, o mesmo direito é reconhecido ao abrigo da Convenção de Genebra [24]. A União não é parte nesta Convenção, mas 22 Estados-Membros são-no. A referida Convenção é também provavelmente mencionada no considerando 7 da Diretiva 2006/115 como uma das «convenções internacionais em que se baseiam as legislações sobre direito de autor e direitos conexos de muitos Estados-Membros» cujo respeito deve ser assegurado no quadro da harmonização realizada por esta diretiva.

45. Ora, o direito de distribuição tem como principal objetivo a proteção contra o que é comummente designado por «pirataria», ou seja, a produção e a distribuição ao público de cópias contrafeitas dos fonogramas (e de outro material protegido, como os filmes). Essas cópias contrafeitas, substituindo-se às cópias legais, diminuem fortemente as receitas dos produtores de fonogramas e, em consequência, os rendimentos que os autores e os intérpretes podem legitimamente esperar obter da venda das cópias legais. A ameaça decorrente da pirataria é designadamente mencionada de maneira expressa no considerando 2 da Diretiva 2006/115 entre os motivos que levaram à adoção desta diretiva.

46. A pirataria caracteriza-se pela produção e a distribuição de cópias contrafeitas de fonogramas, destinadas a substituir as cópias legais. É por esta razão que o artigo 1.º da Convenção de Genebra define a cópia como «um suporte que contém sons captados direta ou indiretamente de um fonograma e que incorpora a totalidade ou uma parte substancial dos sons fixados no referido fonograma». Com efeito, só uma tal cópia permite ao ouvinte tomar conhecimento do fonograma sem ter de adquirir uma cópia legal.

47. Dado que o artigo 9.º da Diretiva 2006/115 estabelece o mesmo direito de distribuição que a Convenção de Genebra e que os dois diplomas têm o mesmo objetivo, a saber, a proteção contra a pirataria, considero que o conceito de «cópia» contido nessa disposição deve ser interpretado de forma semelhante à referida Convenção e à luz deste objetivo, ou seja, que se trata de uma cópia, que abranja a totalidade ou uma parte substancial dos sons de um fonograma protegido e que se destina a substituir os exemplares legais deste. O alcance desta disposição é, portanto, a meu ver, muito mais limitado do que o do artigo 2.º da Diretiva 2001/29.

48. O *sampling* não serve para produzir um fonograma que substitua o fonograma original, mas para criar uma obra nova e independente desse fonograma. Do mesmo modo, um fonograma produzido a partir do *sampling* não incorpora a totalidade nem uma parte substancial dos sons do fonograma original. Esse fonograma não deve, portanto, ser qualificado de cópia na aceção do artigo 9.º, n.º 1, alínea b), da Diretiva 2006/115.

49. Assim, proponho que se responda à segunda questão prejudicial que o artigo 9.º, n.º 1, alínea b), da Diretiva 2006/115 deve ser interpretado no sentido de que um fonograma que contenha excertos transferidos de outro fonograma (*samples*) não constitui uma cópia desse outro fonograma na aceção desta disposição.

Quanto à terceira questão prejudicial

50. Com a sua terceira questão prejudicial, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, se o artigo 2.º, alínea c), da Diretiva 2001/29 e o artigo 9.º, n.º 1, alínea b), da Diretiva 2006/115 devem ser interpretados no sentido de que se opõem à aplicação aos fonogramas de uma disposição do direito interno de um Estado-Membro, como o § 24, n.º 1, da UrhG, segundo a qual uma obra independente pode ser criada a partir da utilização livre de outra obra sem o consentimento do autor desta [25].

24 Convenção para a Proteção de Produtores de Fonogramas contra a Reprodução não Autorizada dos seus Fonogramas, de 29 de outubro de 1971, que entrou em vigor em 18 de abril de 1973.

25 O § 24 da UrhG menciona expressamente apenas a utilização de obras. No entanto, segundo o órgão jurisdicional de reenvio, esta disposição destina-se a ser aplicada, por analogia, também à utilização de outro material protegido, como os fonogramas.

51. Como já expliquei no âmbito da resposta à segunda questão prejudicial, o artigo 9.º da Diretiva 2006/115 não se aplica às reproduções de material protegido que não se destinam a substituir as cópias legais deste material. Tal é nomeadamente o caso de obras independentes criadas a partir da utilização de elementos de outras obras. O artigo referido, não se aplicando às situações regulamentadas pelo § 24, não se lhe opõe. A análise da terceira questão deve assim ser limitada à interpretação das disposições da Diretiva 2001/29.

52. A Diretiva 2001/29 estabelece, nos seus artigos 2.º a 4.º, os direitos exclusivos de que beneficiam certas categorias de pessoas, nomeadamente o direito dos produtores de fonogramas de autorizar ou proibir a reprodução dos seus fonogramas, previsto no artigo 2.º, alínea c), desta diretiva. Estes direitos são formulados de forma incondicional. Contudo, o artigo 5.º da Diretiva 2001/29 prevê uma série de exceções e limitações a esses direitos exclusivos que os Estados-Membros podem prever no seu direito interno. Esta lista de exceções e limitações é definida de forma exaustiva, como o confirmam tanto o considerando 32 da Diretiva 2001/29 como a jurisprudência constante do Tribunal de Justiça [26].

53. Esta lista inclui algumas exceções e limitações aos direitos exclusivos suscetíveis de facilitar o diálogo e o confronto artístico através da utilização de obras preexistentes. Trata-se, nomeadamente, da exceção de citação, prevista no artigo 5.º, n.º 3, alínea d), da Diretiva 2001/29, e da exceção de caricatura, paródia ou pastiche, prevista no mesmo número, alínea k).

54. Em contrapartida, a lista das exceções e limitações aos direitos exclusivos constante do artigo 5.º da Diretiva 2001/29 não contém uma exceção geral que permita a utilização de uma obra de outrem para a criação de uma obra nova. Daqui resulta que os Estados-Membros não têm o direito de prever, no seu direito interno, tal exceção se esta for além das exceções previstas pela Diretiva 2001/29, nomeadamente as mencionadas no número anterior.

55. Esta consideração não é posta em causa pelo facto de, como sublinha o órgão jurisdicional de reenvio, em direito alemão, a norma do § 24, n.º 1, da UrhG, ser considerada não como uma exceção ao direito de autor, mas como uma limitação inerente deste. Com efeito, a Diretiva 2001/29, no seu artigo 5.º, não distingue entre as exceções e as limitações do direito de autor (ou dos direitos conexos). Alguns casos previstos nesta disposição dizem respeito a limitações que são tão inerentes ao direito de autor como a possibilidade de livre utilização de uma obra para a criação de outra obra. Pode citar-se como exemplo a exceção de cópia privada, prevista no artigo 5.º, n.º 2, alínea b), da Diretiva 2001/29 [27]. O legislador da União considerou, no entanto, necessário incluir esta limitação na lista das exceções e limitações possíveis.

56. Por outro lado, como salientam acertadamente os recorridos, autorizar cada Estado-Membro a introduzir, fora da lista prevista no artigo 5.º da Diretiva 2001/29, limitações que considere inerentes ao direito de autor comprometeria a efetividade da harmonização das exceções ao direito de autor realizada pelo legislador da União. Ora, como é sublinhado no considerando 31 desta diretiva, a eliminação das diferenças na aplicação das exceções ao direito de autor e aos direitos conexos pelos Estados-Membros é um dos objetivos visados por esta diretiva.

57. É certo que o artigo 5.º, n.º 3, alínea o), da Diretiva 2001/29 contém uma espécie de cláusula de *stand still* relativa à aplicação, pelos Estados-Membros, das exceções e limitações que já existiam no seu direito interno aquando da entrada em vigor desta diretiva. Todavia, trata-se de utilização de material protegido em «certos casos de menor importância». Ora, em minha opinião, não se pode considerar que uma exceção tão ampla como a prevista no § 24, n.º 1, da UrhG se limita a certos

26 V., por último, Acórdão de 7 de agosto de 2018, Renckhoff (C-161/17, EU:C:2018:634, n.º 16).

27 V., quanto ao caráter inerente desta limitação, as conclusões que apresentei no processo EGEDA e o. (C-470/14, EU:C:2016:24, n.ºs 15 e 16).

casos de menor importância. Por outro lado, as utilizações ao abrigo do artigo 5.º, n.º 3, alínea o), da Diretiva 2001/29 devem ser limitadas a utilizações analógicas. Por conseguinte, esta disposição não pode, de qualquer modo, abranger a comunicação ao público, sob forma eletrónica, de fonogramas que contêm excertos provenientes de outros fonogramas.

58. Por último, segundo o artigo 5.º, n.º 5, da Diretiva 2001/29, as exceções e limitações contempladas no referido artigo 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. Esta disposição, comummente designada por «método dos três requisitos», reflete as estipulações análogas das convenções internacionais em matéria de direito de autor e direitos conexos. Constitui uma restrição das exceções e limitações aos direitos exclusivos. Em contrapartida, não pode ser entendida como uma autorização para introduzir exceções ou limitações não previstas ou para alargar o alcance das exceções existentes, sob pretexto de que não entrariam em conflito com uma exploração normal da obra ou outro material nem com os interesses legítimos dos titulares dos direitos exclusivos [28].

59. Assim, proponho que se responda à terceira questão prejudicial que o artigo 2.º, alínea c), da Diretiva 2001/29 deve ser interpretado no sentido de que se opõe à aplicação aos fonogramas de uma disposição do direito interno de um Estado-Membro, como o § 24, n.º 1, da UrhG, segundo o qual uma obra independente pode ser criada a partir da utilização livre de outra obra sem o consentimento do autor desta, na medida em que ultrapasse o quadro das exceções e limitações aos direitos exclusivos previstas no artigo 5.º, n.ºs 2 e 3, desta diretiva.

Quanto à quarta questão prejudicial

60. Com a sua quarta questão prejudicial, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, se a exceção de citação prevista no artigo 5.º, n.º 3, alínea d), da Diretiva 2001/29 é aplicável numa situação em que um excerto de um fonograma foi inserido noutro fonograma de uma forma que não permita distingui-lo do resto deste segundo fonograma.

61. Esta questão diz respeito ao fundo do problema da aplicação da exceção de citação em situações como a que está em causa no processo principal.

62. A exceção de citação tem origem e é principalmente utilizada em obras literárias. Porém, nada indica, em meu entender, que no direito de autor da União a exceção de citação não possa abranger outras categorias de obras, nomeadamente obras musicais [29]. Importa igualmente supor que essa citação pode ser efetuada através da reprodução de um excerto de um fonograma, uma vez que as exceções e limitações previstas no artigo 5.º da Diretiva 2001/29 dizem respeito aos direitos dos produtores de fonogramas do mesmo modo que aos direitos dos autores.

63. No entanto, uma citação deve preencher uma série de condições para ser lícita. Três destas condições são designadamente pertinentes no que diz respeito a uma utilização como a que está em causa no processo principal.

64. A primeira dessas condições está expressamente prevista no artigo 5.º, n.º 3, alínea d), da Diretiva 2001/29 e respeita à finalidade da citação. Segundo esta disposição, a citação deve ser feita «para fins de crítica ou análise». A utilização da expressão «por exemplo» indica que não se trata de uma lista exaustiva dos objetivos da citação, mas sim de uma ilustração. Há muitas citações, incluindo citações

28 V., neste sentido, Acórdão de 10 de abril de 2014, ACI Adam e o. (C-435/12, EU:C:2014:254, n.ºs 26 e 27).

29 V., nomeadamente, G., «Mania muzyce — o potrzebie Cytat w reinterpretacji przesłanek», *Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego*, n.º 1/2017, pp. 63 a 88. V., igualmente, Vivant, M., Bruguière, J.-M., *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, Paris, 2015, p. 571. O Tribunal de Justiça parece ter admitido tacitamente a exceção de citação no que diz respeito a uma obra fotográfica (v. Acórdão de 1 de dezembro de 2011, Painer, C-145/10, EU:C:2011:798, n.ºs 122 e 123).

artísticas, por exemplo musicais, que não são feitas para fins de crítica ou análise, mas visam outros objetivos. No entanto, a formulação da disposição em questão indica claramente, em meu entender, que a citação deve servir para entrar numa espécie de diálogo com a obra citada. Quer seja em confronto ou em homenagem ou de outro modo, é necessária uma interação entre a obra que cita e a obra citada.

65. A segunda condição da licitude de uma citação, que resulta, por assim dizer, da primeira, é a do caráter não alterado e diferenciável da citação. Assim, em primeiro lugar, o excerto citado deve ser incorporado na obra que cita sem alterações ou, em qualquer caso, sem desnaturação (certas adaptações são tradicionalmente admitidas, por exemplo a tradução). Em segundo lugar — é o aspeto suscitado diretamente pela questão prejudicial — a citação deve ser incorporada na obra que cita de forma que seja facilmente possível distingui-la como elemento alheio. Esta exigência pode ser deduzida da primeira condição: com efeito, de que modo poderá a obra que cita entrar em diálogo ou confrontar-se com a obra citada se esta se confunde completamente com a primeira?

66. As duas condições referidas permitem distinguir a citação do plágio.

67. O *sampling* em geral e a utilização do fonograma em causa no processo principal em especial não parecem preencher estas condições. O objetivo do *sampling* não é entrar em diálogo nem confrontar-se nem prestar homenagem às obras utilizadas. Na técnica do *sampling*, os excertos retirados de outros fonogramas são utilizados como matéria-prima e são fundidos em novas obras para formar partes integrantes e não reconhecíveis. Além disso, esses excertos são frequentemente alterados e misturados de modo a perder a sua integridade original. Não é, portanto, uma forma de interação, mas uma forma de apropriação. O caso em apreço, em que um excerto de um fonograma, demasiado curto para permitir uma qualquer interação, é repetido de maneira circular durante toda a duração do novo fonograma para formar a parte rítmica, é disso uma perfeita ilustração.

68. A estas condições substanciais da licitude da citação acresce uma terceira exigência, formal, igualmente mencionada no artigo 5.º, n.º 3, alínea d), da Diretiva 2001/29, a saber, a necessidade de indicar a fonte, incluindo o nome do autor, a menos que isso seja impossível. Claro, no caso de uma obra musical, é difícil (embora não seja impossível) indicar a fonte da citação na própria obra. Contudo, isso pode ser feito, por exemplo, na descrição da obra que cita, ou mesmo no seu título. Ora, não me parece que seja habitual na cultura *hip-hop* ou *rap* indicar as fontes dos *samples* que compõem as obras desses géneros musicais. Seja como for, não resulta dos autos do presente processo que os recorrentes tenham tentado indicar a fonte do excerto utilizado na canção *Nur mir* ou os nomes dos recorridos.

69. Por conseguinte, proponho que se responda à quarta questão prejudicial que a exceção de citação prevista no artigo 5.º, n.º 3, alínea d), da Diretiva 2001/29 não é aplicável numa situação em que um excerto de um fonograma foi inserido noutro fonograma sem a vontade aparente de interagir com este primeiro fonograma e de uma forma que não permite distingui-lo do resto deste segundo fonograma.

70. Entre as exceções e as limitações previstas no artigo 5.º, n.º 3, da Diretiva 2001/29 figura ainda a exceção já mencionada, de caricatura, paródia ou pastiche [artigo 5.º, n.º 3, alínea k), da Diretiva 2001/29]. Esta exceção poderia eventualmente entrar em linha de conta no que se refere à utilização dos excertos de um fonograma noutro fonograma. Esta exceção não é transposta enquanto tal em direito de autor alemão, mas poderia ser deduzida, segundo o órgão jurisdicional de reenvio, do § 24, n.º 1, da UrhG. Porém, este órgão jurisdicional rejeita, em meu entender com razão, a ideia de aplicar a referida exceção ao caso em apreço. Com efeito, esta exceção, bem como a de citação, pressupõe uma interação com a obra utilizada, ou pelo menos com o seu autor, elemento que não existe no caso do

sampling, como o que está em causa no processo principal [30].

Quanto à quinta questão prejudicial

71. Com a sua quinta questão prejudicial, o órgão jurisdicional de reenvio pretende determinar a margem de manobra de que dispõem os Estados-Membros ao transpor para o direito interno as disposições relativas aos direitos exclusivos previstos nos artigos 2.º e 3.º da Diretiva 2001/29 e no artigo 9.º da Diretiva 2006/115 e às exceções a esses direitos exclusivos previstas no artigo 5.º da Diretiva 2001/29 e no artigo 10.º da Diretiva 2006/115. Começo por assinalar que, uma vez que o direito de distribuição previsto no artigo 9.º, n.º 1, alínea b), da Diretiva 2006/115 não é, em minha opinião, aplicável numa situação como a do processo principal [31], analisarei esta questão unicamente na perspetiva da Diretiva 2001/29.

72. Como indica o órgão jurisdicional de reenvio, esta questão prejudicial resulta da jurisprudência do Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Federal), segundo a qual, na medida em que uma diretiva não deixa aos Estados-Membros nenhuma margem de manobra na sua transposição, as disposições de transposição desta diretiva para direito alemão devem, em princípio, ser apreciadas não à luz dos direitos fundamentais garantidos pela Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, a seguir «Lei Fundamental»), de 23 de maio de 1949, mas unicamente à luz dos direitos fundamentais tal como garantidos na ordem jurídica da União [32].

73. No que diz respeito à fiscalização, à luz dos direitos fundamentais, das medidas nacionais que garantem a transposição das disposições do direito da União, o Tribunal de Justiça considerou, referindo-se ao artigo 53.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (a seguir «Carta»), que, quando um ato do direito da União exige medidas nacionais de execução, as autoridades e os órgãos jurisdicionais nacionais podem aplicar os padrões nacionais de proteção dos direitos fundamentais, desde que essa aplicação não comprometa o nível de proteção previsto pela Carta, conforme interpretada pelo Tribunal de Justiça, nem o primado, a unidade e a efetividade do direito da União [33]. Assim, um Estado-Membro não pode pôr em causa a efetividade de uma disposição do direito da União que não seja contrária à Carta aplicando os seus próprios padrões nacionais de proteção dos direitos fundamentais [34].

74. Relativamente à margem de apreciação de que dispõem os Estados-Membros na transposição da Diretiva 2001/29, esta é limitada de várias maneiras.

75. Em primeiro lugar, os direitos consagrados nos artigos 2.º e 3.º da Diretiva 2001/29, nomeadamente o direito de reprodução de que gozam os produtores de fonogramas sobre os seus fonogramas, previsto no artigo 2.º, alínea c), desta diretiva, estão formulados de forma incondicional e a sua proteção no direito interno dos Estados-Membros é obrigatória.

30 É certo que, no seu Acórdão de 3 de setembro de 2014, Deckmyn e Vrijheidsfonds (C-201/13, EU:C:2014:2132), o Tribunal de Justiça não estabeleceu exigências demasiado rigorosas quanto ao conceito de paródia. Considerou, contudo, que esta «evoca» a obra existente (v. n.º 2 do dispositivo do acórdão). Além disso, é evidente, em minha opinião, que, nas circunstâncias do presente processo, a obra intitulada *Nur mir* não constitui uma caricatura nem uma paródia da obra *Metall auf Metall*. Quanto ao conceito de pastiche, trata-se de uma imitação do estilo de uma obra ou de um autor, sem necessariamente retomar os elementos dessa obra. Ora, no caso em apreço, estamos perante uma situação inversa, a de um fonograma ser retomado para criar uma obra num estilo completamente diferente.

31 V. a parte das presentes conclusões consagrada à resposta à segunda questão.

32 Esta jurisprudência foi recordada pelo Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Federal) no seu Acórdão de 31 de maio de 2016, 1 BvR 1585/13, que está na origem do presente reenvio prejudicial (v. n.º 81 das presentes conclusões).

33 Acórdão de 26 de fevereiro de 2013, Melloni (C-399/11, EU:C:2013:107, n.º 60).

34 V., neste sentido, Acórdão de 26 de fevereiro de 2013, Melloni (C-399/11, EU:C:2013:107, n.º 63).

76. Em segundo lugar, uma vez que não remetem para a legislação dos Estados-Membros, os conceitos utilizados nas disposições da Diretiva 2001/29 são conceitos autónomos do direito da União [35]. Tal é o caso, nomeadamente, do conceito de «reprodução» na aceção do artigo 2.º dessa diretiva [36]. É também esse o caso dos conceitos que definem as diferentes exceções e as limitações aos direitos exclusivos previstos na Diretiva 2001/29, designadamente o conceito de «paródia» utilizado no artigo 5.º, n.º 3, alínea k), desta diretiva [37]. O mesmo se diga em relação ao conceito de «citação» na aceção do artigo 5.º, n.º 3, alínea d), da referida diretiva.

77. Por último, em terceiro lugar, os direitos exclusivos previstos de maneira incondicional e obrigatória para os Estados-Membros nos artigos 2.º a 4.º da Diretiva 2001/29 só podem ser objeto das exceções e das limitações exaustivamente enumeradas no artigo 5.º, n.ºs 1 a 3, desta diretiva. Sendo estas exceções facultativas, exceto uma, os Estados-Membros dispõem de uma margem de manobra na escolha e na formulação das exceções que considerem oportuno transpor para o respetivo direito interno. Em contrapartida, não podem introduzir exceções não previstas nem alargar o âmbito das existentes [38]. No entanto, é de salientar que essa margem de manobra também é limitada, dado que algumas dessas exceções refletem a ponderação efetuada pelo legislador da União do direito de autor com diferentes direitos fundamentais, nomeadamente a liberdade de expressão. Por conseguinte, o facto de não prever algumas exceções no direito interno poderia ser incompatível com a Carta [39].

78. Assim, os Estados-Membros são obrigados a garantir no seu direito interno a proteção dos direitos exclusivos previstos nos artigos 2.º a 4.º da Diretiva 2001/29, cujo alcance é definido, sendo caso disso, pela jurisprudência do Tribunal de Justiça, só podendo esses direitos ser limitados no âmbito da aplicação das exceções e das limitações previstas de forma exaustiva no artigo 5.º desta diretiva. Os Estados-Membros não podem opor a esta obrigação nenhuma disposição do seu direito nacional, ainda que de ordem constitucional ou com o caráter de um direito fundamental [40]. Em contrapartida, os Estados-Membros continuam a ser livres, como acontece com qualquer diretiva, em conformidade com o artigo 288.º, terceiro parágrafo, TFUE, quanto à escolha dos meios que considerem oportuno implementar para dar cumprimento a esta obrigação. No âmbito desta opção, podem evidentemente deixar-se guiar, entre outros, pelas considerações relacionadas com os respetivos princípios constitucionais e pelos direitos fundamentais, na condição de não prejudicarem o efeito útil do direito da União.

79. Tendo em conta o que precede, proponho que se responda à quinta questão prejudicial que os Estados-Membros têm a obrigação de garantir no seu direito interno a proteção dos direitos exclusivos previstos nos artigos 2.º a 4.º da Diretiva 2001/29, só podendo esses direitos ser limitados no âmbito da aplicação das exceções e das limitações previstas de forma exaustiva no artigo 5.º desta diretiva. Em contrapartida, os Estados-Membros continuam a ser livres quanto à escolha dos meios que considerem oportuno implementar para dar cumprimento a esta obrigação.

35 V., nomeadamente, Acórdão de 16 de julho de 2009, Infopaq International (C-5/08, EU:C:2009:465, n.º 27).

36 V. Acórdão de 16 de julho de 2009, Infopaq International (C-5/08, EU:C:2009:465, n.º 32).

37 Acórdão de 3 de setembro de 2014, Deckmyn e Vrijheidsfonds (C-201/13, EU:C:2014:2132, n.º 15).

38 Acórdão de 10 de abril de 2014, ACI Adam e o. (C-435/12, EU:C:2014:254, n.ºs 26 e 27).

39 V., igualmente, as minhas Conclusões no processo Funke Medien NRW (C-469/17, EU:C:2018:870, n.ºs 38 e 39).

40 V., neste sentido, Acórdão de 26 de fevereiro de 2013, Melloni (C-399/11, EU:C:2013:107, n.º 59 e jurisprudência referida).

Quanto à sexta questão prejudicial

Observações preliminares

80. Com a sua sexta questão prejudicial, o órgão jurisdicional de reenvio interroga-se sobre o modo como devem ser tomados em consideração os direitos fundamentais consagrados na Carta para efeitos da interpretação do alcance dos direitos exclusivos conferidos aos produtores de fonogramas pelas Diretivas 2001/29 e 2006/115, bem como as limitações e as exceções aos direitos previstas pelas mesmas diretivas.

81. No entanto, atendendo à formulação, em termos muito genéricos, desta questão, duvido da sua utilidade para o órgão jurisdicional de reenvio caso se responda de maneira tão geral. No entanto, parece claro que esta questão foi submetida em articulação com o acórdão do Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Federal) [41] que, por um lado, censurou a decisão do órgão jurisdicional de reenvio que confirmou o acórdão sobre recurso favorável aos recorridos, com fundamento na liberdade de criação artística consagrada no artigo 5.º da Lei Fundamental e, por outro, remeteu o processo ao órgão jurisdicional de reenvio para reexame, eventualmente tendo em conta os direitos fundamentais garantidos na ordem jurídica da União, apresentando se necessário um pedido de decisão prejudicial ao Tribunal de Justiça.

82. Por conseguinte, a sexta questão prejudicial deve ser entendida no sentido de que o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, se a liberdade das artes, consagrada no artigo 13.º da Carta, constitui uma limitação ou justifica uma violação do direito exclusivo do produtor de fonogramas de autorizar ou proibir a reprodução parcial do seu fonograma no caso da sua utilização noutro fonograma. Por outras palavras, esta questão suscita o problema de um eventual primado da liberdade das artes sobre o referido direito exclusivo dos produtores de fonogramas.

83. Opor assim a liberdade das artes ao direito conexo ao direito de autor parece, à primeira vista, paradoxal. Com efeito, o principal objetivo do direito de autor e dos direitos conexos é promover o desenvolvimento das artes, assegurando aos artistas os rendimentos provenientes das suas obras, o que os liberta da dependência face aos diferentes mecenas e lhes permite prosseguir livremente a sua atividade criativa [42].

84. É verdade que o presente processo respeita diretamente não ao direito exclusivo dos autores, mas ao dos produtores que dele beneficiam em resultado do seu esforço financeiro e organizacional. No entanto, por um lado, se o legislador concedeu direitos exclusivos aos produtores foi porque eles contribuem, como auxiliares, para a criação e a difusão das obras. O direito que detêm sobre os fonogramas é uma garantia da remuneração do seu investimento. Por outro lado, embora nem todos os fonogramas tenham necessariamente de constituir a fixação da execução de uma obra, esse é normalmente o caso dos fonogramas musicais como o que está em causa no presente processo. Entre as pessoas envolvidas na realização de tal fonograma figuram normalmente, além do produtor, autores e intérpretes, cujos direitos são igualmente violados por uma utilização não autorizada do fonograma. Portanto, o processo principal tem assim provavelmente apenas por objeto os direitos dos produtores do fonograma, mas, quando se lança a discussão na perspetiva dos direitos fundamentais, os outros interessados não podem, na minha opinião, ser esquecidos.

41 Acórdão de 31 de maio de 2016, 1 BvR 1585/13.

42 Esta função do direito de autor e dos direitos conexos é, aliás, expressamente confirmada pelos considerandos 9 a 11 da Diretiva 2001/29.

85. O caso em apreço é disto uma ilustração perfeita. Com efeito, os recorridos, que agem no processo na sua qualidade de produtores do fonograma em causa, são também artistas executantes e um deles é o autor da obra contida no referido fonograma [43]. A configuração é semelhante no outro lado do litígio: os recorrentes são não só compositores da obra contida no fonograma controvertido, mas também produtores do mesmo. O litígio no processo principal não opõe, assim, simplesmente um artista a um produtor de fonograma, uma vez que as duas qualidades se encontram em ambos os lados. Todos estes diferentes interesses devem, pois, ser tomados em consideração na ponderação dos direitos fundamentais respetivos.

O acórdão do Bundesverfassungsgericht

86. O referido Acórdão do Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Federal) [44] baseia-se principalmente na interpretação do § 24, n.º 1, da UrhG, lido à luz da liberdade de criação artística consagrada no artigo 5.º, n.º 3, primeiro período, da Lei Fundamental. Este órgão jurisdicional critica o órgão jurisdicional de reenvio por não ter tomado suficientemente em consideração a liberdade artística dos recorrentes na interpretação do § 24, n.º 1, da UrhG, nomeadamente ao considerar que esta disposição não era aplicável quando o artista estava em condições de recriar por si próprio a sequência sonora que tinha retirado de um fonograma de outrem. Tal interpretação restringiria de forma desproporcionada a liberdade criativa e, consequentemente, as possibilidades de diálogo artístico. As faculdades que são assim deixadas aos artistas, ou seja, de obter uma licença, recriar os próprios sons ou limitar-se a sons disponíveis em bases de *samples* existentes seriam insuficientes, nomeadamente no caso dos géneros musicais que dependem em grande medida do *sampling*, como o *hip-hop*.

87. Ao invés, segundo o Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Federal), a aplicação do § 24, n.º 1, da UrhG ao *sampling* apenas limitaria de maneira mínima o direito de propriedade, garantido no artigo 14.º, n.º 1, da Lei Fundamental, dos produtores de fonogramas, na medida em que as novas obras não entrariam em concorrência com os seus fonogramas. Com efeito, o § 85, n.º 1, da UrhG, que diz respeito aos direitos dos produtores de fonogramas, apenas protege estes contra utilizações comerciais e contra a pirataria dos seus fonogramas, o que não é o caso do *sampling*, que é uma prática artística. Se, na opinião do Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Federal), o legislador poderia ter previsto para os titulares dos direitos exclusivos uma compensação pela livre utilização (*Freie Benutzung*) ao abrigo do § 24, n.º 1, da UrhG, a inexistência de tal compensação não viola o direito constitucional de propriedade.

88. Por último, o Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Federal) acrescenta que, além da interpretação conforme à liberdade das artes do § 24, n.º 1, da UrhG, o órgão jurisdicional de reenvio pode fazer uma ponderação correta dos direitos em causa através de uma interpretação restritiva dos direitos dos produtores de fonogramas, contidos no § 85, n.º 1, desta lei. O Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Federal) observa, contudo, que o processo poderia então ficar sob a alçada do direito da União atendendo à harmonização dos direitos dos produtores de fonogramas efetuada pela Diretiva 2001/29. No caso de esta diretiva não deixar qualquer margem de manobra aos Estados-Membros para a sua transposição, o órgão jurisdicional de reenvio deveria garantir a proteção

43 Os seus direitos de autor e de executantes foram, aliás, suscitados no processo em primeira instância a título subsidiário (v. n.º 14 das presentes conclusões).

44 Na presente análise, baseio-me na versão em língua inglesa do Acórdão do Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Federal), acessível no sítio Internet deste, bem como, para a parte descritiva, nas observações sobre este acórdão, designadamente, Duhanic, I., «Copy this sound! The cultural importance of sampling for hip hop music in copyright law — a copyright law analysis of the sampling decision of the German Federal Constitutional Court», *Journal of Intellectual Property Law and Practice*, 2016, vol. 11, n.º 12, pp. 932 a 945; Mezei, P., «De Minimis and Artistic Freedom: Sampling on the Right Track?», *Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego*, 2018, vol. 139, n.º 1, pp. 56 a 67; e Mimler, M.D., «Metall auf Metall» — German Federal Constitutional Court discusses the permissibility of sampling of music tracks, *Queen Mary Journal of Intellectual Property*, 2017, vol. 7, n.º 1, pp. 119 a 127.

dos direitos fundamentais de acordo com a Carta [45], se necessário efetuando um reenvio prejudicial para o Tribunal de Justiça. O órgão jurisdicional de reenvio deverá igualmente assegurar a manutenção do nível mínimo inalienável da proteção dos direitos fundamentais, tal como definido na Lei Fundamental.

A apreciação à luz do direito da União

89. O direito de autor da União não prevê limitações aos direitos exclusivos previstos na Diretiva 2001/29, análoga à prevista no § 24, n.º 1, da UrhG. Como já expus no âmbito da resposta à terceira questão prejudicial, esta disposição é, na minha opinião, incompatível com a Diretiva 2001/29, na medida em que permite derrogações aos direitos exclusivos que vão além das exceções previstas no artigo 5.º desta diretiva, designadamente as exceções de citação e de caricatura, de paródia ou de pastiche. No entanto, estas exceções não são, em minha opinião, de aplicar numa situação como a do processo principal [46]. Não é possível um raciocínio análogo ao seguido pelo Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Federal) em direito da União. Como se deve então apreciar o direito exclusivo de reprodução de que beneficiam os produtores de fonogramas ao abrigo do artigo 2.º, alínea c), da Diretiva 2001/29 atendendo aos direitos fundamentais garantidos pela Carta?

90. O direito de autor e os direitos conexos, na medida em que criam um monopólio dos seus titulares sobre bens de caráter intelectual ou artístico, como obras, fonogramas, etc., são suscetíveis de restringir o exercício de certos direitos fundamentais, nomeadamente a liberdade de expressão e a liberdade das artes. Por outro lado, a própria propriedade intelectual é protegida enquanto direito fundamental de propriedade. Há, portanto, que ponderar esses direitos, entre os quais, em princípio, nenhum é superior aos outros [47]. No que diz respeito ao direito de autor, este já procede a essa ponderação prevendo um certo número de limitações e de exceções. Estas destinam-se a garantir um justo equilíbrio entre, por um lado, os direitos e os interesses dos titulares dos direitos de autor e dos direitos conexos e, por outro, os outros interesses públicos e privados, incluindo o da proteção dos direitos fundamentais.

91. A liberdade das artes, mencionada no artigo 13.º, primeiro período, da Carta, é uma forma de liberdade de expressão, enunciada no artigo 11.º da Carta. O sistema da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (a seguir «CEDH»), assinada em Roma em 4 de novembro de 1950, não contempla essa liberdade como um direito autónomo, sendo a liberdade das artes deduzida da liberdade de expressão consagrada no artigo 10.º desta Convenção.

92. A liberdade de expressão, de que emana a liberdade das artes, respeita, antes do mais, à obtenção e à difusão das ideias e das informações e, por conseguinte, relativamente à liberdade das artes, ao conteúdo das obras [48]. É a censura deste conteúdo que é particularmente suscetível de dar origem a uma violação da liberdade das artes [49]. Penso, em contrapartida, que a liberdade dos artistas é muito

45 Em conformidade com a jurisprudência do Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Federal) mencionada no n.º 72 das presentes conclusões.

46 V. a parte das presentes conclusões consagrada à resposta à quarta questão.

47 V., neste sentido, mais recentemente, o Acórdão de 18 de outubro de 2018, Bastei Lübbe (C-149/17, EU:C:2018:841, n.º 44).

48 Segundo a fórmula consagrada pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, «a liberdade de expressão, consagrada no n.º 1 do artigo 10.º [da CEDH], constitui um dos pilares essenciais de uma sociedade democrática, uma das condições primordiais do seu progresso e do desenvolvimento de cada um. Sem prejuízo do disposto no n.º 2, a liberdade de expressão vale não só para as "informações" ou "ideias" acolhidas favoravelmente ou consideradas inofensivas ou indiferentes mas igualmente para as que ofendem, chocam ou inquietam o Estado ou uma parte da população» (TEDH, 25 de janeiro de 2007, Vereinigung bildender Künstler c. Áustria, CE:ECHR:2007:0125JUD006835401, n.º 26).

49 V. TEDH, 25 de janeiro de 2007, Vereinigung bildender Künstler c. Áustria, CE:ECHR:2007:0125JUD006835401).

menos ampla no que respeita à aquisição dos meios da sua criação. Cada artista deve aceitar as condições da vida em sociedade e do mercado em que opera. A liberdade das artes não dispensa os artistas dos condicionalismos da vida corrente. Seria concebível que um pintor pudesse invocar a sua liberdade de criação para não pagar as suas tintas e os seus pincéis [50]? [51]

93. É verdade que, em géneros musicais como o *hip-hop* ou o *rap*, o *sampling* desempenha um papel especial, uma vez que constitui não só o meio de criação como também uma abordagem artística em si. Contudo, isto não pode ser um argumento decisivo no âmbito do debate jurídico, porque a interpretação das regras de direito deve ser a mesma para todos. Se se devesse considerar lícito o *sampling* dos fonogramas realizado sem o consentimento dos titulares dos direitos, isso valeria tanto para os músicos pertencentes à cultura *hip-hop* como para todos os outros.

94. Os artistas devem assim ter ainda mais em conta os limites e as restrições que a vida coloca à liberdade criativa na situação em que estes têm que ver com os direitos e as liberdades fundamentais de outrem, por exemplo, o direito de propriedade, incluindo de propriedade intelectual. Em tais casos, a ponderação dos diferentes direitos e interesses é um exercício particularmente complexo e raramente existe uma solução única que possa ser apoiada por todos. Esta ponderação, numa sociedade democrática, deve ser feita em primeiro lugar pelo legislador, que encarna a vontade geral. Nesta matéria, o legislador dispõe de uma ampla margem de apreciação [52]. A aplicação das soluções legislativas é em seguida submetida à fiscalização dos órgãos jurisdicionais que devem, por sua vez, garantir o respeito dos direitos fundamentais no âmbito de tal aplicação aos casos concretos. No entanto, excetuando casos excecionais [53], a fiscalização deve normalmente ser efetuada dentro dos limites das disposições aplicáveis que gozam de uma presunção de validade, nomeadamente à luz dos direitos fundamentais. Se apenas se considerasse compatível com os direitos fundamentais uma única solução, a margem de apreciação do legislador seria inexistente.

95. Como já mencionei, o direito de autor da União tem em conta diferentes direitos e interesses que podem entrar em conflito com os direitos exclusivos dos autores e outros titulares de direitos, nomeadamente a liberdade das artes. As exceções aos direitos exclusivos como as exceções de citação ou de caricatura, paródia ou pastiche permitem o diálogo e o confronto artístico através de referências a obras preexistentes. No âmbito das regras em vigor, este confronto pode fazer-se, nomeadamente, das três maneiras seguintes. Em primeiro lugar, pela criação de obras que, inspirando-se nas obras preexistentes, não retomam diretamente os elementos protegidos destas; em segundo lugar, no quadro das limitações e das exceções existentes aos direitos exclusivos e, em terceiro lugar, através da obtenção das autorizações necessárias.

96. Em contrapartida, não penso que a liberdade das artes, como enunciada no artigo 13.º da Carta, exija a introdução ou o reconhecimento de uma exceção ou de uma limitação semelhante à prevista no § 24 da UrhG, que abranja as utilizações como as que estão em causa no processo principal, em que as obras ou o outro material protegido são utilizados não para interagir com estes, mas apenas como matérias-primas para a criação de obras novas, sem qualquer relação com as obras precedentes. O facto de terem de obter uma licença para essa utilização não restringe, em minha opinião, a liberdade das artes numa medida suscetível de exceder os condicionalismos normais do mercado, tanto mais que estas obras novas proporcionam frequentemente aos seus autores e aos seus produtores rendimentos

50 É certo que poderia ser feita uma apreciação diferente no caso de tais dificuldades serem colocadas a um artista com o objetivo de o impedir de criar, precisamente por causa do conteúdo da sua obra [v. o filme de A. Wajda, *Powidoki (Les Fleurs bleues)* sobre o assédio ao pintor polaco Wladyslaw Strzemiński na época estalinista]. Trata-se, no entanto, de casos extremos.

51 A este respeito, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem declarou que «o artista e aqueles que promovem as suas obras não escapam às possibilidades de limitação previstas no n.º 2 do artigo 10.º [de la CEDH]. Quem invoca a liberdade de expressão assume efetivamente, segundo os próprios termos desta disposição, "deveres e responsabilidades"; o seu alcance depende da sua situação e do método utilizado» (TEDH, 25 de janeiro de 2007, Vereinigung bildender Künstler c. Áustria, CE:ECHR:2007:0125JUD006835401, n.º 26).

52 V., neste sentido, Acórdão do TEDH de 10 de janeiro de 2013, Ashby Donald e o. c. França (CE:ECHR:2013:0110JUD003676908, n.º 40).

53 V., por exemplo, Processo C-469/17 Funke Medien NRW, no qual apresentei Conclusões em 25 de outubro de 2018 (EU:C:2018:870).

não negligenciáveis. Em relação ao argumento segundo o qual, em certos casos, a obtenção de uma licença poderia revelar-se impossível, por exemplo, na sequência de uma recusa por parte dos titulares dos direitos, sou de parecer que a liberdade das artes não pode garantir a cada um a possibilidade de utilizar livremente tudo o que pretende para a sua abordagem criativa.

97. Também não penso que os interesses financeiros dos produtores de fonogramas, que são a justificação dos seus direitos exclusivos, se limitem à proteção contra as utilizações comerciais e a pirataria. No direito da União, tal é o caso do direito de distribuição [54]. Em contrapartida, o direito de reprodução é concebido de modo amplo e abrange todas as formas possíveis de exploração do fonograma. Por outro lado, parece justo que o produtor de um fonograma obtenha uma parte dos rendimentos provenientes da exploração de obras criadas utilizando o seu fonograma. Além disso, na ponderação dos direitos fundamentais, há que ter em conta não só os direitos e os interesses materiais dos produtores de fonogramas, mas também os direitos dos intérpretes e dos autores, incluindo os seus direitos morais. Ora, estes, designadamente o direito à integridade da obra, podem opor-se legitimamente à utilização dessa obra, mesmo que tal utilização seja abrangida por uma exceção [55].

98. A proteção concedida aos produtores de fonogramas, tanto em direito da União como em direito internacional, pode ser considerada desmesurada, na medida em que é igual à que é concedida aos autores (no que respeita aos direitos materiais). Não excluo que a ponderação dos diferentes direitos e interesses efetuada pelo legislador da União possa resultar no futuro na introdução de uma exceção aos direitos exclusivos dos autores e outros titulares de direitos para utilizações como o *sampling*. Não é essa, contudo, a tarefa do juiz. Na fiscalização jurisdicional da aplicação das disposições em vigor, os direitos fundamentais desempenham um papel diferente: trata-se de uma espécie de *ultima ratio*, que só pode justificar o afastamento do texto das disposições pertinentes em caso de violação flagrante do conteúdo essencial de um direito fundamental [56]. Ora, não é o que sucede, em meu entender, no que diz respeito à situação de *sampling* em direito de autor da União.

99. Proponho, pois, que se responda à sexta questão prejudicial que o direito exclusivo dos produtores de fonogramas de autorizar ou proibir, ao abrigo do artigo 2.º, alínea c), da Diretiva 2001/29, a reprodução parcial dos seus fonogramas nos casos em que são utilizados para efeitos de *sampling* não é contrário à liberdade das artes tal como consagrada no artigo 13.º da Carta.

Conclusão

100. Tendo em conta o que precede, proponho que se responda do seguinte modo às questões prejudiciais submetidas pelo Bundesgerichtshof (Tribunal Federal de Justiça, Alemanha):

1) O artigo 2.º, alínea c), da Diretiva 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de maio de 2001, relativa à harmonização de certos aspetos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação, deve ser interpretado no sentido de que retirar um excerto de um fonograma para o utilizar noutro fonograma (*sampling*) constitui uma violação do direito exclusivo do produtor do primeiro fonograma de autorizar ou de proibir a reprodução do seu fonograma na aceção desta disposição, quando isso é feito sem o consentimento deste último.

2) O artigo 9.º, n.º 1, alínea b), da Diretiva 2006/115/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2006, relativa ao direito de aluguer, ao direito de comodato e a certos direitos conexos ao direito de autor em matéria de propriedade intelectual, deve ser interpretado no sentido de que um fonograma que contenha excertos transferidos de outro fonograma (*samples*) não constitui uma cópia desse outro fonograma na aceção desta disposição.

54 V. a parte das presentes conclusões consagrada à resposta à segunda questão.

55 V., neste sentido, Acórdão de 3 de setembro de 2014, Deckmyn e Vrijheidsfonds (C-201/13, EU:C:2014:2132, n.ºs 27 a 31).

56 V., neste sentido, mais recentemente, o Acórdão de 18 de outubro de 2018, Bastei Lübbe (C-149/17, EU:C:2018:841, n.º 46).

3) O artigo 2.º, alínea c), da Diretiva 2001/29 deve ser interpretado no sentido de que se opõe à aplicação aos fonogramas de uma disposição do direito interno de um Estado-Membro, como o § 24, n.º 1, da Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte — Urheberrechtsgesetz (Lei relativa ao direito de autor e aos direitos conexos), de 9 de setembro de 1965, segundo o qual uma obra independente pode ser criada a partir da utilização livre de outra obra sem o consentimento do autor, na medida em que ultrapasse o quadro das exceções e limitações aos direitos exclusivos previstas no artigo 5.º, n.os 2 e 3, desta diretiva.

4) A exceção de citação prevista no artigo 5.º, n.º 3, alínea d), da Diretiva 2001/29 não é aplicável numa situação em que um excerto de um fonograma foi inserido noutro fonograma sem a vontade aparente de interagir com este primeiro fonograma e de uma forma que não permite distingui-lo do resto deste segundo fonograma.

5) Os Estados-Membros são obrigados a garantir no seu direito interno a proteção dos direitos exclusivos previstos nos artigos 2.º a 4.º da Diretiva 2001/29, só podendo esses direitos ser limitados no âmbito da aplicação das exceções e das limitações previstas de forma exaustiva no artigo 5.º desta diretiva. Em contrapartida, os Estados-Membros continuam a ser livres quanto à escolha dos meios que considerem oportuno implementar para dar cumprimento a esta obrigação.

6) O direito exclusivo dos produtores de fonogramas de autorizar ou proibir, ao abrigo do artigo 2.º, alínea c), da Diretiva 2001/29, a reprodução parcial dos seus fonogramas nos casos em que são utilizados para efeito de *sampling* não é contrário à liberdade das artes tal como consagrada no artigo 13.º da Carta.