CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER
apresentadas em 22 de Maio de 2008 [1]

I — Introdução

1. Os artistas têm o hábito de usar pseudónimos, de modo que o público dificilmente sabe quando é que as suas estrelas favoritas, do cinema, do teatro, da pintura ou da música, utilizam os seus verdadeiros dados ou escondem a sua personalidade atrás de uma designação. Poucos são os que conseguem que as suas identidades fictícia e real adquiram um grau de difusão semelhante (de repente só me lembro de Marilyn Monroe/Norma Jean Baker).

2. Assim, é provável que o cantor e autor que está na origem deste processo tivesse alcançado a fama num círculo mais restrito com o seu verdadeiro nome: Shabtai Zisel ben Abraham, já que pertencia a uma família originária de Odessa [2]. Atrevo-me a vaticinar que nem mesmo a tradução do seu nome para um idioma europeu (Robert Allen Zimmerman) lhe teria proporcionado maior êxito. Em contrapartida, o seu pseudónimo é bem conhecido por várias gerações de amadores de música: Bob Dylan [3].

3. Como Phil Collins [4] e Cliff Richard [5], a obra deste cantor, devoto do poeta galês Dylan Thomas (1914-1953) [6], a quem foi buscar o nome próprio para o converter em apelido, é objecto predilecto de gravações que proporcionam avultados lucros, o que provoca a sua reprodução indiscriminada.

1 — Língua original: espanhol.

2 — Os dados biográficos encontram-se in Satué, F. J., *Más madera! Una historia del Rock*, Ed. Belacqva, Barcelona, 2004, pp. 397 e segs.

3 — Ultimamente parece que o seu programa semanal na rádio «Theme time radio hour», emitido por XM Satellite Radio goza de uma ampla audiência (EL PAÍS, terça-feira, 25 de Março de 2008, p. 48). Além disso, a sua vida foi retratada na obra cinematográfica *I'm Not There* (2007), uma homenagem do director, Todd Haynes, ao músico.

4 — Baterista e vocalista do grupo de música pop/rock «Genesis», e depois cantor a solo, esteve na origem do acórdão de 20 de Outubro de 1993, Phil Collins e o. (C-92/92 e C-326/92, Colect., p. I-5145).

5 — O seu verdadeiro nome é Harry Rodger Webb, antigo líder dos Shadows (http://www.cliffrichard.org).

6 — Não se sabe se a admiração se limitava à poesia ou se estendia ao modo de vida do escritor, autoproclamado o «homem mais bêbedo do mundo» e empedernido boémio, pelo menos durante a sua juventude, como se depreende da sua obra Portrait of the artist as a young dog, quando escreve: «O jovem Senhor Thomas estava desempregado naquela altura, mas supunha-se que logo partiria para Londres para tentar fazer carreira em Chelsea como jornalista; não tinha um centavo e esperava vagamente viver das mulheres» (tradução livre).

4. O Bundesgerichtshof (Supremo Tribunal Federal alemão) submeteu três questões prejudiciais relativamente a determinados fonogramas com temas desse verdadeiro ídolo do rock, gravados no início dos anos sessenta, cuja protecção na Alemanha é objecto de discussão nesse tribunal supremo que, no essencial, duvida que o direito comunitário os possa proteger, já que exclui que a regulamentação nacional o faça.

5. Não se pode ignorar a importância económica do debate, na medida em que do seu desenlace depende a continuação no domínio público de uma grande quantidade de obras anteriores à entrada em vigor em 1966 da lei alemã de direitos de autor e dos seus direitos conexos, podendo ser exploradas livremente, ou a declaração de que estão protegidas por esses direitos, ficando então o seu aproveitamento sujeito à vontade dos seus titulares.

II — Quadro jurídico

A — *O direito comunitário*

6. A aproximação dos ordenamentos jurídicos dos Estados-Membros em matéria de propriedade intelectual foi concretizada principalmente pela Directiva 93/98/CE [7], mais tarde alterada [8] e finalmente revogada pela Directiva 2006/116/CE [9] que codifica as anteriores.

7. O artigo 3.º, n.º 2, da Directiva 2006/116/CE, sob a epígrafe «Prazo dos direitos conexos», dispõe:

«Os direitos dos produtores de fonogramas caducam cinquenta anos após a fixação. [...]

Todavia, o presente número não terá por efeito proteger de novo os direitos dos produtores de fonogramas que em 22 de Dezembro de 2002 já não estavam protegidos devido ao termo do prazo de protecção concedido ao abrigo do n.º 2 do artigo 3.º da Directiva 93/98/CEE, na versão anterior à alteração introduzida pela Directiva 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de Maio de 2001, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação».

7 — Directiva do Conselho, de 29 de Outubro de 1993, relativa à harmonização do prazo de protecção dos direitos de autor e de certos direitos conexos (JO L 290, p. 9).

8 — Em especial, pela Directiva 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de Maio de 2001, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação (JO L 167, p. 10).

9 — Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Dezembro de 2006, relativa ao prazo de protecção do direito de autor e certos direitos conexos (JO L 372, p. 12).

8. O artigo 7.º da Directiva 2006/116/CE, sob o título «Protecção relativamente a países terceiros», acrescenta nos seus primeiros números:

«1. Relativamente às obras cujo país de origem, na acepção da Convenção de Berna [10], seja um país terceiro e cujo autor não seja nacional de um Estado-Membro da Comunidade, a protecção concedida nos Estados-Membros termina, o mais tardar, na data do termo do prazo de protecção concedido no país de origem da obra, não podendo ultrapassar o prazo previsto no artigo 1.º

2. Os prazos de protecção previstos no artigo 3.º aplicam-se igualmente aos titulares que não sejam nacionais de Estados-Membros da Comunidade, desde que lhes seja concedida protecção pelos Estados-Membros. No entanto, sem prejuízo das obrigações internacionais dos Estados-Membros, o prazo de protecção concedido por estes termina, o mais tardar, na data do termo do prazo de protecção concedido no país de que o titular é nacional e não pode exceder o prazo previsto no artigo 3.º

[…]»

9. Os n.os 1, 2 e 3, do artigo 10.º da Directiva 2006/116/CE, com o título «Aplicação no tempo», têm a seguinte redacção:

«1. Quando num determinado Estado-Membro, a 1 de Julho de 1995, já estivesse a decorrer um prazo de protecção mais longo que o previsto na presente directiva, esta não terá por efeito reduzir o prazo de protecção naquele Estado-Membro.

2. Os prazos de protecção previstos na presente directiva aplicam-se a todas as obras e outras produções protegidas pela legislação de pelo menos um Estado-Membro, na data a que se refere o n.º 1 ao abrigo das disposições aplicáveis em matéria de direito de autor ou de direitos conexos, ou que correspondam aos critérios de protecção previstos na Directiva [92/100/CEE do Conselho, de 19 de Novembro de 1992, relativa ao direito de aluguer, ao direito de comodato e a certos direitos conexos aos direitos de autor em matéria de propriedade intelectual].

3. A presente directiva não prejudica os actos de exploração realizados antes da data prevista no n.º 1. Os Estados-Membros adoptarão as disposições necessárias para proteger em especial os direitos adquiridos de terceiros.

[…]»

10 — Convenção de Berna para a Protecção das Obras Literárias e Artísticas, segundo o Acto de Paris de 24 de Julho de 1971, alterado em 28 de Setembro de 1979 (pode consultar-se em http://www.wipo.int/treaties/es/ip/berne/index.html).

B — *Regulamentação internacional*

10. A Organização Mundial da Propriedade Intelectual («OMPI») apadrinhou três acordos internacionais especificamente dedicados à protecção dos direitos dos produtores de fonogramas, os denominados «Convenção de Roma» [11], «Convenção de Genebra relativa aos Fonogramas» [12] e «Tratado TPF» [13]. Este último foi aprovado pela União Europeia pela Decisão 2000/278/CE [14] em relação às matérias da sua competência.

11. Relativamente ao prazo dos direitos dos produtores de fonogramas, infere-se a intenção de o alargar, dado que, enquanto a Convenção de Roma [15] e a Convenção de Genebra relativa aos Fonogramas [16] fixavam um limite de, pelo menos, 20 anos, o TPF aumenta-o, no mínimo, para 50 anos [17].

12. Além disso, com o objectivo de harmonizar parcialmente os direitos de propriedade intelectual devido à sua influência ocasional no comércio internacional, o Acordo ADPIC [18] dedica uma série de disposições aos diferentes tipos de propriedade intelectual. Seguidamente serão trazidas à colação as que versam sobre as gravações sonoras e que são úteis à solução deste processo.

13. Assim, de entre as normas básicas, merece destaque o artigo 3.º que proclama o princípio do tratamento nacional:

«1. Cada Membro concederá aos nacionais de outros membros um tratamento não menos favorável do que o que concede aos seus próprios nacionais no que se refere à protecção da propriedade intelectual, sem prejuízo das excepções já previstas, respectivamente na Convenção de Paris (1967), na Convenção de Berna (1971), na Convenção de Roma e no Tratado sobre a Protecção da Propriedade Intelectual relativa aos Circuitos Integrados. No que diz respeito aos artistas

11 — Convenção para a Protecção dos Artistas Intérpretes e Executantes, dos Produtores de Fonogramas e dos Organismos de Radiodifusão, celebrada em Roma em 26 de Outubro de 1961.

12 — Convenção para a Protecção dos Produtores de Fonogramas contra a Reprodução não Autorizada dos Seus Fonogramas, de 29 de Outubro de 1971.

13 — Tratado da OMPI sobre prestações e fonogramas, adoptado em Genebra em 20 de Dezembro de 1996. Todas as convenções podem ser consultados em http://www.wipo.int/treaties/es/.

14 — Decisão do Conselho, de 16 de Março de 2000, relativa à aprovação, em nome da Comunidade Europeia, do Tratado da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI) sobre direito de autor e do Tratado da OMPI sobre prestações e fonogramas (JO L 89, p. 6).

15 — No seu artigo 14.º, primeiro parágrafo, alínea a).

16 — No artigo 4.º

17 — No artigo 17.º, n.º 2.

18 — Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados com o Comércio (ADPIC), que constitui o Anexo 1 C do Acordo que institui a Organização Mundial do Comércio, aprovados pela Comunidade pela Decisão 94/800/CE do Conselho, de 22 de Dezembro de 1994, relativa à celebração, em nome da Comunidade Europeia e em relação às matérias da sua competência, dos acordos resultantes das negociações multilaterais do Uruguay Round (1986/1994) (JO L 336, p. 1; o Acordo ADIPC encontra-se na p. 213).

intérpretes ou executantes, aos produtores de fonogramas e aos organismos de radiodifusão, esta obrigação só é aplicável relativamente aos direitos previstos no presente acordo.

[…]»

14. Em contrapartida, o artigo 4.º do Acordo ADPIC corrobora a cláusula do tratamento de nação mais favorecida, no sentido de que todas as vantagens, favores, privilégios ou imunidades concedidos por um membro aos nacionais de qualquer outro país serão concedidos imediata e incondicionalmente aos nacionais de todos os outros membros, indicando a seguir algumas excepções a essa obrigação, que não são relevantes no contexto do processo principal.

15. Por seu turno, o artigo 9.º, n.º 1, do Acordo ADPIC remete para a Convenção de Berna ao dispor que os Estados contratantes devem observar os seus artigos 1.º a 21.º

16. Relativamente aos direitos dos produtores de gravações sonoras, o artigo 14.º do Acordo ADPIC dispõe:

«1. No que diz respeito à fixação da sua execução num fonograma, os artistas intérpretes ou executantes terão a possibilidade de impedir a realização, sem o seu consentimento, dos seguintes actos: a fixação da sua execução não fixada e a reprodução dessa fixação. […]

2. Os produtores de fonogramas gozarão do direito de autorizar ou proibir a reprodução directa ou indirecta dos seus fonogramas.

[…]

5. A duração da protecção concedida ao abrigo do presente acordo aos artistas intérpretes ou executantes e aos produtores de fonogramas não será inferior a um período 50 anos, calculado a partir do final do ano civil em que a fixação foi realizada ou em que teve lugar a execução. […]

[…]»

C — *Regulamentação nacional*

17. Na Alemanha, a propriedade intelectual é regulada pela Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte [19] (lei dos direitos de autor e direitos conexos; a seguir «UrhG»). O seu § 137f é uma disposição transitória com vista à transposição da Directiva 93/98/CE. Os seus n.os 2 e 3 dispõem:

«[…]

2) O disposto na presente lei, na versão em vigor a partir de 1 de Julho de 1995, são igualmente aplicáveis a obras cuja protecção, nos termos da presente lei, tenha terminado segundo esta lei, terminou antes de 1 de Julho de 1995, mas que ainda subsista nessa data ao abrigo da lei de outro Estado-Membro da União Europeia ou de Estado parte no Acordo sobre o Espaço Económico Europeu. O disposto no primeiro período aplica-se, por analogia, aos direitos […] dos produtores de fonogramas (§ 85), […].

3) Se, de acordo com o n.º 2, a protecção de uma obra for restabelecida no âmbito de aplicação da presente lei, os direitos assim readquiridos pertencem ao autor. Contudo, a exploração iniciada antes de 1 de Julho de 1995 pode ser prolongada dentro do quadro previsto. No que respeita à exploração a partir de 1 de Julho de 1995, deve ser paga uma compensação adequada. O disposto no primeiro, segundo e terceiro períodos aplica-se, por analogia, aos direitos conexos.

[…]»

III — Factos do processo principal

18. A empresa Falcon Neue Medien Vertrieb GmbH (a seguir «Falcon»), demandada no processo principal e recorrida em sede de recurso, comercializa dois fonogramas com actuações do artista Bob Dylan em suporte de disco compacto ou «CD», o primeiro com o título «Bob Dylan — Blowin' in the Wind» e o segundo com o nome de «Bob Dylan — Gates of Eden».

19. As canções contidas nos fonogramas faziam originariamente parte dos álbuns «Bob Dylan — Bringing It All Back Home», «The Times They Are A-Changin'» e «Highway 61 Revisited».

20. A Sony Music Entertainment (Germany) GmbH (a seguir «Sony»), demandante no processo principal e recorrente em sede de

19 — Lei de 9 de Setembro de 1965 (BGBl. I, p. 1273), alterada em último lugar pela Fünften Gesetzes zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes (quinta lei de revisão da lei relativa ao direito de autor e aos direitos conexos), de 10 de Novembro de 2006 (BGBl I, p. 2587).

recurso, é a filial alemã da conhecida multinacional japonesa com o mesmo nome. Alega que todos os temas do repertório dos dois LPs foram editados nos Estados Unidos da América antes de 1 de Janeiro de 1966, a saber, em 1964 e 1965.

21. Alega, além disso, que uma produtora discográfica americana também adquiriu os direitos sobre os fonogramas originais dos álbuns de Bob Dylan em território alemão, tendo-os depois cedido à Sony, pelo que a demandada viola os seus direitos de propriedade intelectual ao reproduzir e comercializar os referidos CDs.

22. Consequentemente, a Sony pediu que a Falcon fosse proibida de gravar e comercializar, directamente ou através de terceiros, os CDs «Bob Dylan — Blowin' in the Wind» e «Bob Dylan — Gates of Eden». Pediu ainda que a recorrida fosse condenada a apresentar determinadas informações e a indemnizá-la pelos danos causados.

23. A Falcon afirma, no entanto, que não existem no ordenamento jurídico alemão quaisquer direitos de uma discográfica sobre os fonogramas de Bob Dylan anteriores a 1 de Janeiro de 1966.

24. Em primeira instância, o Landgericht de Rostock (tribunal regional dessa cidade alemã) não acolheu os argumentos da Sony e julgou a acção improcedente.

25. No processo perante o Oberlandesgericht (tribunal de recurso) dessa cidade báltica, a demandante desistiu do pedido de prestação de facto negativo, com vista a obter uma solução de compromisso, mas manteve os pedidos de condenação na apresentação de determinados dados e de indemnização.

26. O tribunal de recurso negou provimento ao recurso da Sony por considerar que, com base na Convenção de Genebra, em vigor na Alemanha e nos Estados Unidos, os produtores discográficos só beneficiam dos direitos de protecção previstos no § 85 da UrhG para prestações posteriores a 1 de Janeiro de 1966. Considerou ainda que os registos musicais anteriores a essa data tão pouco beneficiam da protecção do § 137f da UrhG, disposição transitória para a transposição da Directiva 93/98/CEE, porque o seu n.º 2 não é aplicável a fonogramas produzidos antes de 1 de Janeiro de 1966, visto que estes nunca beneficiaram de protecção na Alemanha.

IV — Questões prejudiciais e tramitação do processo no Tribunal de Justiça

27. Interposto recurso de revista, o Bundesgerichtshof observa que o sucesso do recurso depende da interpretação do artigo 10.º, n.º 2, da Directiva 2006/116/CE. O órgão jurisdi-

cional de reenvio baseia a relevância das suas questões prejudiciais nas seguintes premissas:

28. Por um lado, não aceita que o efeito retroactivo da Convenção de Genebra tenha maior alcance do que a protecção nacional que, nos termos do § 129, n.º 1, da UrhG, limita a retroactividade da tutela dos direitos dos produtores de fonogramas baseados no § 85 da UrhG à data da entrada em vigor da própria UrhG, isto é, a 1 de Janeiro de 1966.

29. Por outro lado, também não reconhece a protecção desses fonogramas no território alemão pela aplicação directa do § 137f, n.º 2, da UrhG, disposição introduzida [20] para a transposição da Directiva 93/98/CE, o que impõe a sua interpretação à luz do artigo 10.º, n.º 2 da referida directiva. Com efeito, dado o teor do § 137f, n.º 2, da UrhG, segundo o qual a protecção só é restabelecida quando tenha «terminado» antes de 1 de Julho de 1995, concorda com o critério do Oberlandesgericht de Rostock de que os fonogramas gravados antes de 1 de Janeiro de 1966 pelas discográficas com sede em países terceiros nunca beneficiaram de protecção em solo germânico, não podendo ser restabelecida, por conseguinte, uma tutela de que nunca beneficiaram.

30. Uma vez que aceita a afirmação da Sony de que a legislação do Reino Unido abrange também os fonogramas produzidos antes de 1 de Janeiro de 1966 e os de produtores americanos editados nos Estados Unidos da América, o Bundesgerichtshof tem dúvidas sobre a interpretação do artigo 10.º, n.º 2, da Directiva 2006/11/CE.

31. Face a estas circunstâncias, o Supremo Tribunal Federal alemão decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

«1) Nas condições previstas no artigo 10.º, n.º 2, da Directiva 2006/116/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Dezembro de 2006, relativa ao prazo de protecção do direito de autor e de certos direitos conexos (directiva relativa aos prazos de protecção), o prazo de protecção nela previsto é aplicável mesmo no caso de a produção em causa nunca ter sido protegida no Estado-Membro em que a protecção é requerida?

20 — Mediante o artigo 1.º, n.º 26, da Drittes Gesetzes zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes de 23 de Junho de 1995 [terceira lei para a revisão da UrhG, (BGBl. I, p. 842)].

2) Em caso de resposta afirmativa à primeira questão:

a) As disposições nacionais a que se refere o artigo 10.º, n.º 2, da directiva relativa aos prazos de protecção incluem as disposições dos Estados-Membros relativas à protecção de titulares de direitos que não sejam nacionais de um Estado-Membro da Comunidade?

b) O prazo de protecção previsto na referida directiva também se aplica, nos termos do seu artigo 10.º, n.º 2, a produções que, em 1 de Julho de 1995, preenchiam os critérios de protecção da Directiva 92/100/CEE do Conselho, de 19 de Novembro de 1992, relativa ao direito de aluguer, ao direito de comodato e as certos direitos conexos aos direitos de autor em matéria de propriedade intelectual, mas cujos titulares não são nacionais de um Estado-Membro da Comunidade?»

32. O despacho de reenvio foi registado na Secretaria deste Tribunal de Justiça em 16 de Maio de 2007. Apresentaram observações escritas as partes no processo principal e a Comissão.

33. Na audiência realizada em 15 de Abril de 2008, compareceram para alegações os representantes da Sony, da Falcon e da Comissão.

V — Análise das questões prejudiciais

A — *Quanto à retroactividade da protecção (primeira questão)*

34. Com a primeira questão prejudicial, o Bundesgerichtshof pretende saber se se deve conceder a protecção prevista no artigo 10.º, n.º 2, da Directiva 2006/116/CE a produções que nunca dela beneficiaram no Estado-Membro em que é pedida, o que implicaria aplicar retroactivamente a legislação nacional a uma data anterior à da sua própria entrada em vigor.

35. A dúvida justifica-se porque, na Alemanha, os fonogramas não dispunham de tutela jurídica *ex lege* até à entrada em vigor da UrhG, em 9 de Setembro de 1965, e, como se explicou no resumo dos factos do processo principal, as gravações sonoras controvertidas foram efectuadas em 1964 e 1965, antes dessa data.

36. Além disso, a extensão retroactiva da protecção dos direitos violaria determinadas premissas fundamentais do direito internacional da propriedade intelectual. Na verdade, o artigo 18.º, n.º 2, da Convenção de Berna não permite que uma obra criada num país, mas que caiu no domínio público noutro Estado da União [21], onde a protecção é reclamada, seja reintegrada na esfera do direito privado e beneficie da Convenção, especialmente no que diz respeito aos direitos adquiridos por terceiros durante o período de livre utilização [22].

37. Relativamente aos direitos dos produtores de fonogramas, a irretroactividade é também apanágio de todos os tratados internacionais pertinentes, isto é, da Convenção de Roma [23], da Convenção de Genebra relativa aos Fonogramas [24] e do TPF [25].

38. Contudo, no âmbito comunitário, o Tribunal de Justiça, depois de analisar o artigo 10.º da Directiva 93/98/CEE, aceitou a tese que, por um lado, consagra o eventual renascimento dos direitos de autor e dos direitos conexos extintos por força de legislações aplicáveis antes da data da transposição da directiva, sem prejuízo dos actos de exploração realizados antes dessa data, e, por outro, confere aos Estados-Membros a responsabilidade de adoptarem medidas destinadas a proteger os direitos de terceiros adquiridos em virtude de tais actos [26].

39. Para chegar a esse corolário, o Tribunal de Justiça interpretou a disposição como chave integradora do sistema, precisando que era consequência da vontade expressa do legislador comunitário, na medida em que, enquanto a proposta inicial da Directiva 93/98/CEE apresentada pela Comissão previa que as suas disposições se aplicariam «aos direitos não extintos em 31 de Dezembro de 1994», o Parlamento Europeu modificou esta proposta introduzindo uma nova redacção que foi retomada na versão final da directiva [27]. Acrescentou que esta solução foi adoptada com vista a atingir o mais rapidamente possível o objectivo de harmonização das legislações nacionais que regulam os prazos de protecção dos direitos de autor e dos direitos conexos, evitando que certos direitos se extingam em determinados Estados-Membros, quando são protegidos noutros [28].

40. O desejo de atingir rapidamente a harmonização das legislações nacionais tinha-se

21 — «União» na acepção do artigo 1.º da Convenção de Berna, nos termos do qual «os países aos quais se aplica a presente Convenção constituem-se em União para a protecção dos direitos dos autores sobre as suas obras literárias e artísticas».

22 — OMPI, Guide de la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques (Acte de Paris 1971), publicado pela própria OMPI, Genebra, 1978, p. 117.

23 — Artigo 20.º, intitulado «Irretroactividade da Convenção».

24 — Artigo 7.º, n.º 3: «Nenhum Estado Contratante está obrigado a aplicar as disposições da presente convenção em relação aos fonogramas fixados antes da entrada em vigor desta última para o Estado em apreço».

25 — Artigo 22.º («Aplicação no tempo»), cujo n.º 1 remete para o artigo 18.º da Convenção de Berna.

26 — Acórdão de 29 de Junho de 1999, Butterfly Music (C-60/98, Colect., p. I-3939, n.º 23).

27 — N.º 19 do acórdão Butterfly Music.

28 — N.º 20 do acórdão referido nas notas anteriores.

acentuado depois do acórdão dito «Patricia» [29], em que o Tribunal de Justiça, face à falta de harmonização das legislações sobre a protecção da propriedade intelectual, aceitou restrições ao comércio decorrentes da disparidade existente entre as regulamentações nacionais nesse domínio [30].

41. Em suma, resulta do artigo 10.º, n.º 2, da directiva que a aplicação dos prazos previstos pode ter como consequência ficarem de novo protegidos obras ou objectos já caídos no domínio público [31].

42. Mas estas explicações, que respondem à questão da validade do renascimento dos direitos conexos ao direito de autor anteriormente protegidos, não resolvem a dúvida sobre se são aplicáveis aos direitos que *nunca* beneficiaram dessa protecção.

43. Contudo, inclino-me a propor o mesmo tratamento para as duas hipóteses, pelas razões que passo a expor.

44. Por um lado, o argumento da rápida harmonização é válido no contexto dos direitos conexos que necessitavam de protecção. Por outro, tem relevância a precisão que o artigo 10.º, n.º 2, da Directiva 2006/116/CE introduz relativamente às normas que protegem os direitos conexos, quer as nacionais quer a Directiva 92/100/CEE [32], quando as obras cumpram os requisitos para poderem beneficiar da sua protecção.

45. No que se refere ao impulso harmonizador, observo que o legislador comunitário adoptou uma via intermédia entre a negação da retroactividade e a sua assunção total, favorecendo uma solução de compromisso em que bastaria que uma determinada obra estivesse protegida num único Estado-Membro na data limite para a transposição da Directiva 93/98/CEE, a saber, 1 de Julho de 1995 [33], para que lhe fossem aplicáveis os prazos em vigor em toda a Comunidade [34].

29 — Acórdão de 24 de Janeiro de 1989, EMI Electrola/Patricia Imund Export e o. (341/87, Colect., p. 79).

30 — Neste caso concreto, o Tribunal de Justiça aceitou a aplicação da legislação de um Estado-Membro que permitia a um produtor de registos sonoros invocar os direitos exclusivos de reprodução e de difusão de obras musicais de que era titular, para obter a proibição da venda, no território desse Estado-Membro, de suportes de som contendo as mesmas obras musicais que tinham sido importados de outro Estado-Membro onde foram legalmente comercializados, mas sem o consentimento do referido titular ou de quem este tinha autorizado, tendo expirado a protecção de que o produtor desses suportes tinha beneficiado (acórdão Patricia, já referido na nota anterior, n.º 14).

31 — N.º 18 do acórdão Butterfly Music.

32 — Directiva do Conselho, de 19 de Novembro de 1992, relativa ao direito de aluguer, ao direito de comodato e a certos direitos conexos aos direitos de autor em matéria de propriedade intelectual (JO L 346, p. 61).

33 — Artigo 13.º, n.º 1, dessa directiva.

34 — Dietz, A., «Die Schutzdauer Richtlinie der EU», in GRUR Int., n.º 8/9 (1995), p. 682.

46. Em consequência, nos Estados-Membros em que essas obras ou objectos tivessem caído no domínio público renascia a sua protecção jurídica, a menos que a devolução à colectividade tivesse ocorrido em todos os países da Comunidade, considerando-se então que a nova duração dos prazos previstos pela directiva abrangia também os objectos protegidos por direitos conexos [35].

47. Além disso, o acórdão Phil Collins e o., já referido, proferido quase ao mesmo tempo que a adopção da Directiva 93/98/CEE, declarou a aplicação do princípio da não discriminação às normas nacionais relativas às obras literárias e artísticas e aos seus direitos conexos, impondo *de facto* a plena retroactividade, na medida em que exigia que todos os direitos de autor e conexos recebessem sempre, em todos os países, o mesmo tratamento que os nacionais [36].

48. A abordagem não é diferente para direitos que nunca estiveram protegidos no país em que se pede a protecção (a Alemanha no litígio principal), uma vez que, a não ser assim, o esforço harmonizador seria anulado. As regras comunitárias baseiam-se no facto de o bom funcionamento do mercado interno tornar necessário harmonizar as legislações dos Estados-Membros de modo a que os prazos de protecção sejam idênticos em toda a Comunidade [37].

49. Procura-se, assim, uniformizar os prazos de tutela desses direitos e de entrada no domínio público. Por conseguinte, violaria o espírito da directiva deixar sem tutela obras e direitos conexos porque não estavam protegidos antes da entrada em vigor das regulamentações nacionais sobre direitos de autor.

50. Esta ideia é reiterada pela referência expressa do artigo 10.º, n.º 2, da Directiva 2006/116/CE à Directiva 92/100/CEE, que tinha introduzido em alguns Estados-Membros direitos conexos de outro tipo com o objectivo de estender a aplicação dos prazos de protecção da Directiva 2006/116/CE aos direitos previstos na Directiva 92/100/CEE, mesmo quando não tivessem sido transpostos para o ordenamento jurídico nacional [38]. Daí que, contrariamente à opinião do Bundesgerichtshof quando procede à interpretação literal da UrhG, não me parece apropriado aludir apenas a um «renascimento» da protecção [39].

35 — Maier, P., «L'harmonisation de la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins», Revue du Marché Unique Européen, n.º 2/1994, p. 77.

36 — Dietz, A., *op. cit.*, p. 683.

37 — Considerandos 2 da Directiva 93/98/CEE e 3 da Directiva 2006/116/CE.

38 — Katzenberger, P., «§ 64 — Schutzdauer — Allgemeines», in Schricker, G. (Coordenador), Urheberrecht Kommentar, 2.ª ed., Munique, 1999, p. 1024; Walter, M., «Schutzdauer-RL — Art. 10», in Walter, M. (Coordenador), Europäisches Urheberrecht Kommentar, Viena, 2001, p. 635.

39 — Walter, M., *op. cit.*, p. 631.

51. Mas, para além do facto de uma obra pertencer eventualmente ao domínio público em todos os países comunitários, existe um outro limite ao ímpeto harmonizador europeu das referidas directivas, que não influencia a resposta prejudicial, mas que importa referir para a completar: os direitos conexos dos artigos 5.º e 6.º da Directiva 2006/116/CE cuja regulamentação é facultativa para os Estados-Membros.

52. Segundo o considerando 19 desta última directiva, os Estados-Membros continuam a dispor da faculdade de manter ou introduzir outros direitos conexos ao direito de autor, especialmente no que se refere a edições científicas ou críticas de obras caídas no domínio público [40], bem como às fotografias que não sejam originais [41], mas não lhes impõe nenhuma obrigação de os proteger em toda a Comunidade, não sendo procedente qualquer pretensão de os reclamar nos Estados-Membros que, no exercício do seu poder, os desconhecem [42].

53. Por último, o n.º 3, do artigo 10.º da Directiva 2006/116/CE sustenta também a tese da retroactividade, ao estabelecer que «[a] presente directiva não prejudica os actos de exploração realizados antes da data prevista no n.º 1», isto é, de 1 de Julho de 1995, data em que entrou em vigor a sua antecessora, a Directiva 93/98/CEE. Deste modo, pressupõe a aplicação retroactiva dos direitos a que se refere, mas, para proteger os direitos adquiridos de boa fé por terceiros, limita a aplicação aos acontecimentos ocorridos antes de adquirir a sua própria eficácia. Por outras palavras, se o referido artigo 10.º, n.º 2, não previsse a retroactividade, o número seguinte não faria sentido.

54. Em resumo, tendo em atenção as considerações precedentes, entendo que a primeira questão submetida pelo Bundesgerichtshof alemão merece uma resposta positiva, no sentido de que o prazo da Directiva 2006/116/CE, nas condições previstas no seu artigo 10.º, n.º 2, é aplicável mesmo no caso de a produção em causa nunca ter sido protegida no Estado-Membro em que a protecção é pedida, sem prejuízo do disposto no n.º 3 do mesmo artigo 10.º

B — *Quanto à protecção concedida aos titulares de direitos que não são nacionais de Estados-Membros da Comunidade (segunda questão)*

55. Mediante as duas perguntas em que subdivide a segunda questão, o órgão jurisdicional de reenvio pretende esclarecer se o facto de o titular dos direitos cuja protecção invoca ser nacional de um país terceiro tem influência na interpretação das duas alternativas em que se pode basear a protecção de um objecto nos termos do artigo 10.º, n.º 2, da Directiva 2006/116/CE.

40 — Artigo 5.º da Directiva 2006/116/CE.

41 — Para as «simples» fotografias, terceiro período do referido artigo 6.º

42 — V., também, Katzemberger, P., *op. cit.*, p. 1025.

56. Interessa-lhe, assim, saber se se podem qualificar de «disposições nacionais», de acordo com esse preceito, as relativas à protecção concedida a nacionais de países terceiros [segunda questão prejudicial, alínea a)] e se, sendo o titular dos direitos nacional desses países, o prazo previsto no mesmo artigo 10.º se aplica a produções que no dia 1 de Julho de 1995 preenchiam os requisitos de protecção da Directiva 92/100/CEE [segunda questão prejudicial, alínea b)].

57. Creio que as duas alíneas devem ser analisadas em conjunto, sem prejuízo de receberem respostas separadas, embora, tratando-se de Bob Dylan, preferisse entoar «The answer is blowing in the wind» [43].

58. Condicionadas certamente pela nacionalidade do titular do direito originário de produtor dos fonogramas em causa, todas as partes que apresentaram observações escritas neste processo prejudicial consideraram que a segunda questão, no seu conjunto, podia ser resolvida através da interpretação do artigo 7.º da Directiva 2006/116/CE, que tem por título «Protecção relativamente a países terceiros».

59. Em primeiro lugar, concordo inteiramente com a Comissão na necessidade de distinguir os âmbitos de aplicação *ratione personae* e *ratione materiae*.

60. O artigo 7.º da Directiva 2006/116/CE estabelece o princípio da comparação dos prazos de protecção. Relativamente às obras cujo país de origem, na acepção da Convenção de Berna, seja um país terceiro e cujo autor não seja nacional de um Estado-Membro da Comunidade (n.º 1), o prazo de protecção termina em conformidade com a legislação do país de origem da obra, mas nunca pode ultrapassar o prazo fixado na própria directiva.

61. O n.º 2 desse mesmo artigo refere os direitos conexos, instituindo um princípio semelhante ao do número anterior [44]. Ao mencionar os «titulares que não sejam nacionais de Estados-Membros da Comunidade» inscreve-se também nas regras *ratio personae* da Directiva 2006/116/CE. Todavia, ao sujeitar o benefício do prazo de protecção que prevê à concessão da mesma protecção pelos Estados-Membros, dá relevância ao direito internacional, bilateral e multilateral, que vincule o Estado-Membro onde é pedida a protecção, ou seja, em especial, à Convenção de Roma, à Convenção de Genebra relativa aos Fonogramas, ao TPF e ao Acordo ADPIC [45].

43 — «Blowin' in the wind» (© 1962 Warner Bros. Inc.) é com certeza uma das canções mais famosas do cantor e, além disso, é o título do disco de longa duração que se encontra entre os fonogramas controvertidos.

44 — Mayer, P., *op. cit.*, p. 75.

45 — Walter, M., *op. cit.*, p. 608.

62. Por conseguinte, tanto a determinação da protecção dos estrangeiros como o cálculo do prazo incumbem ao juiz nacional do Estado-Membro onde se pretenda exercer os direitos conexos, em cada caso concreto, em função dos tratados internacionais que tenha subscrito.

63. Em contrapartida, o artigo 10.º, excluindo a sua relação com a aplicação no tempo da Directiva 2006/116/CE, inclui uma descrição do seu âmbito *ratione materiae*.

64. Como observa a Comissão, apesar de o artigo 10.º da Directiva 2006/116/CE ter por título «Aplicação no tempo», a sua regulação centra-se no *objecto* da protecção e não na nacionalidade do titular dos direitos, estendendo-se às «obras e outras produções» protegidos em 1 de Julho de 1995 pelo ordenamento jurídico nacional de pelo menos um Estado-Membro, em matéria de direitos de autor [no que diz respeito à alínea a) da segunda questão] ou pela Directiva 92/100/CEE [relativamente à alínea b) da segunda questão].

65. Para a aplicação do artigo 10.º, n.º 2, depreende-se [segunda questão prejudicial, alínea a)] que se refere a todas as disposições materiais previstas no correspondente direito nacional de autor e direitos conexos, com as suas particularidades, incluindo os tratados internacionais, multilaterais ou bilaterais pertinentes [46]. Cabe pois ao juiz nacional verificar se um determinado objecto, no caso presente as gravações controvertidas de Bob Dylan, reúne os requisitos da sua legislação nacional. Quando esse objecto esteja protegido pela lei de outro Estado-Membro, o juiz do Estado em que se pede a protecção deve analisar o ordenamento jurídico estrangeiro, em conformidade com as suas regras processuais sobre a prova dos direitos estrangeiros. A primeira hipótese do referido artigo 10.º, n.º 2, não se refere, assim, às regras nacionais sobre protecção de nacionais de países terceiros.

66. Proponho, em suma, responder à segunda questão prejudicial alínea a), no sentido de que as disposições nacionais, na acepção do artigo 10.º, n.º 2, da Directiva 2006/116/CE, não incluem as disposições dos Estados-Membros relativas à protecção de titulares de direitos que não sejam nacionais de um Estado-Membro da Comunidade.

67. Relativamente à segunda questão prejudicial, alínea b), importa recordar que, neste entendimento, o direito da Directiva 92/100/CEE só nasce quando o seu conteúdo não tiver sido transposto para o direito nacional na data prevista [47]. O órgão jurisdicional do Estado onde é pedida a protecção deve apreciar se a sua própria regulamentação

46 — Walter, M., *op cit.*, p. 632.

47 — N.º 50 destas conclusões.

ou a de outro Estado-Membro protege esses direitos e, se assim não for, analisar se deve alargar-se a aplicação da protecção à luz da Directiva 92/100/CEE.

68. Mas, para determinar a aplicação a um cidadão de um país terceiro, há que trazer à colação o artigo 7.º, n.º 2, da Directiva 2006/116/CE, nos termos em que já foi interpretado.

69. Nesse contexto, já referi a necessária ligação do direito comunitário com os tratados internacionais. Destaca-se, entre estes, o Acordo ADPIC, em concreto o seu artigo 14.º, n.º 2, conjugado com o n.º 5, que consagra o direito dos produtores de fonogramas a uma protecção não inferior a 50 anos. Dada a sua semelhança com o artigo 10.º da Convenção de Roma, há que interpretar sistematicamente ambas as disposições [48].

70. Ainda assim, importa chamar a atenção do juiz nacional para as complexas concomitâncias entre os diferentes tratados internacionais, com todas as suas sobreposições. Assim, a título exemplificativo, o artigo 2.º, n.º 2, do Acordo ADPIC enuncia que «nenhuma das disposições incluídas nas partes I a IV do presente acordo poderá constituir uma derrogação das obrigações que possam vincular os membros entre si ao abrigo [...] da Convenção de Berna, da Convenção de Roma [...]» o que deve ser interpretado como a manutenção em vigor das obrigações internacionais que os diferentes Estados contratantes tenham subscrito entre si ou com países terceiros com base noutras convenções [49].

71. Além disso, como acertadamente refere a Comissão, nos termos de uma jurisprudência muito recente [50], não existem dúvidas acerca da aplicabilidade do Acordo ADPIC em matéria de direitos conexos, dado que a Comunidade tem competências que já exerceu, como demonstram as Directivas 2001/29/CE e 92/100/CEE, já referidas.

72. Em suma, considero que a segunda questão prejudicial, alínea b), deve ser respondida no sentido de que cabe ao juiz nacional verificar, em conformidade com o artigo 7.º, n.º 2, da Directiva 2006/116/CE e com os tratados internacionais que vinculem o seu ordenamento jurídico, se o prazo previsto no artigo 10.º, n.º 2, da referida directiva para produções que, em 1 de Julho de 1995, preenchiam os critérios de protecção da Directiva 92/100/CEE, se aplica a titulares que não sejam nacionais de um Estado-Membro da Comunidade.

48 — Füller, J. T., «Artikel 14 — Ausübende Künstler», en Busche, J./Stoll, J.-T. (Coordenadores), TRIPs — Internationales und europäisches Rechts des geistigen Eigentums, Colónia, 2007, p. 271.

49 — Wager, H., «Substantive Copyright Law in TRIPS», en Cohen Jehoram, H./Keuchenius, P./Brownlee, L. M. (Coordenadores), Trade-related Aspects of Copyright, Kluwer, Deventer, 1996, p. 3.

50 — Acórdão de 11 de Setembro de 2007, Merck Genéricos-Produtos Farmacêuticos (C-431/05, Colect., p. I-7001, n.os 32 a 39).

VI — Conclusão

73. À luz das considerações precedentes, proponho ao Tribunal de Justiça que responda às questões prejudiciais submetidas pelo Bundesgerichtshof declarando que:

«1) O prazo de protecção previsto na Directiva 2006/116/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Dezembro de 2006, relativa ao prazo de protecção do direito de autor e de certos direitos conexos, uma vez preenchidos os requisitos previstos no seu artigo 10.º, n.º 2, é aplicável mesmo no caso de a produção em causa nunca ter sido protegida no Estado-Membro em que a protecção é pedida, sem prejuízo do disposto no n.º 3 do mesmo artigo 10.º

2) As disposições nacionais a que se refere o artigo 10.º, n.º 2, da Directiva 2006/116/CE não incluem as disposições dos Estados-Membros relativas à protecção de titulares de direitos que não sejam nacionais de um Estado-Membro da Comunidade.

3) Cabe ao juiz nacional verificar, em conformidade com o artigo 7.º, n.º 2, da Directiva 2006/116/CE e com os tratados internacionais que vinculem o seu ordenamento jurídico, se o prazo previsto no artigo 10.º, n.º 2, da referida directiva para produções que, em 1 de Julho de 1995, preenchiam os critérios de protecção da Directiva 92/100/CEE do Conselho, de 19 de Novembro de 1992, relativa ao direito de aluguer, ao direito de comodato e a certos direitos conexos aos direitos de autor em matéria de propriedade intelectual, se aplica aos titulares que não sejam nacionais de um Estado-Membro da Comunidade.»