

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
MANUEL CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
apresentadas em 25 de abril de 2018 ([1](#))

Processo C-161/17

**Land Nordrhein-Westfalen
contra
Dirk Renckhoff**

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

«Reenvio prejudicial — Direito de autor e direitos conexos na sociedade da informação — Conceito de “comunicação ao público” — Disponibilização num portal de Internet de uma obra protegida acessível a todos os internautas noutra portal de Internet — Situação em que a obra foi copiada num servidor sem o consentimento do titular do direito de autor»

1. Até recentemente, os trabalhos temáticos em cartolina realizados na escola eram geralmente ilustrados com fotografias, gravuras e desenhos publicados em livros e revistas. Uma vez terminados, eram exibidos nas escolas (para deleite dos progenitores), sem que os autores das imagens em causa exigissem indemnizações pela sua utilização.
2. Adaptados à tecnologia atual, os alunos de hoje também incluem fotografias ou desenhos nos seus trabalhos, com a diferença de que tanto estes como as imagens que utilizam para a sua elaboração são digitais. Há na Internet milhões de opções gráficas para completar um trabalho escolar e é relativamente fácil carregar esse trabalho, uma vez terminado, numa página Internet acessível a qualquer internauta.

3. Foi o que aconteceu neste processo. Uma aluna da Gesamtschule de Waltrop (escola secundária de Waltrop), no Land Nordrhein-Westfalen (Estado Federado da Renânia do Norte-Palatinado) (2) da República Federal da Alemanha, encontrou na Internet uma fotografia da cidade espanhola de Córdova, que incluiu num trabalho para a disciplina de espanhol. Uma vez terminado o trabalho, publicou-o na página Internet da escola e o fotógrafo profissional que tirou a fotografia, considerando que a imagem tinha sido utilizada sem o seu consentimento, entende que o seu direito de autor foi violado (pedindo a cessação da conduta e uma indemnização).

4. Nesse contexto, o Bundesgerichtshof (Supremo Tribunal Federal da Alemanha) pede ao Tribunal de Justiça que clarifique o conceito de «colocação à disposição do público» (na rede), pressuposto da violação alegada. Como a colocação à disposição constitui, no mundo digital, a expressão homóloga do «ato de comunicação» no analógico (3), deve aplicar-se *mutatis mutandis* a jurisprudência desenvolvida relativamente ao «ato de comunicação» (4) referido no artigo 3.º da Diretiva 2001/29/CE (5).

5. O órgão judicial de reenvio pretende saber se o carregamento da fotografia de Córdova, após a sua inclusão num trabalho inserido na página Internet da escola, é abrangido por esse conceito. Embora a interpretação da expressão «ato de comunicação ao público» tenha sido já objeto de diversos acórdãos do Tribunal de Justiça, proferidos à medida que foi sendo questionado relativamente a novas técnicas e métodos de publicação de obras protegidas, este reenvio demonstra que as necessidades hermenêuticas dos tribunais nacionais não foram preenchidas (6).

6. O tribunal *a quo* tem dúvidas quanto à aplicação dos critérios desenvolvidos pelo Tribunal de Justiça: pergunta, concretamente, se a fotografia colocada no trabalho carregado na página Internet da escola foi colocada à disposição de um público «novo». Creio, contudo, que, para a resolução do processo, pode ser necessário ter também em consideração outros elementos da técnica e as circunstâncias nas quais a obra fotográfica foi utilizada, comparando uns e outras com os restantes critérios jurisprudenciais referidos.

I. Quadro jurídico

A. Direito internacional

1. Tratado da OMPI sobre Direito de Autor

7. Em 20 de dezembro de 1996, a Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI) adotou, em Genebra, o Tratado da OMPI sobre Direito de Autor, que entrou em vigor em 6 de março de 2002 e foi aprovado em nome da Comunidade Europeia pela Decisão 2000/278/CE do Conselho (7).

8. O seu artigo 1.º, n.º 4, obriga as Partes contratantes a darem cumprimento ao previsto nos artigos 1.º a 21.º da Convenção de Berna (8).

2. Convenção de Berna

9. Nos termos do artigo 2.º da Convenção de Berna:

«Os termos “obras literárias e artísticas” incluem todas as produções no campo literário, científico e artístico, qualquer que seja o modo ou forma de expressão, tais como [...] as obras fotográficas às quais se equiparam as produzidas por processo análogo à fotografia; [...]».

10. O artigo 11.º-A, n.º 1, ponto 2, da mesma Convenção dispõe:

«1) Os autores de obras literárias e artísticas beneficiam do direito exclusivo de autorizar:

[...]

2.º qualquer comunicação pública, por fio ou sem fio, da obra radiodifundida, quando esta comunicação for feita por uma entidade distinta da de origem».

B. Direito da União. Diretiva 2001/29

11. A aproximação dos ordenamentos jurídicos dos Estados-Membros em matéria de propriedade intelectual foi realizada principalmente pela Diretiva 93/98/CEE (2), posteriormente alterada e revogada pela Diretiva 2006/116/CE (10), que codifica as versões anteriores. Uma dessas alterações teve por objetivo a regulação da proteção dos direitos de autor e direitos conexos na denominada sociedade da informação, pela Diretiva 2001/29.

12. Nos termos do considerando 23:

«A presente diretiva deverá proceder a uma maior harmonização dos direitos de autor aplicáveis à comunicação de obras ao público. Esses direitos deverão ser entendidos no sentido lato, abrangendo todas as comunicações ao público não presente no local de onde provêm as comunicações. Abrangem ainda qualquer transmissão ou retransmissão de uma obra ao público, por fio ou sem fio, incluindo a radiodifusão, não abrangendo quaisquer outros atos.»

13. Nos termos do considerando 31:

«Deve ser salvaguardado um justo equilíbrio de direitos e interesses entre as diferentes categorias de titulares de direitos, bem como entre as diferentes categorias de titulares de direitos e utilizadores de material protegido. As exceções ou limitações existentes aos direitos estabelecidas a nível dos Estados-Membros devem ser reapreciadas à luz do novo ambiente eletrónico. [...]»

14. O considerando 34 dispõe:

«Deve ser dada aos Estados-Membros a opção de preverem certas exceções e limitações em determinados casos, nomeadamente para fins de ensino ou de investigação científica, a favor de instituições públicas como bibliotecas e arquivos, para efeitos de notícias, citações, para utilização por pessoas deficientes, para utilização relacionada com a segurança pública e para utilização em processos administrativos e judiciais.»

15. O artigo 2.º («Direito de reprodução») 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:

a) Aos autores, para as suas obras;

[...]»

16. O artigo 3.º («Direito de comunicação de obras ao público, incluindo o direito de colocar à sua disposição outro material»), n.º 1, dispõe:

«1. Os Estados-Membros devem prever a favor dos autores o direito exclusivo de autorizar ou proibir qualquer comunicação ao público das suas obras, por fio ou sem fio, incluindo a sua colocação à disposição do público por forma a torná-las acessíveis a qualquer pessoa a partir do local e no momento por ela escolhido.»

17. O artigo 5.º («Exceções e limitações»), n.ºs 3 e 5, tem a seguinte redação:

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

a) Utilização unicamente com fins de ilustração para efeitos de ensino ou investigação científica, desde que seja indicada, exceto quando tal se revele impossível, a fonte, incluindo o nome do autor e, na medida justificada pelo objetivo não comercial que se pretende atingir;

[...]

5. As exceções e limitações contempladas 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.»

C. *Direito nacional. Urheberrechtsgesetz (Lei dos Direitos de Autor) (11)*

18. O § 2, relativo ao âmbito de aplicação, inclui expressamente tanto as obras fotográficas (Lichtbildwerke), como as criadas de modo semelhante.

19. Na versão em vigor à data dos factos, § 52 previa o seguinte:

«A comunicação ao público de uma obra publicada é autorizada sempre que o organizador atue sem fins lucrativos, o público participe sem custos e, em caso de uma conferência ou de uma representação da obra nenhum dos artistas representantes receba uma remuneração específica. É paga uma remuneração razoável pela comunicação. A remuneração não é exigível para os eventos no âmbito [...] nem de eventos escolares, na medida em que, dado o carácter social ou educativo a que se destinam, sejam apenas acessíveis a um número restrito e determinado de pessoas.»

20. Em conformidade com o § 64, aplicável às obras fotográficas, o direito de autor protraí-se por setenta anos após a morte do autor. Diferentemente, para as «restantes» fotografias, embora beneficiem *mutatis mutandis* da proteção conferida às obras fotográficas em conformidade com o § 72, n.ºs 1 e 2, tem uma duração limitada a cinquenta anos a partir da data da sua publicação ou, sendo anterior, da sua primeira comunicação (n.º 3 do mesmo artigo).

II. Factos que estiveram na origem do litígio e questão prejudicial

A. *Matéria de facto*

21. D. Renckhoff, fotógrafo de profissão, propôs uma ação contra a cidade de Waltrop e o *Land* (12) pela publicação, na página Internet da Gesamtschule Waltrop, desde 25 de março de 2009, de um trabalho realizado por uma aluna da disciplina de espanhol, em que, segundo o despacho de reenvio, estava a fotografia de Córdova que nele se reproduz:



22. Sob a imagem, obtida no portal «www.schwarzaufweiss.de» (que corresponde a uma revista digital de viagens com a mesma designação), a aluna indicou a referência a essa página Internet, da qual não constava nenhuma informação relativa ao autor da fotografia (13).

23. D. Renckhoff alega que tinha concedido um direito simples de utilização da fotografia apenas aos operadores do portal online da revista. Entende, portanto, que o surgimento da imagem na página Internet da escola viola os seus direitos (de autor) a autorizar a reprodução e a comunicação pública da referida fotografia.

B. Tramitação do processo nos órgãos jurisdicionais nacionais

24. A ação de D. Renckhoff no tribunal de primeira instância foi julgada parcialmente procedente, tendo o *Land* sido condenado a retirar a fotografia, e no pagamento de 300 euros, acrescidos de juros.

25. Tendo sido interpostos recursos da sentença de primeira instância por ambas as partes, o tribunal de recurso alterou-a apenas no sentido de proibir a reprodução da fotografia pela sua inserção na Internet. Segundo o referido tribunal, o demandante tinha o direito de propor uma ação inibitória contra o *Land*, em conformidade com o § 97, n.º 1, da UrhG e a título de responsabilidade do perturbador (Störerhaftung).

26. Do acórdão do tribunal de recurso recorreram para o Bundesgerichtshof (Supremo Tribunal Federal, Alemanha) o *Land* (que insiste na improcedência total da ação) como D. Renckhoff (que pede a procedência total do seu pedido).

27. O órgão jurisdicional de reenvio tem dúvidas de que o facto de se copiar a obra protegida num computador e de a carregar na página Internet da escola seja abrangido pelo âmbito do conceito de «comunicação ao público», na aceção dado ao artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 2001/29 pela jurisprudência do Tribunal de Justiça.

28. O tribunal *a quo* entende que foi cumprida grande parte dos requisitos necessários para qualificar o facto controvertido de «comunicação ao público». Designadamente, no que diz respeito à comunicação:

- a publicação na página Internet não implica um contacto físico e direto entre as pessoas que executam a obra e o público destinatário (14);
- também não foi efetuada através de um processo técnico específico distinto da primeira colocação da fotografia na rede; e
- ao permitirem aos utilizadores da página Internet da escola um acesso ao carregamento, com a fotografia, que não teria sido possível sem a sua intervenção, a aluna e o seu professor atuaram com pleno conhecimento das consequências do seu comportamento (15).

29. No que diz respeito ao outro elemento, o público, o tribunal de reenvio começa por aceitar que «é duvidoso que a fotografia [...] nas circunstâncias do caso vertente, tenha sido comunicada na página Internet da escola a um novo público, ou seja, a um público no qual o titular do direito de autor não pensou quando autorizou a comunicação inicial ao público» (16).

30. Contudo, a sua apreciação final é que «não se pode assumir que o titular do direito de autor que dá o seu consentimento para a inserção da sua obra numa página Internet livremente acessível, ao fazê-lo, pensa não apenas no público constituído pelos utilizadores da Internet que visitam esta página Internet diretamente ou através de uma hiperligação inserida noutra página Internet, mas também nos utilizadores da Internet que visitam outra página Internet, na qual a sua obra foi inserida sem o seu consentimento. Estes últimos utilizadores da Internet, no entender desta Secção, constituem um novo público na aceção da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia».

31. Entende também que a falta de consentimento do titular do direito de autor sobre a cópia da fotografia no servidor da escola e a sua posterior publicação na Internet distingue este processo daqueles em que se usam hiperligações ou o «framing» (17). Assim, o direito de autor do artigo 17.º, n.º 2, da Carta dos Direitos Fundamentais da União («Carta») prevaleceria sobre o direito dos utilizadores à liberdade de expressão e de informação do seu artigo 11.º

32. Refere-se, também, ao papel incontornável do utilizador na comunicação, quando insere e mantém a obra na sua própria página Internet, uma vez que determina a colocação à disposição do público da obra e o período de tempo correspondente, em violação do direito de reprodução do autor. Diferentemente, no caso de uma hiperligação que remete para uma página Internet, a hiperligação perderia o seu objeto em resultado da remoção da obra da página originária.

33. Por último, entende que a utilização da fotografia pela sua colocação na página Internet da escola sem fins lucrativos não é conclusiva (18).

34. Neste contexto, o Bundesgerichtshof (Supremo Tribunal Federal, Alemanha) decidiu submeter ao Tribunal de Justiça, a título prejudicial, a seguinte questão:

«A inserção, numa página Internet própria acessível ao público, de uma obra livremente acessível a todos os utilizadores da Internet numa página Internet alheia com autorização do titular do respetivo direito de autor constitui uma colocação à disposição do público na aceção do artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 2001/29/CE, quando a obra é primeiro copiada para um servidor e daí é carregada na página Internet própria?»

III. Tramitação do processo no Tribunal de Justiça e alegações das partes

A. Tramitação do processo

35. O despacho de reenvio deu entrada na Secretaria do Tribunal de Justiça em 31 de março de 2017.

36. Apresentaram observações escritas o Estado da Renânia do Norte-Vestefália, o Governo italiano e a Comissão.

37. Realizou-se uma audiência em 7 de fevereiro de 2018, a que assistiram os representantes do *Land*, de D. Renckhoff, do Governo italiano, do Governo francês e da Comissão.

38. O Tribunal de Justiça instou as partes a que, na audiência, se pronunciassem relativamente à relevância do Acórdão GS Media e no que diz respeito à interpretação do artigo 5.º, n.º 3, alínea a), da Diretiva 2001/29.

B. Síntese das alegações das partes

39. Para o Estado da Renânia do Norte-Palatinado e para o Governo italiano, neste processo não se verifica nenhuma comunicação ao público, uma vez que faltam os elementos exigidos pela jurisprudência. Designadamente, a aluna e o seu professor não atuaram de modo deliberado e com pleno conhecimento das consequências do seu comportamento (19). Além disso, uma vez que a fotografia já estava acessível aos utilizadores no portal da revista de viagens, a sua colocação na página Internet da escola não conferia nenhuma possibilidade de acesso (à fotografia) que já não tivessem. Assim, também não teria ocorrido uma comunicação a um público novo, segundo a jurisprudência (20).

40. O *Land* alega que, em conjugação com os artigos 17.º, n.º 2, relativo à proteção da propriedade intelectual, e 11.º, relativo à liberdade de expressão e de informação, ambos da Carta, a ponderação dos interesses em conflito tem de ter em consideração o direito à educação, consagrado no seu artigo 14.º, ao abrigo do qual a aluna incluiu a foto como ilustração do seu trabalho. Em sua opinião, o direito a criar portais também contribui, tal como as hiperligações, para o bom funcionamento da Internet, pelo menos quando as obras se encontram já livremente acessíveis na rede.

41. Por último, o *Land* discorda do tribunal de reenvio no que diz respeito ao papel atribuído ao utilizador. Neste caso, a obra dissociou-se do seu autor, que permitiu a sua publicação, acessível a qualquer internauta, num portal da Internet gerido por um terceiro. Ao atuar deste modo, ter-se-ia dissociado voluntariamente do seu poder de decisão relativo à utilização da fotografia. Além disso, a renúncia do titular da obra a publicar uma referência ao seu direito de autor implicaria o seu consentimento para que o utilizador compreendesse que a obra não estava protegida por nenhum direito especial. Finalmente, afirma que a aluna indicou no seu trabalho a fonte da fotografia e salienta a ausência de fins lucrativos.

42. O Governo italiano defende que a obra não estava protegida por nenhum tipo de acesso restringido na Internet, pelo que era ilimitadamente acessível. Não se podia pedir à aluna e ao seu professor a plena consciência da ilicitude dos seus atos, uma vez que estes não eram ilegais.

43. Para o Governo italiano, falta, portanto, a comunicação a um público «novo» na aceção da jurisprudência (21) e a técnica que a aluna utilizou não foi diferente da que foi utilizada originariamente. Por último, afirma que a autorização inicial incluía o acesso à fotografia na revista de viagens em linha, sem limitação a determinadas categorias de utilizadores.

44. A Comissão, por seu turno, entende que a publicação da fotografia no portal da Internet da escola é uma comunicação ao público, uma vez que preenche os requisitos exigidos pela jurisprudência: a) teve lugar a transmissão de uma obra protegida (22); b) o conceito de comunicação deve ser entendido em sentido amplo, visando toda a transmissão independentemente do meio ou procedimento técnico utilizados (23); c) o meio técnico pode ser diferente (24) ou idêntico (25); d) não é necessário que o público para o qual a obra esteja disponível utilize essa possibilidade (26); e e) o público é composto por um número indeterminado mas bastante importante de destinatários potenciais e não por um grupo reduzido de pessoas interessadas (27).

45. A Comissão, que nas suas observações escritas recusava a aplicação a este processo da jurisprudência relativa às hiperligações (28), defendeu na audiência uma posição muito mais matizada. Não insistiu na sua afirmação de que, nas situações de redirecionamento através de hiperligações, o titular do direito de autor conserva o seu poder de disposição, como diferença relevante para este caso. Diferentemente, defendeu a necessidade de realizar, tal como no Acórdão GS Media, uma apreciação individualizada do ato de comunicação, que tenha em conta aspetos relativos à plena consciência do comportamento da aluna, designadamente, ao facto de que se podia presumir que a fotografia se encontrava à livre disposição do público.

46. Tal como o Governo italiano, a Comissão chama a atenção para a eventual aplicação ao processo dos autos da exceção do artigo 5.º, n.º 3, alínea a), da Diretiva 2001/29, que a República Federal da Alemanha tinha introduzido no § 52 da UrhG (29).

47. Na audiência, D. Renckhoff defendeu a não aplicabilidade a este processo dos critérios do Acórdão GS Media. A inserção da fotografia na página Internet da escola não foi objeto do consentimento do autor, que foi privado do seu direito de controlar a utilização da sua obra. Além disso, o público internauta visitante do referido sítio seria diferente do da revista de viagens em linha.

48. D. Renckhoff rejeita, tal como o Governo francês, a aplicação do artigo 5.º, n.º 3, alínea a), da Diretiva 2001/29, uma vez que a utilização da fotografia não era obrigatória nem necessária e a sua inclusão na página Internet da escola excederia o âmbito estritamente escolar. O Governo francês acrescenta que a conduta é contrária ao n.º 5 do mesmo artigo, dado o carácter de exploração desproporcionada da obra.

49. Além disso, para o Governo francês, este processo diz respeito, acima de tudo, ao direito de reprodução, dada a cópia da imagem no servidor da escola (artigo 2.º da Diretiva 2001/29) e, apenas num segundo momento, à comunicação ao público. A aplicação dos postulados do Acórdão GS Media contrariaria o objetivo de assegurar um elevado grau de proteção dos direitos de autor.

IV. Análise da questão prejudicial

A. Observações preliminares e submissão do pedido de decisão prejudicial

50. Nos termos em que está formulada, a questão do tribunal de reenvio limita-se ao exame dos elementos constitutivos da comunicação ao público, tal como se encontra definida na jurisprudência do Tribunal de Justiça (30). Das considerações feitas pelo referido órgão jurisdicional poderia deduzir-se que, na realidade, tem apenas dúvidas quanto ao facto de a fotografia ter sido colocada à disposição de um público novo, na aceção da referida jurisprudência (31).

51. Concretamente, a questão colocada ao Tribunal de Justiça não diz respeito ao ato de copiar a fotografia no computador, ou no servidor, da escola e ao facto de ser eventualmente abrangido pelo artigo 2.º da Diretiva 2001/29. Delimitando deste modo a sua questão, entendo que o órgão jurisdicional assume, corretamente, uma visão unitária da conduta controvertida, em vez de a decompor em dois conceitos (a reprodução e a comunicação ao público) justapostos.

52. Contudo, dada a relevância do caso para a vida quotidiana de milhões de alunos na Europa, creio ser conveniente analisar outros fatores úteis para enquadrar a resposta prejudicial. Proponho-me, assim, seguir o seguinte esquema: a) em primeiro lugar, examinarei a referência da Comissão à qualificação da fotografia de Córdoba como obra protegida (32); b) em segundo lugar, analisarei os elementos da «comunicação ao público», em conformidade com os estabelecidos pelo Tribunal de Justiça, para determinar a sua eventual aplicação a este litígio; e c) analisarei, por último, a exceção revista pelo artigo 5.º, n.º 3, alínea a), da Diretiva 2001/29, para as situações de utilização de uma obra protegida com fins meramente educativos.

B. Quanto à proteção das «meras fotografias»

53. Segundo a Comissão, as partes do litígio nacional concordam quanto ao facto de a fotografia controvertida preencher os requisitos da jurisprudência Painer (33). Segundo este acórdão, um retrato fotográfico pode ser protegido pelo direito de autor, sempre que seja uma criação intelectual do autor que reflita a sua personalidade e que se manifeste pelas decisões livres e criativas do mesmo ao realizá-lo (34).

54. Contudo, parece-me duvidoso, que uma simples fotografia da cidade de Córdoba, com a ponte romana em primeiro plano, preencha os referidos requisitos do Acórdão Painer (isto sem prejuízo das suas qualidades). Naquele caso procurava determinar-se se, para publicar um retrato-robô elaborado a partir da fotografia de uma pessoa, realizada por E. Painer, as editoras de imprensa demandadas precisavam da autorização da autora, «por ser reduzida ou mesmo nula a proteção concedida a tal fotografia, devido às escassas possibilidades de criação que permitia» (35).

55. Do artigo 6.º da Diretiva 93/98 (36), o Tribunal de Justiça extraiu os critérios necessários para que a fotografia do processo Painer beneficiasse da proteção mais prolongada (setenta anos *post mortem auctoris*) da referida diretiva.

56. Mas o facto de «meras fotografias» não reunirem os requisitos de criatividade inferidos da Diretiva 93/98 não significa que estejam desprovidas da proteção inerente aos direitos de autor. Isto resulta do facto de o referido artigo 6.º admitir a proteção, pela legislação nacional, de «outras fotografias».

57. Ora, segundo o despacho de reenvio, o § 72, n.ºs 1 e 2, da UrhG protege as fotografias (Lichtbilder) aplicando-lhes as disposições que tutelam as «obras fotográficas» (Lichtbildwerke). Consequentemente, é irrelevante que a imagem de Córdoba obtida por D. Renckhoff reunisse ou não os atributos pedidos às obras fotográficas na aceção da Convenção de Berna e da Diretiva 93/98, uma vez que, em conformidade com o direito alemão, todas as fotografias beneficiam da tutela da UrhG (37).

58. Embora este facto pudesse ter tido importância para o resultado do litígio, caso este fosse apreciado nos tribunais de um Estado-Membro que não protegesse as meras fotografias, na Alemanha beneficiam dessa proteção. Portanto, não se deve desviar a atenção para a qualidade artística e criativa da fotografia de D. Renckhoff. Deste modo compreende-se melhor o silêncio do tribunal de reenvio a este respeito.

C. Quanto ao conceito de «comunicação ao público»

59. A jurisprudência do Tribunal de Justiça desenvolveu uma série de critérios interpretativos (38) relativos aos dois componentes deste conceito («ato de comunicação» e «público» destinatário). Analisá-los-ei de seguida, centrando-me nos que possam ser mais problemáticos no contexto dos factos do processo principal.

1. Ato de comunicação

60. Nenhuma das partes põe realmente em causa (nem no litígio nos tribunais nacionais, nem neste pedido de decisão prejudicial) o facto de, com a colocação do trabalho escolar, que inclui a fotografia de Córdova, no portal da Gesamtschule Waltrop, ter ocorrido a transmissão de uma obra protegida, independentemente da técnica utilizada (39), a um público que não estava presente no lugar de origem da comunicação.

61. Tal como afirma o tribunal de reenvio, cuja opinião partilho no que diz respeito a este ponto, «[n]a comunicação da fotografia a que se refere o presente processo na página Internet da escola não houve nenhum contacto físico direto entre uma pessoa que representasse ou executasse uma obra e um público destinatário desta comunicação. Por isso, [...] [a]quela comunicação está abrangida pelo âmbito de aplicação do artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 2001/29». As pessoas que integram esse público tinham, portanto, acesso à obra, sendo indiferente que tenham ou não utilizado essa possibilidade (40).

a) Papel do utilizador e elementos subjetivos

62. O primeiro critério jurisprudencial para determinar a existência de um ato de comunicação consiste no «papel incontornável desempenhado pelo utilizador e o carácter deliberado da sua intervenção» (41). Este critério (42) conjuga fatores subjetivos do comportamento da pessoa que efetua uma transmissão (de quem se exige que intervenha com pleno conhecimento das consequências dos seus atos), e circunstâncias objetivas, uma vez que o ato tem que dar acesso a uma obra protegida (de modo que, sem tal intervenção, os «clientes» não poderiam ou muito dificilmente poderiam desfrutar da obra difundida) (43).

63. O Tribunal de Justiça examinou, em algumas ocasiões, o «papel do utilizador» sob um ponto de vista meramente objetivo, isto é, assegurando-se apenas de que, sem a intervenção do referido utilizador, o público novo não teria tido acesso à possibilidade de desfrutar da obra difundida (44).

64. Contudo, o Acórdão GS Media fez referência a determinados elementos subjetivos que considerou adequados para determinar se, na apreciação individualizada do ato de comunicação, era preenchido o requisito do «papel incontornável desempenhado pelo utilizador e [d]o carácter deliberado da sua intervenção». Pelo que podem ser trazidos à colação nesta etapa da análise.

65. O tribunal *a quo* afirma, sob esta perspetiva, que a aluna e o professor atuaram com pleno conhecimento das consequências decorrentes do seu comportamento, uma vez que pretendiam dar acesso ao carregamento, incluindo a fotografia, aos utilizadores da página Internet da escola, que sem a sua intervenção não teriam tido (45).

66. Contudo, essa abordagem não aprofunda suficientemente o estudo da conduta supostamente violadora do direito de autor. Em particular, não tem em devida consideração: a) o carácter acessório da fotografia, como parte integrante de um trabalho escolar; b) a facilidade de acesso «universal» à imagem controvertida, que tinha sido carregada na rede com o consentimento do seu autor, de modo que qualquer internauta podia contemplá-la; e c) o contexto escolar em que ocorria a transmissão, sem «clientes» nem fins lucrativos. Importa analisar cada um destes três fatores.

1) Carácter acessório da obra no que diz respeito ao trabalho da aluna

67. Embora possa parecer óbvio, quando a aluna e o seu professor inserem na página Internet da escola alemã um trabalho para a disciplina de língua espanhola, a sua intenção não visa diretamente a publicação da fotografia enquanto tal, mas sim a publicação no seu conjunto, do qual faz parte a imagem controvertida de Córdova.

68. Com esse objetivo, pretendem mostrar o seu trabalho ao público interessado pelo ensino do espanhol no âmbito (necessariamente reduzido) da sua escola ou das famílias, dos colegas e dos amigos no seu conjunto. Não deteto, portanto, nenhum propósito de alargar a visibilidade da fotografia de Córdova além do que já decorria da sua inserção no portal da revista de viagens (cujos destinatários potenciais excedem, provavelmente, os visitantes de uma modesta página escolar).

2) *Consentimento do titular da obra*

69. A colocação da fotografia na página Internet da escola implica, certamente, uma publicação sem o consentimento do seu titular. Se não fossem analisados os elementos complementares desta conduta, poderia deduzir-se que se verifica o primeiro requisito da violação do direito de autor (46).

70. Diferentemente do que aconteceu no processo GS Media, aqui não é relevante saber se os autores da conduta controvertida (a aluna e o seu professor) tinham conhecimento da ilicitude da publicação da obra na Internet por um terceiro. Não é relevante, digo, porque a fotografia tirada por D. Renckhoff aparecia na rede licitamente, ou seja, com o seu consentimento. A questão adequada consiste em saber se lhes era exigível a consciência de que, para reproduzir a imagem na sua página escolar, precisavam inevitavelmente do consentimento do fotógrafo. Se assim fosse, poderia considerar-se que compreendiam as consequências do seu comportamento.

71. O Tribunal de Justiça declarou que, «especialmente para particulares», pode ser difícil verificar se os titulares dos direitos sobre as obras que se encontram na rede deram o consentimento para a sua publicação nos respetivos sítios (47).

72. Embora as circunstâncias deste litígio, como foi exposto, sejam diferentes das do processo GS Media (relativo a hiperligações que remetiam para obras protegidas, disponíveis livremente noutro sítio Internet sem a autorização do titular dos direitos de autor), creio que os fundamentos desse acórdão relativos ao componente subjetivo da conduta de pessoas sem fins lucrativos (48) são extrapoláveis, *mutatis mutandis*, para este reenvio prejudicial (49).

73. Desses fundamentos destacam-se, no que diz respeito a este caso, dois:

- O que afirma que uma pessoa que não prossegue fins lucrativos, mesmo quando coloca à disposição do público uma obra protegida, permitindo aos restantes internautas um acesso direto à mesma, «não atua, regra geral, com pleno conhecimento das consequências do seu comportamento para dar a clientes acesso a uma obra ilegalmente publicada na Internet».
- O que reforça a importância de que essa obra «já estava disponível sem restrições de acesso no sítio Internet a que a hiperligação permite aceder», isto é, numa situação em que «todos os internautas podiam, em princípio, ter acesso a esta mesmo sem essa intervenção» (50).

74. Caso se verifiquem os fatores a que se referem esses dois critérios, pode inferir-se, em circunstâncias como as dos autos, a ausência de um ato de comunicação ao público. Tal efeito não se verificará, contudo: a) quando os titulares do direito de autor alertem para o facto de a obra a que é dado acesso está «ilegalmente publicada na Internet» (51); ou b) quando, ao permitir o acesso a essa obra, tal seja feito de modo a possibilitar aos utilizadores do sítio

Internet em que esta se encontra «contornarem as medidas restritivas adotadas pelo sítio onde se encontra a obra protegida» (52). Este efeito também não se verificará quando o autor tenha notificado quem tenta publicar a sua fotografia na rede de que não o autoriza.

75. Aplicando estes critérios ao processo dos autos, verifica-se que:

— Não havia uma referência à autoria da fotografia na página específica da revista de viagens da qual constava a referida imagem (53). Portanto, poderia pensar-se legitimamente que se tratava da mera imagem da cidade de Córdova utilizada como publicidade turística sem a tutela de que beneficiam as obras protegidas.

— A fotografia era facilmente acessível (uma vez que não estava acompanhada de nenhum tipo de restrições ou de advertências) (54), na referida página Internet. Este dado contribuiria, conjuntamente com o anterior, para que a aluna e o seu professor pudessem presumir, mais uma vez, legitimamente, sem necessidade de pesquisas posteriores, que a fotografia se encontrava à livre disposição do público.

76. Não me parece que este raciocínio conduza, como defendia o *Land*, à ideia de um abandono do direito por parte do seu autor nem a sugerir que a obra se encontrava no domínio público.

77. Poderia, ainda assim, pensar-se, que o autor da fotografia tinha consentido implicitamente na sua utilização por terceiros (55)? Também não me parece que tenha que se chegar necessariamente a este resultado, quando na minha opinião, é possível, utilizando a técnica das presunções, associar outro (semelhante quanto à sua resolução) à conduta do fotógrafo que autoriza, nos termos expostos, a difusão da sua obra na Internet.

78. A partilha de responsabilidades entre o utilizador normal da Internet, sem um interesse profissional, e o titular do direito de autor não pode implicar, por sistema e de modo generalizado, que se exija ao primeiro mais diligência do que ao segundo (56), no que diz respeito à salvaguarda dos direitos de autor (57). Concretamente, não me parece lógico que se deva impor a um utilizador com as referidas características o ónus de verificar se as imagens que, sem restrições nem advertências, se encontram na Internet estão protegidas por um direito de autor, quando as pretenda utilizar para propósitos como os relacionados com a educação. Nestas circunstâncias, o referido utilizador pode presumir que o autor não vê inconvenientes na utilização limitada dessas imagens, para fins docentes.

79. Se assim não fosse, restringir-se-ia a utilização da informação que a rede permite em enormes quantidades. Esta restrição poderia implicar pôr em causa as liberdades de expressão e de informação, consagradas no artigo 11.º da Carta. Além disso, no caso dos autos, afetaria negativamente o direito à educação do artigo 14.º, n.º 1, da Carta.

3) *Ausência de fim lucrativo e inexistência de «clientes»*

80. O terceiro fator relativo à avaliação do comportamento da aluna e do seu professor consiste na sua atuação sem fim lucrativo (58). Embora o Bundesgerichtshof (Supremo Tribunal Federal da Alemanha) lhe atribua apenas valor hermenêutico (59), penso que tem mais relevância do que lhe é conferida.

81. O Tribunal de Justiça associou a existência do fim lucrativo à presunção de que se atua com pleno conhecimento do caráter protegido da obra e da falta de consentimento para a sua publicação na Internet (60). Embora não o afirme explicitamente, entende que, nas situações de atuação sem fim

lucrativo, terá de se demonstrar o conhecimento do carácter ilícito da colocação à disposição da obra na internet, para cujo efeito se deverão ter em consideração todas as circunstâncias e os elementos próprios de cada caso.

82. No processo principal, tal como acabo de expor, a ausência, na página Internet da revista de viagens, de qualquer advertência ou restrição à utilização da fotografia poderia ter criado a convicção na aluna que nada se opunha à sua inserção no sítio Internet da escola. Tal presunção não seria equiparável ao esgotamento do direito, proibido pelo artigo 3.º, n.º 3, da Diretiva 2001/29, uma vez que poderia ser rebatida sem dificuldade. Permitiria, além disso, equilibrar o direito de autor com o «bom funcionamento, bem como [...] a troca de informações nessa rede»(61).

83. A ausência de indicações não reforça, antes pelo contrário, a hipótese de que a aluna e o professor tinham pleno conhecimento da natureza protegida da obra e da necessidade de pedir uma autorização do titular dos direitos de autor.

84. Além disso, a jurisprudência do Tribunal de Justiça sobre esta matéria desenvolveu-se num âmbito comercial, como demonstra a frequente referência aos «clientes». Pressupõe-se que uma determinada empresa (ou um profissional) oferece aos seus clientes a possibilidade de acesso a determinados conteúdos digitais protegidos, prescindindo do consentimento do seu titular. No contexto escolar, pelo contrário (62), não se podem considerar «clientes», na sua aceção comercial, aqueles que obtêm acesso à fotografia graças ao trabalho colocado na página Internet da escola.

85. Em última análise, a soma destes três fatores (o carácter acessório da imagem relativamente ao carregamento escolar; o livre acesso da fotografia, desprovida de qualquer referência às restrições à sua utilização; e a ausência de fim lucrativo no comportamento da aluna e do pessoal docente) levam-me a pensar que, neste processo, não se verificou uma comunicação ao público, na aceção da jurisprudência do Tribunal de Justiça.

b) Técnica utilizada

86. No despacho de reenvio analisa-se, seguidamente, a questão de saber se o meio técnico utilizado pela aluna e seu professor para carregar a fotografia na página Internet da escola era distinto do utilizado para reproduzir a fotografia no portal da revista de viagens, à qual o autor tinha concedido a licença de utilização.

87. Como é sabido, a transmissão de uma obra por meios técnicos diferentes da emissão original dá por adquirido que se destina a um público diferente, enquanto a utilização da mesma técnica implica que se deve continuar a determinar se se pode realmente falar de um público novo. (63)

88. O órgão jurisdicional de reenvio, o *Land* e o Governo italiano defendem que a técnica que a aluna utilizou era a mesma que tinha sido utilizada pela revista de viagens na sua página Internet. A Comissão, que não nega essa identidade, rejeitava nas suas observações escritas a aplicabilidade, ao caso dos autos, da jurisprudência relativa às hiperligações, posição que matizou na audiência.

89. Na minha opinião, tudo aponta para que a reprodução prévia da imagem, por qualquer meio (pode ter sido a cópia numa pen de memória ou no computador), e o seu posterior carregamento num portal da rede correspondem à mesma técnica adotada pela revista de viagens para carregar a sua fotografia na sua página Internet.

90. O facto de essa técnica ser aplicada, neste caso, de um modo diferente do utilizado com as hiperligações (relativamente às quais o ato é praticado apenas na rede), não implica a alteração dos critérios de exame da condição relativa ao «ato de comunicação». Portanto, terá que se determinar se o público ao qual se destina a obra colocada na página Internet da escola constituía um público novo (64).

2. *Público destinatário*

a) *De minimis?*

91. O exame do «público» ao qual se destina a comunicação começa, necessariamente, pelo aspeto quantitativo: terá que se determinar, antes de mais, se visa «um número indeterminado de destinatários potenciais e implica, por outro lado, um número de pessoas bastante importante»; só depois se determina se se trata de um público «novo» (65). A lógica de tal jurisprudência assenta no facto de que não se pode qualificar juridicamente de «público», na aceção do artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 2001/29, um grupo reduzido de pessoas que recebe a transmissão de uma obra.

92. Para determinar se se atinge o limiar *de minimis* (66) tem de se ter em consideração o efeito cumulativo decorrente da colocação à disposição das obras, avaliando quantas pessoas terão acesso a estas não apenas de modo simultâneo, mas, também, de modo sucessivo (67).

93. O Tribunal de Justiça declarou que a comunicação numa página de Internet, sem restrições de acesso, destina-se ao conjunto de utilizadores potenciais (internautas) dessa página (68). É assim central, o elemento objetivo, designadamente, o meio de transmissão, mais do que a vontade subjetiva de quem o utiliza.

94. Não consta que a colocação do trabalho da aluna na página Internet da escola tenha sido realizada com restrições de acesso (por exemplo, limitando-o ao pessoal docente, aos pais dos alunos ou a estes últimos). Consequentemente, se qualquer internauta podia consultar a página e aceder à obra protegida (a fotografia), a transmissão podia chegar a um conjunto de pessoas potencialmente numeroso, isto é, a um «público» na aceção do artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 2001/29.

b) *Quanto à «novidade» do público*

95. Este critério implica que se possa apenas considerar «novo» o público ao qual se permite o acesso quando seja diferente do considerado na transmissão inicial, ou seja, quando se possa qualificar de «mais vasto» (69) do que lhe estava destinado originalmente.

96. Na medida em que, neste processo, tanto a publicação da fotografia pela revista de viagens em linha, como o seu carregamento na página Internet no âmbito do trabalho escolar, foram colocados à disposição de qualquer utilizador da Internet, sem restrições, esse público, ao qual ambas as páginas Internet permitiam um potencial acesso, era o mesmo em ambos os casos (a comunidade de internautas).

97. Contudo, o tribunal de reenvio tem dúvidas relativamente a esta dedução por entender que: a) quando o utilizador insere e mantém a obra na sua própria página Internet, desempenha um papel incontornável na comunicação; b) o titular dos direitos de autor que dá o seu consentimento para que a sua obra conste de uma página Internet livremente acessível pensa apenas no público que visita a referida página Internet, diretamente ou por meio de uma hiperligação; e c) aceitar a hipótese contrária provocaria o esgotamento do direito de autor, expressamente proibido pelo artigo 3.º, n.º 3, da Diretiva 2001/29.

98. Não me parece que essas reservas permitam defender a qualificação de público «novo» neste processo (70). O Tribunal de Justiça utilizou a este respeito critérios, que aplica invariavelmente, tanto para as transmissões de obras através de sinais de rádio e televisão (71), como para as transmissões através de hiperligações na rede (72), ou seja, independentemente do meio técnico. Tal público existirá quando, por um lado, sem a intervenção do

utilizador não poderia desfrutar da obra e, por outro lado, não se teria tido em conta ao ser concedida a autorização para a colocação à disposição de origem (73).

99. No que diz respeito à intervenção da aluna e do seu professor, é difícil pensar que aqueles que tinham acesso ao portal de Internet da escola não o podiam fazer do mesmo modo (e sem grandes dificuldades) dirigindo-se à página Internet da revista de viagens, na qual foi originalmente publicada a fotografia de Córdova. O público internauta geral é, portanto, o mesmo quando visita a página Internet da revista de viagens e quando se interessa pelo portal da escola.

100. Encontrando-se a imagem fácil e licitamente (ou seja, com o consentimento do titular do direito de autor) ao alcance de todos os internautas, não se compreende como poderia a intervenção da aluna e do seu professor ser decisiva para permitir o acesso a um número maior de pessoas.

101. A lógica da Internet consiste em que, quando o acesso às imagens carregadas na rede com o consentimento do seu autor é livre e gratuito, sem indicações nem advertências em sentido contrário, é impossível segmentar o número ou as categorias dos potenciais visitantes, ou prever que apenas uns, e não outros, desfrutarão da sua contemplação.

102. Até aqui, limitando-nos ao âmbito da Internet, que é o relevante neste processo, a novidade do público foi relacionada com a circunstância de ter sido possibilitado, a um determinado conjunto de utilizadores, o acesso a uma obra protegida, permitindo-lhes contornar as medidas de restrição adotadas na página original. Nessa situação, tratar-se-ia certamente de «um público novo, que não foi tido em conta pelos titulares do direito de autor quando autorizaram a comunicação inicial» (74).

103. Ora, neste processo, não foi infringida nenhuma medida (inexistente) de proteção nem se possibilitou o acesso a uma obra que se encontrasse na Internet sem a autorização do titular. A ausência desses dois elementos objetivos, associada à continuidade substancial no número de potenciais visitantes das duas páginas Internet que continham a imagem fotográfica, permitiram afirmar que não existiu uma comunicação a um público novo, na aceção já exposta.

104. Este resultado, tal como já afirmei, não implica admitir um esgotamento do direito de autor, contrário ao disposto no artigo 3.º, n.º 3, da Diretiva 2001/29. Representa, sim, a consequência lógica do modo como o titular do direito sobre a fotografia cedeu a sua utilização, sabendo ou devendo ter sabido que a ausência de qualquer medida de proteção contra a cópia da imagem podia induzir os utilizadores da Internet a acreditarem que se encontrava à livre disposição do público.

105. Neste contexto, não creio que fosse excessivo exigir que um profissional, quando publique uma obra na Internet, por si próprio ou através de terceiros, tome as medidas adequadas, também de natureza técnica, para, pelo menos, fazer constar o seu direito de autor e a vontade de controlar a difusão da sua obra, evitando a formação da convicção contrária.

106. Entendo, também, que exigir essa diligência não reduz o elevado nível de proteção conferida aos titulares dos direitos sobre as imagens (que ficam incólumes se forem acrescentadas as advertências necessárias) e contribui para a manutenção do equilíbrio entre os referidos direitos e os legítimos interesses dos utilizadores da rede, sem desvirtuar a lógica própria da Internet.

107. Por último, o titular do direito não perde o controlo da cópia da fotografia utilizada na página Internet da escola, cuja remoção pode pedir, caso entenda que lhe causa prejuízo.

108. Em suma, por todas estes motivos, considero que a resposta à questão do Bundesgerichtshof (Supremo Tribunal Federal, Alemanha) deve ser negativa.

D. Quanto à exceção relativa à utilização para fins educativos

109. Estritamente falando, a resposta que proponho não implica utilizar as possíveis exceções aos direitos de autor, previstas no artigo 5.º, n.º 3, da Diretiva 2001/29, nem o órgão jurisdicional de reenvio coloca uma questão a esse respeito.

110. É possível que o silêncio do referido tribunal se deva à sua convicção de que a norma pela qual o legislador alemão introduziu, no seu direito interno, as referidas exceções não permite abranger uma como esta (75).

111. Ora, quer para completar a minha exposição, quer para o caso de o Tribunal de Justiça não seguir a minha proposta, importa analisar a aplicação do artigo 5.º, n.º 3, da Diretiva 2001/29 a este litígio, uma vez que, no acórdão que vier a proferir, pode fornecer ao órgão de reenvio esclarecimentos adicionais que lhe sejam úteis, além dos estritamente relativos à sua questão, relativos à interpretação de uma disposição do direito da União (76).

112. Nos termos do artigo 5.º, n.º 3, da Diretiva 2001/29, os Estados-Membros podem estabelecer exceções aos direitos de reprodução, de comunicação e de colocação à disposição do público. Entre elas consta que a utilização das obras protegidas tenha unicamente por objeto «a ilustração para efeitos de ensino» (77). O Governo italiano chama a atenção para a necessidade de ter em conta, a título subsidiário, essa exceção e a Comissão afirma que a Alemanha tê-la-ia introduzido no § 52 da UrhG.

113. Salvo erro da minha parte, é a primeira vez que o Tribunal de Justiça tem de se pronunciar sobre a exceção da alínea a). Embora a sua jurisprudência exija que se interprete de modo estrito o alcance das exceções e limitações, na medida em que pudessem afetar o direito de propriedade sobre as criações intelectuais (78), não se pode esquecer que também o direito à educação está consagrado no artigo 14.º, n.º 1, da Carta (79). Consequentemente, a interpretação deverá respeitar o equilíbrio razoável entre ambos os direitos.

1. Fins educativos

114. A exceção aos direitos de autor, quando a utilização das obras protegidas tenha unicamente fins educativos, não pode ser reduzida à sua expressão mínima, o que aconteceria se se limitasse a permitir que os professores acompanhem com ilustrações o conteúdo das suas disciplinas ou lições.

115. Uma interpretação que valorize mais o direito à educação, na aceção do artigo 14.º, n.º 1, da Carta, pode reforçar o papel ativo, e não meramente passivo, dos alunos, permitindo-lhes utilizar, também eles e com a mesma finalidade docente (discente, no seu caso), imagens protegidas por direitos de autor. Deste modo contribui-se para que a educação desempenha a sua principal função, o pleno desenvolvimento da personalidade humana (80).

116. A exceção não é concedida apenas para a reprodução de materiais protegidos e para a sua colocação à disposição na Internet para efeitos de investigação científica. A disposição coloca ao mesmo nível este objetivo e o de fomentar a educação, pelo que os seus beneficiários serão tanto os alunos como os professores do ensino não universitário, quando se verificarem as restantes condições de aplicação.

117. De facto, na audiência, houve uma certa coincidência quanto ao facto de que não teria havido comunicação ao público (na aceção do artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 2001/29) se o trabalho da aluna tivesse sido carregado numa página Internet da escola cujo acesso fosse restringido à população escolar. Sem prejuízo de considerar esta interpretação excessivamente reducionista (81), penso que reflete a ligação entre a finalidade docente e a inclusão da fotografia na página Internet da escola.

2. *Indicação da fonte e do nome do autor*

118. O artigo 5.º, n.º 3, da Diretiva 2001/29 condiciona a exceção com fins educativos ao facto de que «seja indicada, exceto quando tal se revele impossível, a fonte, incluindo o nome do autor».

119. Ora, o trabalho carregado portal da escola acrescentava à inserção da fotografia o nome da revista (Schwarzaufweiss), da qual constava. A aluna e o professor atuaram de modo cuidadoso, sem que lhes possa ser apontado o facto de não terem mencionado o nome do fotógrafo, que não constava da legenda da imagem.

3. *Finalidade não comercial*

120. O artigo 5.º, n.º 3, da Diretiva 2001/29 exige também que a utilização, com propósitos educativos, da obra protegida esteja «justificada pelo objetivo não comercial que se pretende atingir».

121. Não há dúvida, tal como já assinaléi, que a colocação do trabalho da disciplina de espanhol no portal Internet da escola do colégio não tinha nenhuma finalidade comercial. No que diz respeito à justificação, a utilização de imagens extraídas da Internet, quando estão em causa trabalhos digitais, é atualmente imprescindível para determinadas atividades docentes.

4. *O teste do artigo 5.º, n.º 5, da Diretiva 2001/29*

122. Caso a utilização da fotografia pudesse ser abrangida pela exceção do artigo 5.º, n.º 3, alínea a), da Diretiva 2001/29, teria ainda de superar o teste do n.º 5 dessa mesma disposição, o que implica a análise das suas condições de aplicação (82). Seguirei para este efeito o mesmo método que segui nas minhas conclusões do processo Stichting Brein (83).

123. Em primeiro lugar, estando em causa uma utilização no âmbito do ensino sem fim lucrativo, parece-me claro que não entra em conflito com a exploração normal da obra (segundo passo do teste). Com a sua inserção no sítio Internet da escola, nem a aluna nem o professor (e nem a escola ou o *Land*) prejudicam os eventuais benefícios económicos decorrentes da presença da fotografia na rede, nem obtêm um benefício comercial, em prejuízo do autor.

124. Outro interesse legítimo (terceiro passo do teste) poderia consistir na preservação do nome do autor, para efeitos da tutela dos seus direitos morais. Mas os direitos morais não são abrangidos no âmbito da Diretiva 2001/29, tal como afirma o seu considerando 19.

125. O ponto mais delicado diria respeito ao primeiro passo do teste, o que exige que as exceções sejam apenas aplicáveis a determinados casos concretos.

126. Embora o presente processo seja único, a solução que lhe for dada poderia ter consequências relevantes para uma multiplicidade de estudantes e de professores (e também para os fotógrafos) em contextos análogos. De facto, não é arriscado assumir que condutas como a aqui descrita se repetem diariamente nos Estados-Membros.

127. Ora, se em todos esses casos se verificam as circunstâncias ora analisadas, uma exegese equilibrada deste último passo do teste, que pondere simultaneamente outros interesses legítimos (neste processo, os decorrentes do direito à educação), permitiria deduzir que não importa tanto a quantidade de atos idênticos ou semelhantes, mas sim o facto de os seus contornos estarem suficientemente determinados para não colidirem com a exploração normal das obras e não prejudicarem de modo injustificado os interesses legítimos do titular dos direitos sobre esta. Tratar-se-ia, portanto, com essa reserva, do mesmo caso concreto (84).

128. Em suma, seria aplicável, no último caso, a exceção do artigo 5.º, n.º 3, alínea a), da Diretiva 2001/29.

V. Conclusão

129. Atendendo às considerações precedentes, proponho ao Tribunal de Justiça que responda à questão prejudicial submetida pelo Bundesgerichtshof (Supremo Tribunal Federal, Alemanha) nos seguintes termos:

«Não constitui uma colocação à disposição do público, na aceção do artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 2001/29 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, a inserção na página Internet de uma escola, sem fim lucrativo e com referência da fonte de origem, de um trabalho letivo que inclui uma imagem fotográfica à qual qualquer internauta teria acesso livre e gratuito, quando essa imagem já constava, sem advertências relativas às suas restrições de utilização, do portal de Internet de uma revista de viagens.»

¹ Línguaoriginal: espanhol.

² Denominá-lo-ei, a seguir, indistintamente, *Land* ou «Estado da Renânia do Norte-Palatinado».

³ Acórdão de 11 de setembro de 2014, Eugen Ulmer (C-117/13, EU:C:2014:2196, n.º 42). V. explicações relativas à origem da expressão «colocação à disposição» no direito internacional de autor, que passou para a Diretiva 2001/29, em Walter, M.M., «Article 3 — Right of communication to the public», em Walter, M.M./Von Lewinski, S., *European Copyright Law — A Commentary*, Oxford, 2010, p. 978.

⁴ Quem apresentou observações neste pedido de decisão prejudicial também o entende deste modo, uma vez que fundamentam as suas respetivas alegações na jurisprudência relativa ao ato de comunicação.

⁵ Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de maio de 2001, relativa à harmonização de certos aspetos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação (JO 2001, L 167, p. 10).

-
- [6](#) A frase «não há nada pior do que a imagem nítida de um conceito difuso», atribuída ao fotógrafo dos E.U.A., Ansel Adams, talvez ajude a compreender esta sequência de processos.
-
- [7](#) De 16 de março de 2000 (JO 2000, L 89, p. 6).
-
- [8](#) Convenção de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas (Ato de Paris de 24 de julho de 1971), na sua versão alterada em 28 de setembro de 1979 (a seguir «Convenção de Berna»).
-
- [9](#) Diretiva do Conselho, de 29 de outubro de 1993, relativa à harmonização do prazo de proteção dos direitos de autor e de certos direitos conexos (JO 1993, L 290, p. 9, a seguir Diretiva 93/98).
-
- [10](#) Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2006 (JO 2006, L 372, p. 12).
-
- [11](#) Lei de 9 de setembro de 1965 (BGBl. I p. 1273), alterada por último em 1 de setembro de 2017 (BGBl. I p. 3346). A seguir «UrhG».
-
- [12](#) O Estado da Renânia do Norte-Vestefália realiza a supervisão escolar sobre a corporação municipal da qual depende a escola, sendo o empregador do respetivo pessoal docente.
-
- [13](#) Na audiência, o representante de D. Renckhoff afirmou que no «impressum» da revista de viagens em linha se encontrava uma advertência relativa à proteção do copyright dos seus conteúdos. Contudo, da matéria de facto do despacho de reenvio não conta nada a este respeito. Competirá ao tribunal *a quo*, sendo o caso, apreciar esses elementos de facto.
-
- [14](#) Referindo-se ao Acórdão de 24 de novembro de 2011, Circul Globus București (C-283/10, EU:C:2011:772, n.ºs 35 e 36), e jurisprudência aí referida.
-
- [15](#) Faz referência, entre outros, ao Acórdão de 13 de fevereiro de 2014, Svensson e o. (C-466/12, EU:C:2014:76, n.º 19), e jurisprudência aí referida.
-
- [16](#) Remete, entre outros, para o Acórdão de 8 de setembro de 2016, GS Media (C-160/15, a seguir, indistintamente, «Acórdão GS Media» o «processo GS Media», EU:C:2016:644, n.º 37), e jurisprudência aí referida. O órgão jurisdicional entende que, em todo o caso, a comunicação foi feita por um processo técnico idêntico, pelo que se deve determinar se a comunicação foi efetuada ou não a esse público novo, uma vez que este aspeto é subsidiário do primeiro.

[17](#) Refere o Acórdão GS Media, n.ºs 31 e 45.

[18](#) Em sua opinião, «[e]mbora o carácter lucrativo da divulgação de uma obra protegida não seja irrelevante para a classificação dessa difusão como “comunicação ao público” — designadamente para determinar o montante de uma possível remuneração por esta difusão (v. Acórdão de 4 de outubro de 2011, Football Association Premier League e o., C-403/08 e C-429/08, EU:C:2011:631, n.ºs 204 a 206), o mesmo não é seguramente determinante para este efeito (v. Acórdão [...] de 31 de maio de 2016, Reha Training, C-117/15, EU:C:2016:379, n.º 49, mas também o [Acórdão GS Media], n.º 55)».

[19](#) Ao contrário do exigido no Acórdão GS Media, n.º 35 e jurisprudência aí referida.

[20](#) Ao contrário do tribunal de reenvio, o *Land* considera ser aplicável ao caso dos autos a jurisprudência do Tribunal de Justiça relativa às hiperligações e ao «framing», referindo os Acórdãos GS Media, n.º 52; e o de 13 de fevereiro de 2014, Svensson e o. (C-466/12, EU:C:2014:76, n.º 18); bem como o Despacho de 21 de outubro de 2014, BestWater International (C-348/13, EU:C:2014:2315, n.º 15).

[21](#) Refere, designadamente, os Acórdãos de 26 de abril de 2017, Stichting Brein (C-527/15, EU:C:2017:300, n.º 31), e a jurisprudência aí referida; e de 14 de junho de 2017, Stichting Brein (C-610/15, a seguir «Acórdão Stichting Brein II», EU:C:2017:456, n.ºs 31 e 44).

[22](#) Referindo-se ao Acórdão de 31 de maio de 2016, Reha Training (C-117/15, EU:C:2016:379, n.º 38).

[23](#) Invoca o Acórdão de 4 de outubro de 2011, Football Association Premier League e o. (C-403/08 e C-429/08, EU:C:2011:631, n.º 193).

[24](#) Acórdão de 7 de março de 2013, ITV Broadcasting e o. (C-607/11, EU:C:2013:147, n.º 26).

[25](#) Despacho de 21 de outubro de 2014, BestWater International (C-348/13, EU:C:2014:2315, n.º 15).

[26](#) Acórdão de 13 de fevereiro de 2014, Svensson e o. (C-466/12, EU:C:2014:76, n.º 19).

- [27](#) Acórdão de 31 de maio de 2016, Reha Training (C-117/15, EU:C:2016:379, n.ºs 41 a 44).
-
- [28](#) Designadamente, os Acórdãos de 13 de fevereiro de 2014, Svensson e o. (C-466/12, EU:C:2014:76, n.º 26); e GS Media, n.ºs 41 e 47 a 51.
-
- [29](#) Faz referência ao Acórdão de 11 de setembro de 2014, Eugen Ulmer (C-117/13, EU:C:2014:2196, n.º 55).
-
- [30](#) V. os principais marcos dessa jurisprudência no Acórdão Stichting Brein II, n.ºs 19 a 34.
-
- [31](#) *Ibidem*, n.º 28. O tribunal de reenvio parte, no n.º 38 do despacho de reenvio, da ideia de que a fotografia publicada na Internet no âmbito do trabalho da aluna é colocada à disposição de um público novo.
-
- [32](#) N.º 4 das suas observações.
-
- [33](#) Acórdão de 1 de dezembro de 2011 (C-145/10, EU:C:2011:798).
-
- [34](#) *Ibidem*, n.º 99.
-
- [35](#) *Ibidem*, n.º 85.
-
- [36](#) Nos termos do referido artigo, «[a]s fotografias originais, na aceção de que são a criação intelectual do próprio autor, são protegidas nos termos do artigo n.º 1. Não se aplica qualquer outro critério para determinar se podem beneficiar de proteção. Os Estados-Membros podem prever a proteção de outras fotografias».
-
- [37](#) A diferença, para efeitos práticos, reside, tal como foi clarificado na audiência, no período de proteção: para as obras fotográficas é de setenta anos *post mortem auctoris* (§ 64 da UrhG), enquanto para as meras fotografias o prazo é reduzido para cinquenta anos desde a sua primeira publicação (§ 72, n.º 3, da UrhG).
-

[38](#) V. a sua exposição no Acórdão Stichting Brein II n.º 19 a 29.

[39](#) Acórdão de 29 de novembro de 2017, VCAST (C-265/16, EU:C:2017:913 n.º 42), e jurisprudência aí referida.

[40](#) Condições de aplicação do artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 2001/29, segundo o Acórdão de 26 de abril de 2017, Stichting Brein (C-527/15, EU:C:2017:300, n.ºs 35 e 36).

[41](#) Acórdão GS Media, n.º 35.

[42](#) A sua origem pode ser encontrada no Guia sobre a Convenção de Berna para determinar em que contexto era relevante a intervenção do transmissor de uma obra a um público com o qual o autor não tinha contado inicialmente.

[43](#) Acórdão Stichting Brein II, n.º 26.

[44](#) Acórdão de 31 de maio de 2016, Reha Training (C-117/15, EU:C:2016:379, n.ºs 45 e 46), na qual se efetuou a análise separada dos elementos subjetivos, que parecem estar associados de modo indissolúvel aos objetivos.

[45](#) V. n.º 24 do despacho de reenvio.

[46](#) Acórdão de 16 de novembro de 2016, Soulier e Doke (C-301/15, EU:C:2016:878, n.º 34).

[47](#) Acórdão GS Media, n.º 46.

[48](#) Embora me refira infra à relevância da prossecução de fins lucrativos, importa destacar este elemento desde já.

[49](#) A posição contrária à extrapolação defende que a jurisprudência GS Media diz apenas respeito às hiperligações que redirecionam para um sítio Internet onde já se encontra a obra, enquanto aqui a imagem é carregada numa página própria, tornando-a diretamente acessível a terceiros. Entendo, contudo, que essa

diferença não é relevante para apreciar os componentes subjetivos e as restantes circunstâncias do comportamento às quais faz referência o Acórdão GS Media. Tal foi reconhecido pela Comissão na audiência.

[50](#) Acórdão GS Media, n.º 48.

[51](#) *Ibidem*, n.º 49.

[52](#) *Ibidem*, n.º 50.

[53](#) Remeto para a nota 13, destas conclusões.

[54](#) O seu titular poderia ter adotado medidas para impedir a cópia da fotografia, recorrendo a um dos métodos técnicos de segurança existentes.

[55](#) O Acórdão de 16 de novembro de 2016, Soulier e Doke (C-301/15; EU:C:2016:878, n.º 35), admite a possibilidade de um consentimento implícito. Contudo, parte do pressuposto de que o utilizador que pretende utilizar uma obra conhece ou pode conhecer a identidade do autor e, portanto, determina a sua obrigação de o informar de modo efetivo e prévio, o que não se verifica neste caso. V. n.ºs 38 e 39 do referido Acórdão.

[56](#) Favorecer-se-ia excessivamente uma atitude passiva do titular do direito de autor, que poderia ignorá-lo confiando numa proteção desproporcionada. Essa atitude contribuiria, além disso, para um eventual aumento dos conflitos com os utilizadores que confiam (e querem acreditar) na transparência e no livre acesso da informação existente na rede. Assim, é exigível, ao titular do direito uma certa diligência na sua proteção.

[57](#) V. uma vigorosa defesa deste reequilíbrio em Elkin-Koren, N., «Copyright in a Digital Ecosystem», Okediji, R.L. (ed.), Copyright Law in an Age of Limitations and Exceptions, Cambridge University press, Nueva York, 2017, pp. 132 e segs., especialmente p. 159.

[58](#) Em acórdãos recentes do Tribunal de Justiça foi tido em conta este elemento subjetivo; v. os de 26 de abril de 2017, Stichting Brein (C-527/15, EU:C:2017:300, n.º 49); e Stichting Brein II, n.º 46.

[59](#) N.º 39 do despacho de reenvio.

[60](#) Acórdão GS Media, n.º 51: «quando a disponibilização de hiperligações é efetuada com um fim lucrativo, pode esperar-se do autor dessa disponibilização que realize as verificações necessárias para se assegurar de que a obra em causa não está ilegalmente publicada no sítio para o qual conduzem as referidas hiperligações, pelo que se pode presumir que a disponibilização aconteceu com pleno conhecimento da natureza protegida da referida obra e da eventual inexistência de autorização de publicação na Internet pelo titular do direito de autor».

[61](#) *Ibidem*, n.º 45.

[62](#) A avaliação deste critério poderia ser diferente se a escola exigisse o pagamento de um determinado montante para visitar a página Internet na qual se dá acesso ao trabalho que inclui a fotografia.

[63](#) Acórdão de 29 de novembro de 2017, VCAST (C-265/16, EU:C:2017:913, n.º 48), e jurisprudência aí referida.

[64](#) *Ibidem*, n.º 50, *a contrario sensu*.

[65](#) Acórdãos de 31 de maio de 2016, Reha Training (C-117/15, EU:C:2016:379, n.º 41); de 29 de novembro de 2017, VCAST (C-265/16, EU:C:2017:913, n.º 45); e Stichting Brein II, n.º 41.

[66](#) Tal como é qualificado pelo Acórdão de 15 de março de 2012, SCF (C-135/10, EU:C:2012:140, n.º 86).

[67](#) *Ibidem*, n.º 87.

[68](#) Acórdãos de 29 de novembro de 2017, VCAST (C-265/16, EU:C:2017:913, n.ºs 46 e 47); e de 13 de fevereiro de 2014, Svensson e o. (C-466/12, EU:C:2014:76, n.º 22).

[69](#) Adjetivo utilizada no Guia sobre a Convenção de Berna,

[70](#) Talvez neste contexto seja preferível utilizar o conceito de «público suplementar».

[71](#) Acórdão de 4 de outubro de 2011, Football Association Premier League e o. (C-403/08 e C-429/08, EU:C:2011:631, n.ºs 197 e 198).

[72](#) Acórdão Stichting Brein II, n.ºs 44 e 45.

[73](#) Acórdão de 31 de maio de 2016, Reha Training (C-117/15, EU:C:2016:379, n.º 60).

[74](#) Acórdão de 13 de fevereiro de 2014, Svensson e o. (C-466/12, EU:C:2014:76, n.º 31).

[75](#) O § 52a da UrhG distingue entre as obras de pequeno formato («Werke geringen Umfangs») do n.º 1, cuja comunicação se limita ao círculo dos alunos participantes em cada aula, e as obras («Werke») do n.º 2, que têm de ter o consentimento do autor em qualquer caso. Este parágrafo foi revogado pelo § 1, n.º 7, da Lei de Adaptação dos Direitos de Autor às exigências atuais da sociedade do conhecimento, de 1 de setembro de 2017 («Gesetz zur Angleichung des Urheberrechts an die aktuellen Erfordernisse der Wissensgesellschaft»; última alteração da UrhG que entrou em vigor em 1 de março de 2018). Foi substituído pelo novo § 60a, sobre os usos legalmente autorizados para a educação, ciência e instituições, cujo n.º 1, afastou o formato das obras como critério para determinar o âmbito do uso autorizado, trocando-o pelo da percentagem máxima da obra (15%) que se pode copiar, colocar à disposição ou comunicar ao público. Esta alteração não afeta o caso em apreço, *ratione temporis*.

[76](#) Esses esclarecimentos podem contribuir, em devido tempo, para a interpretação das normas nacionais à luz das normas de direito da União que transpõem.

[77](#) Artigo 5.º, n.º 3, alínea a), da Diretiva 2001/29.

[78](#) Acórdão de 10 de abril de 2014, ACI Adam e o. (C-435/12, EU:C:2014:254, n.º 22) e jurisprudência aí referida.

[79](#) Em suma, é subjacente a estes casos a função social da propriedade privada reconhecida na jurisprudência, que permite restringir este direito, sempre que as restrições digam respeito a objetivos de interesse geral prosseguidos pela União e não constituam uma intervenção desproporcionada e intolerável que afete a própria essência do direito garantido. V. Acórdãos de 15 de janeiro de 2013, Križan e o. (C-416/10, EU:C:2013:8, n.º 113); e de 12 de maio 2005, Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia e ERSA (C-347/03, EU:C:2005:285, n.º 119), e jurisprudência aí referida.

[80](#) Tal é reconhecido no artigo 26.º, n.º 2, da Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH) de 1948 e no artigo 13.º, n.º 1, do Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais (PIDESC), adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas pela decisão 2200 A (XXI), de 16 de dezembro

de 1966, em vigor desde 3 de janeiro de 1976, em conformidade com o seu artigo 27.º

[81](#) Considerando as características de uma página Internet escolar, não creio que haja grande diferença entre mostrar a fotografia na intranet, na extranet ou no portal da Internet da escola: o público que utilizará a referida página será, muito provavelmente, idêntico nas três situações, isto é, os alunos e os seus familiares ou amigos, além do corpo docente.

[82](#) Contudo, considero correta a sugestão de evitar uma aplicação mecânica do referido teste, baseada no caráter cumulativo dos três critérios, preferindo proceder à ponderação da importância de cada um desses elementos. Hilty, R.M./Geiger, Ch./Griffiths, J., «Declaration: A balanced interpretation of the “three-step test” in copyright law», *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 6/2008, pp. 707 a 713, especialmente, p. 709.

[83](#) Processo C-527/15, EU:C:2016:938, n.ºs 73 a 81.

[84](#) V. um procedimento semelhante no Acórdão de 11 de setembro de 2014, Eugen Ulmer (C-117/13, EU:C:2014:2196, n.º 34).