



Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
MELCHIOR WATHELET
apresentadas em 7 de abril de 2016¹

Processo C-160/15

GS Media BV
contra
Sanoma Media Netherlands BV,
Playboy Enterprises International Inc.,
Britt Geertruida Dekker

[pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Hoge Raad der Nederlanden (Supremo Tribunal dos Países Baixos)]

«Reenvio prejudicial — Direito de autor e direitos conexos — Diretiva 2001/29/CE — Sociedade da informação — Artigo 3.º, n.º 1 — Comunicação ao público — Sítio Web — Colocação à disposição do público de hiperligações para obras livremente acessíveis noutro sítio Web — Falta de autorização do titular»

I – Introdução

1. O presente pedido de decisão prejudicial, de 3 de abril de 2015, apresentado na secretaria do Tribunal de Justiça, em 7 de abril de 2015, pelo Hoge Raad der Nederlanden (Supremo Tribunal dos Países Baixos) diz respeito à interpretação do artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de maio de 2001, relativa à harmonização de certos aspetos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação².

2. Este pedido foi apresentado no âmbito de um litígio que opõe a GS Media BV (a seguir «GS Media») à Sanoma Media Netherlands BV (a seguir «Sanoma»), à Playboy Enterprises International Inc. (a seguir «Playboy») e a B. G. Dekker (a seguir, conjuntamente, «Sanoma e o.»), a propósito, nomeadamente, da publicação no sítio *Web* GeenStijl.nl (a seguir «GeenStijl»), explorado pela GS Media, de hiperligações (ou «links») para outros sítios que permitem visualizar fotografias pirateadas de B. G. Dekker, realizadas pela revista *Playboy*.

1 — Língua original: francês.

2 — JO L 167, p. 10.

II – Quadro jurídico

3. Os segundo a quinto, nono, vigésimo terceiro e trigésimo primeiro considerandos da Diretiva 2001/29 dispõem o seguinte:

«(2) O Conselho Europeu [...] salientou a necessidade de criar, a nível comunitário, um enquadramento legal geral e flexível que estimule o desenvolvimento da sociedade da informação na Europa. [...]

(3) A harmonização proposta deve contribuir para a implementação das quatro liberdades do mercado interno e enquadra-se no respeito dos princípios fundamentais do direito e, nomeadamente, da propriedade - incluindo a propriedade intelectual - da liberdade de expressão e do interesse geral.

(4) Um enquadramento legal do direito de autor e dos direitos conexos, através de uma maior segurança jurídica e respeitando um elevado nível de proteção da propriedade intelectual, estimulará consideravelmente os investimentos na criatividade e na inovação, nomeadamente nas infraestruturas de rede, o que, por sua vez, se traduzirá em crescimento e num reforço da competitividade da indústria europeia, tanto na área do fornecimento de conteúdos e da tecnologia da informação, como, de uma forma mais geral, num vasto leque de setores industriais e culturais. [...]

(5) O desenvolvimento tecnológico multiplicou e diversificou os vetores da criação, produção e exploração. Apesar de não serem necessários novos conceitos para a proteção da propriedade intelectual, a legislação e regulamentação atuais em matéria de direito de autor e direitos conexos devem ser adaptadas e complementadas para poderem dar uma resposta adequada à realidade económica, que inclui novas formas de exploração.

[...]

(9) Qualquer harmonização do direito de autor e direitos conexos deve basear-se num elevado nível de proteção, uma vez que tais direitos são fundamentais para a criação intelectual. A sua proteção contribui para a manutenção e o desenvolvimento da atividade criativa, no interesse dos autores, dos intérpretes ou executantes, dos produtores, dos consumidores, da cultura, da indústria e do público em geral. [...]

[...]

(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 [...].

[...]

(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. [...]

4. O artigo 3.º desta diretiva 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.

[...]

3. Os direitos referidos nos n.ºs 1 e 2 não se esgotam por qualquer ato de comunicação ao público ou de colocação à disposição do público, contemplado no presente artigo.»

5. O artigo 6.º da referida diretiva prevê:

«1. Os Estados-Membros assegurarão proteção jurídica adequada contra a neutralização de qualquer medida eficaz de caráter tecnológico por pessoas que saibam ou devam razoavelmente saber que é esse o seu objetivo.

[...]

3. Para efeitos da presente diretiva, por ‘medidas de caráter tecnológico’ entende-se quaisquer tecnologias, dispositivos ou componentes que, durante o seu funcionamento normal, se destinem a impedir ou restringir atos, no que se refere a obras ou outro material, que não sejam autorizados pelo titular de um direito de autor ou direitos conexos previstos por lei ou do direito *sui generis* previsto no capítulo III da Diretiva 96/9/CE [do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de março de 1996, relativa à proteção jurídica das bases de dados (JO L 77, p. 20)]. As medidas de caráter tecnológico são consideradas ‘eficazes’ quando a utilização da obra ou de outro material protegido seja controlada pelos titulares dos direitos através de um controlo de acesso ou de um processo de proteção, como por exemplo a codificação, cifragem ou qualquer outra transformação da obra ou de outro material protegido, ou um mecanismo de controlo da cópia, que garanta a realização do objetivo de proteção.

[...]»

6. O artigo 8.º da mesma diretiva enuncia:

«1. Os Estados-Membros devem prever as sanções e vias de recurso adequadas para as violações dos direitos e obrigações previstas na presente diretiva e tomar todas as medidas necessárias para assegurar a aplicação efetiva de tais sanções e vias de recurso. As sanções previstas devem ser eficazes, proporcionadas e dissuasivas.

[...]

3. Os Estados-Membros deverão garantir que os titulares dos direitos possam solicitar uma injunção contra intermediários cujos serviços sejam utilizados por terceiros para violar um direito de autor ou direitos conexos.»

7. O artigo 14.º da Diretiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de junho de 2000, relativa a certos aspetos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio eletrónico, no mercado interno³, intitulado «Armazenagem em servidor», dispõe:

«1. Em caso de prestação de um serviço da sociedade da informação que consista no armazenamento de informações prestadas por um destinatário do serviço, os Estados-Membros velarão por que a responsabilidade do prestador do serviço não possa ser invocada no que respeita à informação armazenada a pedido de um destinatário do serviço, desde que:

a) O prestador não tenha conhecimento efetivo da atividade ou informação ilegal e, no que se refere a uma ação de indemnização por perdas e danos, não tenha conhecimento de factos ou de circunstâncias que evidenciam a atividade ou informação ilegal,

ou

b) O prestador, a partir do momento em que tenha conhecimento da ilicitude, atue com diligência no sentido de retirar ou impossibilitar o acesso às informações.

2. O n.º 1 não é aplicável nos casos em que o destinatário do serviço atue sob autoridade ou controlo do prestador.

3. O disposto no presente artigo não afeta a faculdade de um tribunal ou autoridade administrativa, de acordo com os sistemas legais dos Estados-Membros, exigir do prestador que previna ou ponha termo a uma infração, nem afeta a faculdade de os Estados-Membros estabelecerem disposições para a remoção ou impossibilitação do acesso à informação.»

8. O artigo 11.º, terceiro período, da Diretiva 2004/48/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de abril de 2004, relativa ao respeito dos direitos de propriedade intelectual⁴, dispõe:

«Os Estados-Membros devem garantir igualmente que os titulares dos direitos possam requerer uma medida inibitória contra intermediários cujos serviços sejam utilizados por terceiros para violar direitos de propriedade intelectual, sem prejuízo do artigo 8.º, n.º 3, da Diretiva [2001/29].»

III – Litígio no processo principal e questões prejudiciais

9. A Sanoma, editora da revista mensal *Playboy*, encomendou a um fotógrafo, C. Hermès, a realização de uma reportagem fotográfica sobre B. G. Dekker. B. G. Dekker aparece regularmente em programas televisivos nos Países Baixos. O fotógrafo concedeu poderes à Sanoma para o representar, a fim de assegurar a proteção e o respeito pelos seus direitos de propriedade intelectual decorrentes da tarefa em causa.

10. Em 27 de outubro de 2011, a GS Media, que administra o sítio *Web GeenStijl*, publicou um anúncio intitulado «[palavra obscena]! Fotografias de [...] Dekker nua». À margem desse anúncio aparecia, no canto superior esquerdo do sítio *Web*, um fragmento de uma das fotografias. O anúncio terminava com o seguinte texto: «E agora, o *link* com as fotografias que esperava. Quem primeiro [palavra obscena], primeiro [palavra obscena]. AQUI [...]». Clicando na hiperligação intitulada «AQUI», os leitores eram encaminhados para um sítio australiano de armazenamento de dados

3 — JO L 178, p. 1.

4 — JO L 157, p. 45, e retificações JO 2004, L 195, p. 16, e JO 2007, L 204, p. 27.

denominado Filefactory.com. Clicando na hiperligação seguinte, podiam abrir uma nova janela que continha um convite para «descarregar agora» («Download now»). Clicando nesse botão, o leitor abria um ficheiro em formato zip que continha onze ficheiros em formato PDF, cada um dos quais continha uma das fotografias.

11. Apesar das intimações da Sanoma, a GS Media recusou remover a hiperligação em causa. Em contrapartida, as fotografias foram removidas do sítio *Web* Filefactory.com.

12. Em 7 de novembro de 2011, podia ler-se no sítio GeenStijl um anúncio intitulado: «Blote [Dekker] gaat GeenStijl aanklaguh» («A Dekker nua vai apresentar queixa contra a GeenStijl»), a propósito do litígio entre a GS Media e a Sanoma e o., relativo às fotografias divulgadas pelo GeenStijl. Este anúncio terminava com as seguintes palavras: «Atualização: ainda não viu as fotografias da [Dekker] nua? Estão AQUI». Este anúncio continha igualmente uma hiperligação para o sítio Imageshack.us, no qual podia ver-se uma ou algumas das fotografias em causa. O sítio Imageshack.us também aceitou o pedido da Sanoma para remover essas fotografias. Em 17 de novembro de 2011, foi publicado no GeenStijl um terceiro anúncio que continha uma hiperligação para as fotografias. Intitulava-se: «Bye Bye, adieu Playboy». Em seguida, os internautas que visitaram o fórum do GeenStijl inseriam nesse sítio novos *links* para outros sítios onde as fotografias podiam ser consultadas.

13. As fotografias de B. G. Dekker foram publicadas na revista *Playboy* em dezembro de 2011.

14. A Sanoma e o. intentaram uma ação no Rechtbank Amsterdam (tribunal de Amesterdão), alegando nomeadamente que, ao colocar hiperligações e um fragmento de uma das fotografias em causa no GeenStijl, a GS Media violara o direito de autor de C. Hermès e atuara de forma ilegal em relação à Sanoma e o.. O Rechtbank Amsterdam considerou esta ação plenamente procedente.

15. O Gerechtshof Amsterdam (tribunal de recurso de Amesterdão) anulou o acórdão do Rechtbank Amsterdam, considerando que, ao colocar as hiperligações, a GS Media não violara o direito de autor de C. Hermès, uma vez que as fotografias já tinham sido divulgadas através da sua colocação em linha no sítio Filefactory.com. O Gerechtshof Amsterdam não se pronunciou sobre a questão de saber se a colocação em linha das fotografias no sítio Filefactory.com constituía ou não uma violação do direito de autor de C. Hermès. Em contrapartida, decidiu que, ao colocar essas hiperligações, a GS Media agira de forma ilegal em relação à Sanoma e o., na medida em que incitara os visitantes do GeenStijl a ver as fotografias colocadas ilegalmente no Filefactory.com, as quais, sem tais *links*, não seriam fáceis de encontrar. Por outro lado, o Gerechtshof Amsterdam considerou que, ao colocar um fragmento de uma das fotografias no sítio GeenStijl, a GS Media violara o direito de autor de C. Hermès.

16. A GS Media e a Sanoma e o. apresentaram, respetivamente, um recurso e um recurso subordinado no Hoge Raad der Nederlanden.

17. A GS Media critica o Gerechtshof Amsterdam por ter decidido que a GS Media, ao colocar no seu sítio *Web* um fragmento de uma das fotografias no seu anúncio relativo às fotografias, violara o direito de autor de C. Hermès.

18. A Sanoma e o. criticam o Gerechtshof Amsterdam (tribunal de recurso de Amesterdão) por ter decidido que, ao colocar as hiperligações no seu sítio *Web*, a GS Media não colocara as fotografias à disposição do público. A Sanoma e o., referindo-se nomeadamente ao acórdão Svensson e o. (C-466/12, EU:C:2014:76), alegam, no Hoge Raad der Nederlanden, que disponibilizar um *link* para um sítio *Web* no qual uma obra foi colocada sem autorização do titular do direito de autor, constitui uma comunicação ao público, independentemente da questão de saber se essa obra foi anteriormente publicada com a sua autorização ou não. Além disso, a Sanoma e o. alegam que o sítio Filefactory.com adotara medidas restritivas, na aceção do n.º 31 do acórdão Svensson e o. (C-466/12, EU:C:2014:76), «que os utilizadores do GeenStijl podiam contornar graças à intervenção da GS Media,

de modo que as fotografias pirateadas ficaram à disposição de um público mais alargado do que o público para o qual as fotografias tinham sido colocadas na ‘caixa-forte digital’ ou, pelo menos, essas fotografias foram assim reveladas a um público que, a menos que utilizasse meios mais sofisticados, não teria podido aceder-lhes sem essa intervenção, pelo que teriam permanecido fora do seu alcance.»

19. No âmbito da sua análise do recurso subordinado, o Hoge Raad der Nederlanden (Tribunal Supremo dos Países Baixos) considera que não é possível deduzir com suficiente rigor do acórdão Svensson e o. (C-466/12, EU:C:2014:76), bem como do despacho BestWater International (C-348/13, EU:C:2014:2315), se existe «comunicação ao público» quando a obra tenha sido efetivamente publicada antes, mas sem autorização do titular dos direitos. Este órgão jurisdicional observa, por outro lado, que o recurso subordinado suscita igualmente questões sobre o contorno das medidas restritivas, na aceção do acórdão Svensson e o. (C-466/12, EU:C:2014:76). A este respeito, salienta que não era impossível encontrar as fotografias antes de a GS Media ter colocado a hiperligação no sítio GeenStijl mas, ao mesmo tempo, não era fácil encontrá-las, pelo que a colocação da hiperligação tinha um caráter eminentemente facilitador.

20. Neste contexto, o Hoge Raad der Nederlanden decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

- «1. a) Existe ‘comunicação ao público’, na aceção do artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 2001/29, quando uma pessoa diferente do titular de direitos de autor remete, por meio de uma hiperligação existente num sítio Internet por si administrado, para um sítio Internet administrado por um terceiro e acessível ao público geral da Internet, onde é disponibilizada a obra sem a autorização do titular do direito?
 - b) É relevante para o efeito o facto de a obra também não ter sido, de outra forma, anteriormente comunicada ao público com autorização do titular do direito?
 - c) É relevante para o efeito saber se o responsável pela inserção da hiperligação [...] tinha ou devia ter conhecimento da não autorização do titular do direito para a inserção da obra no sítio Internet referido [na primeira questão, alínea a),] do terceiro e, se for o caso, do facto de a obra também não ter sido, de outra forma, anteriormente comunicada ao público com autorização do titular do direito?
2. a) Em caso de resposta negativa à [primeira questão, alínea a)]: existe ou pode existir, nesse caso, uma comunicação ao público, se o sítio Internet para o qual a hiperligação remete e, por conseguinte, a obra, puderem, de facto, ser localizados pelo público geral da Internet, mas não facilmente, de forma que a colocação da hiperligação facilita consideravelmente a localização da obra?
 - b) É relevante para a resposta à [segunda questão, alínea a),] o facto de o responsável pela inserção da hiperligação ter ou dever ter conhecimento de que o sítio Internet para o qual a hiperligação remete não é fácil de encontrar para o público geral da Internet?
3. Devem ser tidas em conta outras circunstâncias na resposta à questão de saber se está em causa uma comunicação ao público quando, por meio de uma hiperligação, é fornecido acesso a uma obra que não tinha sido anteriormente comunicada ao público com autorização do titular do direito?»

IV – Processo no Tribunal de Justiça

21. Foram apresentadas observações escritas pela GS Media, pela Sanoma e o., pela República Federal da Alemanha, pela República Francesa, pela República Portuguesa, pela República Eslovaca e pela Comissão Europeia. A GS Media, A Sanoma e o., a República Federal da Alemanha, a República Francesa e a Comissão formularam observações orais na audiência realizada em 3 de fevereiro de 2016.

V – Observações das partes

22. A República Portuguesa considera que, sem prejuízo do mérito da decisão final do Tribunal de Justiça, o acórdão Svensson e o. (C-466/12, EU:C:2014:76) pode condicionar a divulgação da informação e do conhecimento na Internet. Considera que a qualificação do fornecimento de hiperligações como «ato de comunicação» se afigura problemática, por duas razões.

23. Em primeiro lugar, de acordo com a República Portuguesa, na sociedade da informação, a hiperligação é comparável à nota de rodapé no ambiente cultural analógico⁵ e não deve ser qualificada como «ato de comunicação». Em segundo lugar, de acordo com a República Portuguesa, quem coloca diretamente a obra à disposição do público e, por conseguinte, realiza um «ato de comunicação», na aceção do artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 2001/29, é a pessoa que coloca a obra no servidor a partir do qual o internauta poderá aceder-lhe. A República Portuguesa considera que não é o fornecedor da hiperligação — fornecedor que efetua uma simples «comunicação» secundária ou indireta — que torna «[as obras] acessíveis a qualquer pessoa a partir do local e no momento por ela escolhido». O ato que produz verdadeiramente esse efeito é o da pessoa que efetuou a comunicação inicial.

24. A República Portuguesa considera que o facto de uma pessoa diferente do titular do direito de autor colocar num sítio *Web* por si administrado uma hiperligação para outro sítio *Web* administrado por um terceiro, acessível a todos os internautas, no qual a obra é colocada à disposição do público com ou sem autorização do titular do direito de autor não constitui uma «comunicação ao público» na aceção do artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 2001/29.

25. A Comissão recorda que, nas suas observações no processo que deu origem ao acórdão Svensson e o. (C-466/12, EU:C:2014:76), alegou que, numa situação em que um *link* (ou uma «hiperligação») num determinado sítio *Web* remeta para uma obra protegida por um direito de autor retomada noutro sítio *Web* e em que os utilizadores do primeiro sítio *Web* tenham, assim, acesso a essa obra, não se trata de um «ato de comunicação», uma vez que não há transmissão nem retransmissão, no sentido referido na Diretiva 2001/29.

26. A GS Media, a República Federal da Alemanha, a República Portuguesa⁶ e a República Eslovaca, bem como a Comissão, propõem que seja dada uma resposta negativa à primeira questão, alíneas a) e b), submetida pelo órgão jurisdicional de reenvio. Consideram que não existe «comunicação ao público», na aceção do artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 2001/29, quando uma hiperligação remeta para o sítio *Web* de um terceiro livremente acessível a todos os internautas, no qual a obra em causa tenha sido colocada à disposição sem autorização do titular dos direitos, mesmo que essa obra nunca tenha sido publicada de outra forma com autorização do titular.

5 — Ou a uma tabuleta na autoestrada, como sugeriu a GS Media na audiência.

6 — As observações seguintes da República Portuguesa são apresentadas a título meramente subsidiário em relação às que foram expostas nos n.ºs 22 a 24 das presentes conclusões, para o caso de o Tribunal de Justiça considerar que não deve afastar a jurisprudência resultante do acórdão Svensson e o. (C-466/12, EU:C:2014:76).

27. Quanto à primeira questão, alínea c), a GS Media, a República Federal da Alemanha e a República Portuguesa, bem como a Comissão, consideram que elementos subjetivos não são relevantes para apreciar se existiu «comunicação ao público», devendo tal apreciação ser efetuada numa base objetiva. A República Portuguesa alega, contudo, a título subsidiário, para o caso de o Tribunal de Justiça dar uma resposta afirmativa à primeira e segunda questões prejudiciais, que tal comunicação pressupõe que o fornecedor da hiperligação tenha tido conhecimento, de forma inequívoca, do facto de a comunicação inicial não ter sido autorizada. Em contrapartida, a República Eslovaca considera que é relevante saber se a pessoa que coloca uma hiperligação para uma obra protegida podia ignorar que a anterior colocação dessa obra à disposição do público foi efetuada sem autorização do titular dos direitos. Assim, para garantir o cumprimento do objetivo da Diretiva 2001/29, a partir do momento em que essa pessoa seja avisada dessa circunstância pelo titular dos direitos, ou em que, por outra razão, não possa ignorá-la, deve impedir outra violação do direito de autor evitando uma nova comunicação ao público da obra protegida.

28. No que se refere à segunda questão, alíneas a) e b), a GS Media, a República Federal da Alemanha, a República Portuguesa e a República Eslovaca, bem como a Comissão, consideram que há que lhe dar uma resposta negativa. Com efeito, resulta do acórdão Svensson e o. (C-466/12, EU:C:2014:76) que o único elemento determinante é saber se a hiperligação permite ou não contornar as medidas restritivas tomadas pelo sítio onde se encontra a obra protegida para restringir o acesso do público. Se tal não for o caso e se esse sítio, e, conseqüentemente, a obra aí colocada, estiver potencialmente acessível a todos os internautas, pouco importa que essa hiperligação facilite ou não a sua descoberta. Por outro lado, a solução inversa não seria praticável e criaria uma importante insegurança jurídica em detrimento da liberdade de expressão e de informação.

29. A Sanoma e o. propõem que se responda à primeira a terceira questões no sentido de que quem, em circunstâncias como as que estão em causa no processo principal, colocar deliberadamente, com pleno conhecimento, uma hiperligação que permita aceder a uma obra protegida pelo direito de autor, que nunca tenha sido tornada pública anteriormente com autorização do titular dos direitos, realiza uma operação que constitui uma comunicação ao público. A Sanoma e o. consideram que resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça que há que ter em conta vários critérios, entre os quais, em primeiro lugar, o facto de um utilizador, com pleno conhecimento, dar deliberadamente a terceiros acesso direto a obras protegidas, em segundo lugar, o facto de, através da sua intervenção, o utilizador desempenhar um papel essencial na colocação dessas obras à disposição, em terceiro lugar, o facto de o público que, desse modo, tem acesso a obras protegidas ser composto por um número indeterminado de potenciais utilizadores ou por um número de pessoas relativamente elevado, em quarto lugar, o facto de, através da sua intervenção, o utilizador alargar o círculo de pessoas que têm acesso às obras protegidas a um grupo que o titular dos direitos de autor sobre as obras protegidas não previra quando autorizou a utilização inicial e, em quinto lugar, o facto de, através da sua comunicação, o utilizador prosseguir um objetivo lucrativo. De acordo com a Sanoma e o., todos estes critérios estão preenchidos no processo principal.

30. De acordo com a República Francesa, nas circunstâncias do processo principal, a colocação das obras em causa à disposição através de um *link* leva a que as mesmas sejam comunicadas a um público novo porque, embora não fosse impossível encontrar as fotografias controvertidas antes de a GS Media ter colocado o *link* no sítio *Web GeenStijl*, apenas as pessoas que dispunham de uma chave digital podiam aceder facilmente às fotografias controvertidas antes da instalação do *link*. A República Francesa recorda que nenhum elemento permitiu concluir que o público do *GeenStijl* teria podido encontrar facilmente as fotografias controvertidas sem o apoio da GS Media. A este respeito, a República Francesa recorda que o órgão jurisdicional de reenvio concluiu que a instalação do *link* tinha um carácter eminentemente facilitador. Nestas condições, a República Francesa considera que há que concluir que a existência de um *link* que permite facilitar consideravelmente o acesso a um espaço de armazenagem que contém fotografias protegidas pelo direito de autor e não publicadas constitui uma comunicação a um público novo na aceção do artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 2001/29.

31. A República Francesa considera que, por um lado, a autorização ou a falta de autorização do titular do direito de autor para a colocação da obra à disposição no sítio para o qual o *link* remete e, por outro lado, o eventual conhecimento, por parte de quem disponibiliza o *link*, de que o titular dos direitos não deu autorização para tal colocação da obra à disposição não são relevantes para a qualificação como «comunicação ao público».

VI – Análise

A – Observações preliminares

32. Decorre dos autos do processo no Tribunal de Justiça, sem prejuízo da verificação pelo órgão jurisdicional de reenvio, que obras protegidas, concretamente fotografias, foram colocadas à disposição dos utilizadores de sítios *Web* como o Filefactory.com e o Imageshack.us sem o consentimento dos titulares do direito de autor, mas esta violação do direito de autor não está em causa no processo principal.

33. Além disso, a colocação de um fragmento de uma das fotografias em causa no sítio GeenStijl não é objeto do pedido de decisão prejudicial⁷, que se refere apenas às hiperligações existentes nesse sítio.

34. Com efeito, através das questões submetidas, o órgão jurisdicional de reenvio pretende, no essencial, saber se o artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 2001/29 deve ser interpretado no sentido de que constitui um ato de comunicação ao público o fornecimento num sítio *Web* de uma hiperligação para outro sítio *Web* administrado por um terceiro, acessível a todos os internautas e no qual obras protegidas pelo direito de autor são colocadas à disposição do público, *sem* autorização do titular do direito de autor.

35. Além disso, o órgão jurisdicional de reenvio pretende saber se o facto de o responsável pela colocação de uma hiperligação para um sítio ter ou dever ter conhecimento de que o titular do direito de autor não autorizou a comunicação inicial das obras no referido sítio *Web* é relevante em aplicação do artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 2001/29. Por último, o órgão jurisdicional de reenvio pretende saber se e, se for o caso, em que circunstâncias o facto de uma hiperligação ter tornado mais fácil o acesso às obras em causa é relevante em aplicação dessa disposição.

36. O litígio no processo principal vem na linha do acórdão Svensson e o. (C-466/12, EU:C:2014:76) e do despacho BestWater International (C-348/13, EU:C:2014:2315), nos quais o Tribunal de Justiça decidiu que, embora a colocação num sítio *Web* de hiperligações para uma obra protegida, livremente disponível noutro sítio, seja um «ato de comunicação» na aceção do artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 2001/29⁸, não se trata uma «comunicação ao público» na aceção dessa disposição. Com efeito, no n.º 24 do acórdão Svensson e o. (C-466/12, EU:C:2014:76), o Tribunal de Justiça decidiu que, «para corresponder ao conceito de ‘comunicação ao público’, na aceção do artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 2001/29, é igualmente necessário que uma comunicação [...], que visa as mesmas obras que a comunicação inicial e foi efetuada [...] segundo a mesma técnica [que a comunicação inicial], seja dirigida *a um público novo*, isto é, um público que não tenha sido tomado em consideração pelos titulares do direito de autor, quando autorizaram a comunicação inicial ao público»⁹.

7 — V., nomeadamente, n.ºs 10 e 14 a 17 das presentes conclusões.

8 — Acórdão Svensson e o. (C-466/12, EU:C:2014:76, n.º 20).

9 — V., a este respeito, despacho BestWater International (C-348/13, EU:C:2014:2315, n.º 14). Sublinhado nosso.

37. O órgão jurisdicional de reenvio salienta que, nesses processos, o Tribunal de Justiça não especificou se a autorização do titular do direito de autor para a colocação da obra protegida à disposição no sítio *Web* para o qual a hiperligação reenvia é relevante para se concluir pela inexistência de uma comunicação ao público na aceção do artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 2001/29.

38. Há que observar que, no primeiro número do dispositivo do acórdão *Svensson e o.* (C-466/12, EU:C:2014:76), o Tribunal de Justiça declarou que o artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 2001/29/CE devia ser interpretado no sentido de que não constitui um ato de comunicação ao público, na aceção desta disposição, o fornecimento num sítio *Web* de hiperligações para obras livremente disponíveis¹⁰ noutro sítio *Web*¹¹.

39. Se é verdade que, na fundamentação do acórdão, o Tribunal de Justiça referiu várias vezes que «os titulares do direito de autor [...] autorizaram a comunicação inicial»¹², na parte decisória não é feita nenhuma referência à questão da existência ou não de autorização do titular do direito de autor para a colocação inicial da obra protegida à disposição.

40. Além disso, há que salientar que decorre do n.º 4 do despacho *BestWater International* (C-348/13, EU:C:2014:2315) que a colocação em linha da obra protegida e, conseqüentemente, a sua comunicação inicial ao público não tinham sido efetuadas com autorização do titular do direito de autor. Ora, o Tribunal de Justiça, seguindo a sua jurisprudência *Svensson e o.* (C-466/12, EU:C:2014:76), decidiu que o artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 2001/29 não fora violado.

41. Por conseguinte, parece resultar do despacho *BestWater International* (C-348/13, EU:C:2014:2315) que a falta de autorização do titular do direito de autor para a comunicação inicial ao público não era relevante à luz do artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 2001/29.

42. A este respeito, há que sublinhar, contudo, que a questão prejudicial submetida ao Tribunal de Justiça no processo que deu origem ao despacho *BestWater International* (C-348/13, EU:C:2014:2315)¹³ não dizia especificamente respeito à falta de autorização e que o raciocínio do Tribunal de Justiça no despacho em causa não lhe faz qualquer referência¹⁴.

43. Assim, o presente processo dá oportunidade ao Tribunal de Justiça de determinar se a autorização do titular do direito de autor para a colocação da obra protegida à disposição noutro sítio *Web* (comunicação «inicial») é indispensável para se concluir pela inexistência de uma comunicação ao público na aceção do artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 2001/29.

10 — O Tribunal de Justiça utilizou as expressões «livremente acessíveis» e «livremente disponíveis» de forma indistinta. Além disso, parece resultar do acórdão *Svensson e o.* (C-466/12, EU:C:2014:76) que a hiperligação em causa nesse processo conduzia diretamente os utilizadores de um sítio *Web* para obras livremente disponíveis noutro sítio *Web*. Ora, no processo principal, parece, sem prejuízo da verificação pelo órgão jurisdicional de reenvio, que as hiperligações em causa não conduziam diretamente os utilizadores do sítio *GeenStijl* para as obras em causa, mas conduziam-nos para outros sítios *Web* nos quais estavam armazenadas obras protegidas pelo direito de autor. Considero que estas circunstâncias devem ser objeto de tratamento idêntico para efeitos do artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 2001/29, uma vez que a obra protegida pelo direito de autor está livremente disponível no sítio para o qual a hiperligação remete.

11 — V., igualmente, acórdão *Svensson e o.* (C-466/12, EU:C:2014:76, n.º 32).

12 — V., nomeadamente, acórdão *Svensson e o.* (C-466/12, EU:C:2014:76, n.º 27).

13 — Nesse processo, o Tribunal de Justiça decidiu pronunciar-se mediante despacho fundamentado, em conformidade com o artigo 99.º do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça, intitulado «Resposta mediante despacho fundamentado», que prevê que «[q]uando uma questão submetida a título prejudicial for idêntica a uma questão sobre a qual o Tribunal de Justiça já se tenha pronunciado, quando a resposta a essa questão possa ser claramente deduzida da jurisprudência ou quando a resposta à questão submetida a título prejudicial não suscite nenhuma dúvida razoável, o Tribunal pode, a qualquer momento, mediante proposta do juiz-relator, ouvido o advogado-geral, decidir pronunciar-se por meio de despacho fundamentado».

14 — Com efeito, nesse processo, o órgão jurisdicional de reenvio apenas pretendia saber se «[o] facto de a obra de um terceiro colocada à disposição do público num sítio *Web* ser inserida noutro sítio *Web* em condições como as que estão em causa no processo principal pode ser qualificada como ‘comunicação ao público’, na aceção do artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 2001/29, mesmo quando obra em causa não seja transmitida a um público novo nem comunicada de acordo com uma forma técnica específica diferente da observada na comunicação de origem». V. despacho *BestWater International* (C-348/13, EU:C:2014:2315, n.º 11).

44. Antes de responder às questões submetidas pelo órgão jurisdicional de reenvio, há que analisar as observações da República Portuguesa¹⁵ e da Comissão¹⁶ relativas à possibilidade de afastar a jurisprudência decorrente do acórdão Svensson e o. (C-466/12, EU:C:2014:76) sobre o conceito de «ato de comunicação», elemento necessário para se concluir pela existência de «comunicação ao público» na aceção do artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 2001/29, e à sua aplicação às hiperligações.

45. De facto, se o Tribunal de Justiça decidir que a colocação num sítio *Web* de hiperligações para obras protegidas, livremente disponíveis noutro sítio, não pode ser qualificada como «ato de comunicação», a questão da falta de autorização do titular do direito de autor para a colocação da sua obra noutros sítios administrados por terceiros já não se coloca.

B – Os dois elementos do artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 2001/29

46. O artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 2001/29 prevê que os autores dispõem do direito exclusivo de autorizar ou proibir qualquer comunicação ao público das suas obras. Daqui decorre que cada ato¹⁷ de comunicação de uma obra ao público deve ser autorizado pelo titular do direito de autor.

47. Ora, embora a Diretiva 2001/29 não contenha nenhuma definição do que constitui uma «comunicação ao público»¹⁸, a jurisprudência constante do Tribunal de Justiça especifica que este conceito associa dois elementos cumulativos, ou seja, um «ato de comunicação» de uma obra e a comunicação desta última a um «público»¹⁹.

1. Quanto ao primeiro elemento

48. Quanto ao conceito de «ato de comunicação», há que salientar que o vigésimo terceiro considerando da Diretiva 2001/29 indica, nomeadamente, que a comunicação ao público «[abrange] qualquer transmissão ou retransmissão de uma obra ao público [não presente no local de origem da comunicação], por fio ou sem fio, incluindo a radiodifusão»²⁰.

49. Além disso, no n.º 40 do acórdão *Circul Globus București* (C-283/10, EU:C:2011:772)²¹, o Tribunal de Justiça decidiu que o direito de comunicação ao público «*não abrange* atos que não impliquem uma ‘transmissão’ ou ‘retransmissão’ de uma obra»²².

15 — V. n.ºs 22 a 24 das presentes conclusões.

16 — V. n.º 25 das presentes conclusões.

17 — Acórdão Svensson e o. (C-466/12, EU:C:2014:76, n.º 15). De facto, como prevê o artigo 3.º n.º 3, da Diretiva 2001/29, esse direito exclusivo não se esgota por qualquer ato de comunicação ao público ou de colocação à disposição do público, contemplado no artigo 3.º da Diretiva 2001/29.

18 — Acórdão *Football Association Premier League* e o. (C-403/08 e C-429/08, EU:C:2011:631, n.ºs 184 e 185).

19 — V. acórdão Svensson e o. (C-466/12, EU:C:2014:76, n.º 16 e jurisprudência referida). V., por analogia, acórdão *C More Entertainment* (C-279/13, EU:C:2015:199, n.º 25), que diz respeito ao artigo 3.º, n.º 2, da Diretiva 2001/29.

20 — Sublinhado nosso.

21 — Há que sublinhar que este acórdão é anterior ao acórdão Svensson e o. (C-466/12, EU:C:2014:76).

22 — Sublinhado nosso.

50. Ora, o artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 2001/29 não faz qualquer referência aos atos de transmissão ou de retransmissão, mas prevê, em sentido amplo, que a comunicação ao público inclui a «*colocação à disposição do público*»²³. Este sentido amplo²⁴ do conceito de «ato de comunicação» reflete, na minha opinião, a vontade do legislador europeu de assegurar um «elevado nível de proteção da propriedade intelectual»²⁵ e assegura igualmente que o conceito de «ato de comunicação» seja flexível e não se torne rapidamente obsoleto em consequência dos constantes desenvolvimentos tecnológicos²⁶.

51. Os termos do vigésimo terceiro considerando da Diretiva 2001/29 levaram a Comissão a defender, no processo que deu origem ao acórdão Svensson (C-466/12, EU:C:2014:76), a tese de que o conceito de «ato de comunicação» devia restringir-se à «transmissão» ou à «retransmissão», o que não é o caso de uma hiperligação num determinado sítio *Web*, que remete para uma obra protegida pelo direito de autor que é retomada noutro sítio *Web*, o que faz com que os visitantes do primeiro sítio tenham assim acesso a essa obra²⁷.

52. Esta tese não foi aceite, uma vez que, no n.º 19 do acórdão Svensson e o. (C-466/12, EU:C:2014:76), o Tribunal de Justiça declarou que «para que haja ‘ato de comunicação’, basta, designadamente, que uma obra seja posta à disposição do público de modo que as pessoas que o compõem possam ter acesso a ela, sem que seja determinante que utilizem ou não essa possibilidade».

53. Dito isto, verifica-se um «ato de comunicação» quando uma hiperligação num sítio *Web* remeta para outro sítio *Web*, permitindo assim que os seus visitantes tenham acesso a uma obra protegida livremente acessível nesse outro sítio?

54. Se é verdade que as hiperligações colocadas num sítio *Web* facilitam consideravelmente a descoberta de outros sítios e de obras protegidas disponíveis nesses sítios²⁸ e, conseqüentemente, oferecem aos utilizadores do primeiro sítio um acesso mais rápido e direto²⁹ a essas obras, considero que as hiperligações que conduzem, mesmo que seja diretamente, a obras protegidas não as «*colocam à disposição*» do público quando estas já estejam livremente acessíveis noutro sítio, mas servem apenas para facilitar a sua descoberta. Como indica a República Portuguesa nas suas observações, o ato que realiza a verdadeira «colocação à disposição» é o da pessoa que efetua a comunicação inicial³⁰.

23 — Sublinhado nosso.

24 — E tecnologicamente neutra.

25 — V., quarto e nono considerandos da Diretiva 2001/29 e acórdão Football Association Premier League e o. (C-403/08 e C-429/08, EU:C:2011:631, n.º 186). No n.º 54 do acórdão *Bezpečnostní softwarová asociace* (C-393/09, EU:C:2010:816), o Tribunal de Justiça declarou que «[r]esulta do vigésimo terceiro considerando da Diretiva 2001/29 que o conceito de «comunicação ao público» deve ser entendido *em sentido amplo*. Esta interpretação revela-se, por outro lado, indispensável para atingir o objetivo principal da referida diretiva, que, como resulta dos seus nono e décimo considerandos, é instaurar um elevado nível de proteção dos autores, entre outros, que lhes permita receber uma remuneração adequada pela utilização do seu trabalho, designadamente na sua comunicação ao público». Sublinhado nosso.

26 — No n.º 38 do acórdão *Circul Globus București* (C-283/10, EU:C:2011:772), o Tribunal de Justiça declarou que «[n]o que se refere [...] ao objetivo prosseguido pela Diretiva 2001/29, importa notar que resulta do seu segundo e quinto considerandos que esta tem por finalidade criar um quadro geral e flexível a nível da União a fim de favorecer o desenvolvimento da sociedade da informação e adaptar e completar as regras atuais em matéria de direitos de autor e direitos conexos de modo a ter em conta a evolução tecnológica, que deu lugar a novas modalidades de exploração das obras protegidas».

27 — V. n.º 25 das presentes conclusões.

28 — Considero que, atendendo à enorme quantidade de informações disponíveis na Internet, tais informações seriam efetivamente, em grande parte, impossíveis de descobrir sem as hiperligações. Na minha opinião, as hiperligações constituem atualmente um elemento indispensável da arquitetura da Internet.

29 — V. acórdão Svensson e o. (C-466/12, EU:C:2014:76, n.º 18).

30 — V. n.ºs 22 a 24 das presentes conclusões.

55. Saliento igualmente que, no acórdão *Football Association Premier League e o.* (C-403/08 e C-429/08, EU:C:2011:631), no qual foi constatada a «comunicação [de uma obra] ao público», o Tribunal de Justiça colocou a ênfase no facto de que *sem a intervenção*, por exemplo, de um estabelecimento hoteleiro que disponibilizou, nos seus quartos, um sinal de televisão através de aparelhos de televisão, a obra não teria estado acessível aos clientes do hotel³¹.

56. A este respeito, nos n.ºs 195 e 196 do acórdão *Football Association Premier League e o.* (C-403/08 e C-429/08, EU:C:2011:631), o Tribunal de Justiça decidiu que o proprietário de um pub procede a uma «comunicação ao público» quando permita deliberadamente aos clientes que se encontram nesse estabelecimento aceder a uma emissão radiodifundida, que contém obras protegidas, através de um ecrã de televisão e de altifalantes, «*sendo claro que, sem a sua intervenção, esses clientes não poderiam usufruir das obras radiodifundidas, mesmo encontrando-se no interior da zona coberta pela referida emissão*»³².

57. Daqui decorre que, para se concluir pela existência de um ato de comunicação, a intervenção da pessoa que coloca hiperligações deve ser indispensável ou incontornável³³ para que se beneficie ou tire partido das obras.

58. Todavia, há que salientar que, noutros acórdãos, nomeadamente nos acórdãos *SGAE* (C-306/05, EU:C:2006:764, n.º 42) e *Svensson e o.* (C-466/12, EU:C:2014:76, n.ºs 27 e 31), o Tribunal de Justiça analisou este critério da indispensabilidade de uma intervenção para concluir pela inexistência de uma comunicação a *um público novo*³⁴.

59. Na minha opinião, o critério da indispensabilidade de uma intervenção apenas pode ser compreendido na análise da existência de um ato de comunicação³⁵. De facto, é nesse momento que se verifica, eventualmente, uma «colocação à disposição» na aceção do artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 2001/29.

60. Por conseguinte, considero que as hiperligações colocadas num sítio *Web*, que remetam para obras protegidas pelo direito de autor que estão livremente acessíveis noutro sítio, não podem ser qualificadas como «ato de comunicação» na aceção do artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 2001/29, uma vez que a intervenção do administrador do sítio que coloca a hiperligação, no caso em apreço, a GS Media, não é indispensável para a colocação das fotografias em causa à disposição dos internautas, incluindo os que visitam o sítio *GeenStijl*.

61. Uma vez que um dos elementos cumulativos necessários para se concluir pela existência de uma «comunicação ao público» nos termos do artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 2001/29 não se verifica, a questão da falta de autorização do titular do direito de autor para a colocação da sua obra noutros sítios administrados por terceiros³⁶ é, na minha opinião, inoperante.

31 — V., igualmente, por analogia, acórdãos *SCF* (C-135/10, EU:C:2012:140, n.ºs 82 e 92) e *Phonographic Performance (Irlanda)* (C-162/10, EU:C:2012:141, n.º 31), que dizem respeito não ao artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 2001/29 mas à «comunicação ao público» de um fonograma radiodifundido, na aceção do artigo 8.º, n.º 2, da Diretiva 2006/115/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2006, relativa ao direito de aluguer, ao direito de comodato e a certos direitos conexos ao direito de autor em matéria de propriedade intelectual (JO L 376, p. 28).

32 — Sublinhado nosso.

33 — V., em especial, n.º 82 do acórdão *SCF* (C-135/10, EU:C:2012:140), no qual o Tribunal de Justiça, no âmbito da sua análise da existência de um ato de comunicação de acordo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça no acórdão *Football Association Premier League e o.* (C-403/08 e C-429/08, EU:C:2011:631), fez referência ao «papel *incontornável do utilizador*», designadamente, no caso em apreço, ao papel incontornável do gestor de um estabelecimento hoteleiro e de um pub quando este intervenha, de forma plenamente consciente das consequências do seu comportamento, para disponibilizar aos seus clientes o acesso a uma emissão radiodifundida que contém a obra protegida. Sublinhado nosso.

34 — V. n.º 36 das presentes conclusões.

35 — Ou seja, do primeiro elemento exigido pelo artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 2001/29 para que se verifique uma comunicação ao público. No que respeita ao segundo elemento, v. n.ºs 65 a 70 das presentes conclusões.

36 — Nomeadamente, os sítios *Filefactory.com* e *Imagehack.us*. V., neste sentido, acórdão *SBS Belgium* (C-325/14, EU:C:2015:764, n.ºs 15 e 24).

62. Por conseguinte, considero que há que responder negativamente à primeira questão, alíneas a) e b), submetida pelo órgão jurisdicional de reenvio.

63. Além disso, embora decorra claramente dos autos do processo no Tribunal de Justiça que a GS Media sabia que as fotografias em causa, disponíveis em sítios como o Filefactory.com e o Imageshack.us, tinham sido pirateadas e colocou no sítio GeenStijl hiperligações para outros sítios em flagrante desrespeito pelos direitos do autor dessas obras, considero que, na falta de um ato de comunicação na aceção do artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 2001/29, as motivações da GS Media e o facto de saber, ou dever saber, que a comunicação inicial das fotografias em causa nesses outros sítios não fora autorizada pela Sanoma ou que essas fotografias também não tinham sido colocadas anteriormente à disposição do público com autorização desta, não é relevante em aplicação dessa disposição.

64. Daqui decorre que há que responder negativamente à primeira questão, alínea c), submetida pelo órgão jurisdicional de reenvio.

2. Quanto ao segundo elemento

65. Uma vez que considero que um dos elementos cumulativos necessários para se concluir pela existência de uma «comunicação ao público» nos termos do artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 2001/29 está ausente, analisarei apenas a título subsidiário o segundo elemento exigido pela Diretiva 2001/29, ou seja, a comunicação de uma obra ao «público»³⁷.

66. É pacífico que, uma vez que as hiperligações no sítio GeenStijl se destinam a todos os potenciais utilizadores desse sítio, ou seja, a um número indeterminado e considerável de destinatários, essas hiperligações destinam-se, de facto, a um público³⁸. Em contrapartida, considero que o critério do «público novo», exigido nos n.ºs 24 e 31 do acórdão Svensson e o. (C-466/12, EU:C:2014:76), não é aplicável e, em todo o caso, não está preenchido no caso em apreço.

67. Decorre nomeadamente dos acórdãos Football Association Premier League e o. (C-403/08 e C-429/08, EU:C:2011:631, n.º 197) e Svensson e o. (C-466/12, EU:C:2014:76, n.ºs 24 e 31) que o critério do público novo apenas se aplica se o titular do direito de autor tiver autorizado a comunicação inicial ao público. Uma vez que, no processo principal, não existiu tal autorização, o critério do «público novo» não se aplica.

68. Além disso, o Tribunal de Justiça decidiu, nos n.ºs 28 e 30 do acórdão Svensson e o. (C-466/12, EU:C:2014:76), que, uma vez que «não há público novo, em todo o caso, a comunicação ao público em causa não está sujeita a autorização dos titulares do direito de autor», ou seja, no caso em apreço, a colocação das hiperligações para outros sítios *Web* nos quais obras protegidas pelo direito de autor estão livremente acessíveis ao público].

37 — V. acórdão Svensson e o. (C-466/12, EU:C:2014:76, n.º 16 e jurisprudência referida).

38 — No n.º 21 do acórdão Svensson e o. (C-466/12, EU:C:2014:76), o Tribunal de Justiça decidiu que «[n]o que diz respeito ao segundo dos elementos supramencionados, a saber, que a obra protegida deve ser efetivamente comunicada a um «público», decorre do artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 2001/29 que, por «público», esta disposição visa um número indeterminado de destinatários potenciais e implica, além disso, um número de pessoas considerável». O Tribunal de Justiça acrescenta, no n.º 22, que «um ato de comunicação, como o efetuado pelo administrador de um sítio Internet através de hiperligações, visa todos os utilizadores potenciais do sítio que essa pessoa gere, ou seja, um número indeterminado e considerável de destinatários», e constitui, por conseguinte, uma comunicação ao público. V. acórdão Svensson e o. (C-466/12, EU:C:2014:76, n.º 23).

69. Acresce que, mesmo que o Tribunal de Justiça considere que aquele critério é aplicável quando o titular do direito de autor não tenha autorizado a primeira comunicação ao público, decorre do acórdão Svensson e o. (C-466/12, EU:C:2014:76, n.º 27) que o mesmo apenas está preenchido se a intervenção do administrador de um sítio *Web* através da colocação de hiperligações for indispensável para que as obras sejam colocadas à disposição de um público novo³⁹, ou seja, de um público que não tenha sido tomado em consideração pelo titular do direito de autor quando este autorizou a comunicação inicial ao público das obras em causa.

70. Ora, se as fotografias estavam livremente disponíveis para todos os internautas noutros sítios⁴⁰, tal intervenção por parte da GS Media não era indispensável para tal colocação à disposição. Não existe, assim, um «público novo» e a questão da autorização do titular do direito de autor da comunicação inicial não se coloca.

71. Acrescento já que estas conclusões assentam na premissa de que as obras em causa estavam «livremente acessíveis» nos sítios de terceiros a todos os internautas⁴¹, o que não decorre, de forma clara, do pedido de decisão prejudicial. A intervenção da GS Media era indispensável para as colocar à disposição dos visitantes do sítio *GeenStijl*? De facto, decorre de forma contraditória dos autos do processo no Tribunal de Justiça que, por um lado, sítios de terceiros tomaram medidas de restrição do acesso relativamente às fotografias em causa e, por outro lado, as hiperligações não fizeram mais do que, em certa medida, facilitar esse acesso⁴².

72. Afigura-se, sem prejuízo da verificação pelo órgão jurisdicional de reenvio, que esta questão de facto permanece ainda em aberto no processo principal.

73. Em todo o caso, decorre do acórdão Svensson e o. (C-466/12, EU:C:2014:76, n.º 31) que, se uma hiperligação permitir aos utilizadores do sítio no qual se encontra «contornar medidas de restrição»⁴³ implementadas nos sítios de terceiros para restringir o acesso a obras protegidas⁴⁴, então a hiperligação em causa constitui uma intervenção indispensável sem a qual os referidos utilizadores não poderiam beneficiar das obras. Daqui decorre que essa intervenção coloca as obras em causa à disposição dos visitantes do sítio em causa, ou seja, no caso em apreço, dos visitantes do sítio *GeenStijl*, e constitui, por conseguinte, um ato de comunicação ao público que deve ser autorizado pelo titular do direito de autor em aplicação do artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 2001/29.

39 — V., igualmente, por analogia, acórdão SGAE (C-306/05, EU:C:2006:764, n.º 42), no qual o Tribunal de Justiça declarou que «a clientela de um hotel forma um público novo. Com efeito, a distribuição da obra radiodifundida a esta clientela através de aparelhos de televisão não constitui um simples meio técnico para garantir ou melhorar a receção da emissão de origem na sua zona de cobertura. Pelo contrário, o hotel é o organismo que intervém, com pleno conhecimento das consequências do seu comportamento, para dar acesso à obra protegida aos seus clientes. Com efeito, *se esta intervenção não se verificasse, estes clientes, embora encontrando-se fisicamente no interior da referida zona, não poderiam, em princípio, desfrutar da obra difundida*». Sublinhado nosso.

40 — Nomeadamente, nos sítios *Filefactory.com* e *Imageshack.us*.

41 — A este respeito, há que recordar que, no processo que deu origem ao acórdão Svensson e o. (C-466/12, EU:C:2014:76, n.ºs 25 e 26), as obras em causa estavam livremente acessíveis, uma vez que o acesso a estas no sítio *Web* do *Göteborgs-Posten* não estava sujeito a nenhuma medida restritiva. Todos os internautas podiam então ter acesso às mesmas livremente.

42 — O *Gerechtshof Amsterdam* considerou que a *Sanoma e o.* não tinham provado que os ficheiros colocados no sítio *Web* *Filefactory.com* por um utilizador permaneciam privados e concluiu que «[s]eria diferente se o utilizador divulgasse a sua chave digital ou se um terceiro o fizesse». A este respeito, a *Sanoma e o.* apresentaram um recurso subordinado no órgão jurisdicional de reenvio, alegando que «as fotografias tinham sido colocadas no ‘cofre-forte digital’ ou, pelo menos, essas fotografias tinham, assim, sido reveladas a um público que, a menos que recorresse a meios mais sofisticados, não lhes teria podido aceder sem essa intervenção, pelo que permaneceriam fora do seu alcance». V. n.ºs 6.1.2 e 6.1.3 do pedido de decisão prejudicial.

43 — V., neste sentido, as medidas de carácter tecnológico eficazes referidas no artigo 6.º da Diretiva 2001/29.

44 — De acordo com o Tribunal de Justiça «na hipótese de uma hiperligação permitir aos utilizadores do sítio Internet em que se encontra essa ligação contornarem as medidas restritivas que foram tomadas pelo sítio Internet onde se encontra a obra protegida para restringir o acesso do público aos seus assinantes, constituindo, assim, uma intervenção sem a qual os referidos utilizadores não poderiam beneficiar das obras difundidas, há que considerar todos esses utilizadores como um público novo, que não foi tido em conta pelos titulares do direito de autor quando autorizaram a comunicação inicial, de modo que essa comunicação ao público está sujeita a autorização dos titulares». V. acórdão Svensson e o. (C-466/12, EU:C:2014:76, n.º 31). V., por analogia, artigo 6.º da Diretiva 2001/29, relativo às obrigações em relação a medidas de carácter tecnológico, e acórdão *Nintendo e o.* (C-355/12, EU:C:2014:25, n.º 24).

74. Em contrapartida, decorre claramente do n.º 31 do acórdão Svensson e o. (C-466/12, EU:C:2014:76) que não basta que a hiperligação facilite ou torne mais simples o acesso dos internautas à obra em causa⁴⁵. Por conseguinte, associo-me às observações da GS Media, da República Federal da Alemanha, da República Portuguesa e da República Eslovaca, bem como da Comissão, referidas no n.º 28 das presentes conclusões, para responder negativamente à segunda questão, alíneas a) e b), colocada pelo órgão jurisdicional de reenvio.

C – Terceira questão do órgão jurisdicional de reenvio e existência de outras circunstâncias

75. Através da sua terceira questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta se é necessário ter em conta outras circunstâncias para responder à questão de saber se existe «comunicação ao público» quando uma hiperligação permita o acesso a uma obra cuja colocação à disposição do público num sítio *Web* nunca tenha sido autorizada pelo titular do direito de autor.

76. Saliento que, no n.º 41 do acórdão Svensson e o. (C-466/12, EU:C:2014:76), o Tribunal de Justiça declarou que o artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 2001/29 deve ser interpretado no sentido de que se opõe a que um Estado-Membro possa proteger de modo mais amplo os titulares de um direito de autor, prevendo que o conceito de «comunicação ao público» inclui mais operações do que as abrangidas por essa disposição.

77. Acresce que, para além do facto de, em princípio, a colocação de hiperligações no processo principal não constituir, na minha opinião, uma «comunicação ao público» na aceção do artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 2001/29, considero que qualquer outra interpretação desta disposição limitaria consideravelmente o funcionamento da Internet e prejudicaria um dos objetivos principais da Diretiva 2001/29, designadamente, o desenvolvimento da sociedade da informação na Europa⁴⁶. Além disso, tal interpretação poderia impedir o estabelecimento de «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»⁴⁷.

78. É notório que a colocação de hiperligações pelos internautas é simultaneamente sistemática e necessária para a arquitetura atual da Internet⁴⁸. Embora as circunstâncias em causa no processo principal sejam especialmente flagrantes⁴⁹, considero que, regra geral, os internautas não sabem nem dispõem de meios para verificar se a comunicação inicial ao público de uma obra protegida livremente acessível na Internet foi efetuada com ou sem o consentimento do titular do direito de autor. Se os internautas ficarem expostos aos riscos de uma ação judicial por violação de direitos de autor em aplicação do artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 2001/29 de cada vez que colocarem uma hiperligação para obras livremente acessíveis noutra sítio *Web*, ficam muito mais renitentes em fazê-lo, em prejuízo do bom funcionamento e da própria arquitetura da Internet, bem como do desenvolvimento da sociedade da informação.

79. Na minha opinião, tal ingerência no funcionamento da Internet é de evitar. Em todo o caso, considero que um alargamento do conceito de «comunicação ao público» que abrangesse a colocação de hiperligações para obras protegidas livremente acessíveis noutra sítio *Web* necessitaria da intervenção do legislador europeu.

45 — É necessária «uma intervenção *sem a qual* os [...] utilizadores não poderiam beneficiar das obras». Acórdão Svensson e o. (C-466/12, EU:C:2014:76, n.º 31). Sublinhado nosso.

46 — V. segundo considerando da Diretiva 2001/29.

47 — V. trigésimo primeiro considerando da Diretiva 2001/29.

48 — V. n.º 54 e nota 28 das presentes conclusões.

49 — Afigura-se que a GS Media atuou com pleno conhecimento de causa e sem qualquer consideração pelos interesses da Sanoma. V. n.º 11 das presentes conclusões.

D – *Vias de recurso à disposição do titular do direito de autor*

80. Embora considere que o administrador de um sítio como o GS Media não violou, em princípio⁵⁰, o artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 2001/29 ao colocar as hiperligações em causa no processo principal, tal não significa que o titular do direito de autor não tenha a possibilidade de assegurar a proteção e o respeito dos seus direitos de propriedade intelectual.

81. É evidente que o titular do direito de autor pode intentar uma ação judicial por violação dos seus direitos de propriedade intelectual contra a pessoa que tenha efetuado a comunicação inicial ao público sem a sua autorização⁵¹. É verdade que, no caso concreto, uma vez que essa pessoa permanece desconhecida, tal ação tem pouco interesse para o titular do direito de autor.

82. Contudo, de acordo com os artigos 8.º, n.º 3, da Diretiva 2001/29 e 11.º, terceiro período, da Diretiva 2004/48, os titulares de direitos de propriedade intelectual podem requerer que seja proferida uma injunção contra administradores de sítios como o Filefactory.com e o Imageshack.us, que atuem como intermediários⁵² na aceção dessas disposições, uma vez que os seus serviços podem ser utilizados por utilizadores de tais sítios para violar direitos de propriedade intelectual⁵³.

83. A este respeito, a redação do quinquagésimo nono considerando da Diretiva 2001/29, relativo aos «intermediários», é particularmente esclarecedora. De acordo com este considerando, «[n]omeadamente no meio digital, os serviços de intermediários poderão ser cada vez mais utilizados por terceiros para a prática de violações. *Esses intermediários encontram-se frequentemente em melhor posição para porem termo a tais atividades ilícitas.* Por conseguinte, sem prejuízo de outras sanções e vias de recurso disponíveis, os titulares dos direitos deverão ter a possibilidade de solicitar uma injunção contra intermediários que veiculem numa rede atos de violação de terceiros contra obras ou outros materiais protegidos»⁵⁴.

84. Daqui decorre que a injunção prevista nos artigos 8.º, n.º 3, da Diretiva 2001/29 e 11.º, terceiro período, da Diretiva 2004/48, aplica-se à comunicação inicial ao público efetuada em violação do direito de autor e constitui, na minha opinião, um meio direto e adequado para fazer face a essa violação.

85. Além disso, os administradores de sítios como o Filefactory.com e o Imageshack.us podem ser considerados responsáveis, em determinadas circunstâncias, à luz do direito nacional, pela armazenagem nos seus servidores de informações prestadas por utilizadores desses sítios.

86. De facto, embora o artigo 14.º da Diretiva 2000/31 vise limitar ou isentar os casos em que os prestadores intermediários de serviços da sociedade da informação podem ser considerados responsáveis, em conformidade com o direito nacional, as isenções em causa estão sujeitas a condições restritas. A este respeito, o Tribunal de Justiça decidiu, no n.º 119 do acórdão L'Oréal e o. (C-324/09, EU:C:2011:474) que um prestador de serviços de armazenagem⁵⁵ que se tenha limitado a efetuar um processamento puramente técnico e automático dos dados, apenas pode ser isentado, nos termos do artigo 14.º, n.º 1, da Diretiva 2000/31, de qualquer responsabilidade pelos dados de carácter ilegal que tenha armazenado, «se não tiver tido 'conhecimento efetivo da atividade ou informação ilegal' e, no

50 — Esta conclusão assenta na premissa de que as obras em causa estão livremente acessíveis noutra sítio Web.

51 — V., nomeadamente, as vias de recurso previstas nos artigos 9.º a 16.º da Diretiva 2004/48.

52 — Afigura-se, sem prejuízo da verificação pelo órgão jurisdicional de reenvio, que os administradores de sítios como o Filefactory.com e o Imageshack.us, que armazenam nos seus servidores informações fornecidas por utilizadores desses sítios, constituem prestadores de serviços de armazenamento de dados na aceção do artigo 14.º da Diretiva 2000/31 e «intermediários» na aceção dos artigos 8.º, n.º 3, da Diretiva 2001/29 e 11.º, terceiro período, da Diretiva 2004/48. V., neste sentido, acórdão Sabam (C-360/10, EU:C:2012:85, n.ºs 27 e 28).

53 — V., neste sentido, acórdão Sabam (C-360/10, EU:C:2012:85, n.º 28 e jurisprudência referida).

54 — Sublinhado nosso.

55 — Na aceção do artigo 14.º da Diretiva 2000/31.

que diz respeito a uma ação de indemnização por perdas e danos, não tiver tido ‘conhecimento de factos ou de circunstâncias que evidenciam a atividade ou informação ilegal’ ou, após ter tido conhecimento, tenha atuado com diligência no sentido de retirar ou impossibilitar o acesso às informações em causa».

87. Há que observar que os administradores dos sítios Filefactory.com e Imageshack.us aceitaram o pedido da Sanoma para remover as fotografias em causa dos seus sítios *Web*⁵⁶. Daqui decorre que as hiperligações no sítio GeenStijl para esses outros sítios se tornaram ineficazes.

VII – Conclusão

88. À luz das considerações que antecedem, proponho que o Tribunal de Justiça responda às questões prejudiciais que lhe foram submetidas pelo Hoge Raad der Nederlanden (Supremo Tribunal dos Países Baixos) da seguinte forma:

- 1) O artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de maio de 2001, relativa à harmonização de certos aspetos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação, deve ser interpretado no sentido de que não constitui um ato de comunicação ao público, na aceção dessa disposição, a colocação num sítio *Web* de uma hiperligação para outro sítio *Web* no qual obras protegidas pelo direito de autor estejam livremente acessíveis ao público sem autorização do titular do direito de autor.
- 2) O artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 2001/29 deve ser interpretado no sentido de que não é relevante o facto de o responsável pela colocação num sítio *Web* de uma hiperligação para outro sítio *Web* no qual obras protegidas pelo direito de autor estejam livremente acessíveis ao público ter ou dever ter conhecimento de que o titular do direito de autor não autorizou a colocação das obras em causa nesse outro sítio *Web*, ou de que estas não foram, por outro lado, colocadas anteriormente à disposição do público com autorização do titular do direito de autor.
- 3) O artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 2001/29 deve ser interpretado no sentido de que não constitui uma «comunicação ao público», na aceção dessa disposição, uma hiperligação para outro sítio *Web*, no qual obras protegidas pelo direito de autor estejam livremente acessíveis ao público, que facilite ou torne mais simples o acesso dos internautas às obras em causa.

56 — V. n.ºs 11 e 12 das presentes conclusões.