CONCLUSÕES DA ADVOGADA-GERAL VERICA TRSTENJAK apresentadas em 12 de Abril de 2011[1]

Índice

I — Introdução ..... I - 12540

II — Direito aplicável ..... I - 12540

A — O Regulamento n.º 44/2001 ..... I - 12540

B — A Directiva 93/98 e a Directiva 2006/116 ..... I - 12542

C — A Directiva 2001/29 ..... I - 12544

III — Matéria de facto ..... I - 12546

IV — Processo perante os órgãos jurisdicionais nacionais ..... I - 12547

V — Questões prejudiciais ..... I - 12548

VI — Processo perante o Tribunal de Justiça ..... I - 12549

VII — Quanto à admissibilidade do pedido de decisão prejudicial e das diferentes questões prejudiciais ..... I - 12549

VIII — Quanto à primeira questão prejudicial ..... I - 12550

A — Argumentos essenciais dos intervenientes no processo ..... I - 12551

B — Quanto à admissibilidade ..... I - 12553

C — Apreciação jurídica ..... I - 12553

1. Quanto ao sistema global do Regulamento n.º 44/2001 ..... I - 12554

1 — Língua original: alemão; língua do processo: alemão.

2. Relação sistemática com normas com finalidade semelhante ..... I - 12555

a) Orientação pelo artigo 34.º, n.º 3, do Regulamento n.º 44/2001? ..... I - 12555

b) Orientação pelo artigo 28.º do Regulamento n.º 44/2001 ..... I - 12557

3. A jurisprudência do Tribunal de Justiça ..... I - 12559

4. Objecções justificadas ..... I - 12560

5. Quanto ao nexo estreito na acepção do artigo 6.º, n.º 1, do Regulamento n.º 44/2001 ..... I - 12562

a) Relação entre a acção-âncora e as outras acções ou a outra acção ... I - 12562

b) Unicidade da situação de facto ..... I - 12563

c) Relação jurídica suficientemente estreita ..... I - 12565

d) Ausência de análise ou de prognóstico separados relativamente à existência de um risco de contradição no caso concreto ..... I - 12566

D — Conclusão ..... I - 12566

IX — Quanto às outras questões prejudiciais ..... I - 12567

A — Quanto à quarta questão prejudicial ..... I - 12567

1. Argumentos essenciais dos intervenientes no processo ..... I - 12568

2. Quanto à admissibilidade ..... I - 12570

3. Apreciação jurídica ..... I - 12570

a) Quanto ao direito à protecção dos retratos fotográficos ..... I - 12571

b) Quanto ao conceito de reprodução ..... I - 12572

c) Conclusão ..... I - 12574

B — Quanto à terceira questão prejudicial ..... I - 12574

1. Argumentos essenciais dos intervenientes no processo ..... I - 12575

2. Apreciação jurídica ..... I - 12577

a) Técnica normativa subjacente ao artigo 5.º, n.º 3, da Directiva 2001/29 ..... I - 12577

b) Quanto à primeira parte da terceira questão prejudicial ..... I - 12578

c) Quanto à segunda parte da terceira questão prejudicial ..... I - 12580

d) Quanto à terceira parte da terceira questão prejudicial ..... I - 12581

C — Quanto à segunda questão prejudicial ..... I - 12581

1. Argumentos dos intervenientes no processo ..... I - 12582

2. Apreciação jurídica ..... I - 12583

a) Quanto à primeira parte da segunda questão prejudicial ..... I - 12584

b) Quanto à segunda parte da segunda questão prejudicial ..... I - 12586

i) Quanto à impossibilidade de indicar o autor ..... I - 12586

ii) Quanto às consequências jurídicas da não verificação de uma impossibilidade ..... I - 12587

iii) Conclusão ..... I - 12589

c) Observações complementares ..... I - 12589

i) Citações para fins como a crítica ou a análise ..... I - 12589

ii) Citação integral ..... I - 12590

iii) Outros pressupostos ..... I - 12591

X — Conclusão ..... I - 12591

I — Introdução

1. Através do presente pedido de decisão prejudicial nos termos do artigo 267.º TFUE, o Handelsgericht Wien (a seguir «órgão jurisdicional de reenvio») coloca-nos primeiramente uma questão de interpretação a propósito do foro da conexão, que está regulado no artigo 6.º, n.º 1, do Regulamento (CE) n.º 44/2001 do Conselho, de 22 de Dezembro de 2000, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial [2]. Esta circunstância dá ao Tribunal de Justiça a possibilidade de continuar a desenvolver a sua jurisprudência neste domínio [3].

2. As outras questões prejudiciais dizem, em particular, respeito à Directiva 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de Maio de 2001, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação [4]. Em primeiro lugar, trata-se da questão de saber se um retrato-robô, que foi elaborado com base numa fotografia, pode ser publicado em jornais, revistas e na internet sem o consentimento da autora da fotografia. As outras questões são relativas às possibilidades de restrição nos termos do artigo 5.º, n.º 3, alíneas d) e e), da directiva, que autorizam os Estados-Membros a prever excepções e limitações ao direito de reprodução para citações ou para efeitos de segurança pública.

3. Em termos factuais, o processo principal está relacionado com o sequestro de uma cidadã austríaca, Natascha K., com as medidas de investigação das autoridades de segurança neste caso e com a informação nos *media* após a sua fuga do sequestrador.

II — Direito aplicável [5]

A — *O Regulamento n.º 44/2001*

4. O Regulamento n.º 44/2001substitui, nos termos do seu artigo 68.º, n.º 1, entre todos os Estados-Membros, a Convenção de Bruxelas de 27 de Setembro de 1968 relativa à competência judiciária e à execução de decisões em

2 — JO L 12, p. 1.

3 — V., em particular, acórdãos de 27 de Setembro de 1988, Kalfelis (189/87, Colect., p. 5565) e de 13 de Julho de 2006, Roche Nederland e o. (C-539/03, Colect., p. I-6535), que, contudo, ainda foram proferidos em relação às disposições precedentes, o artigo 6.º da Convenção de Bruxelas, e acórdão de 11 de Outubro de 2007, Freeport (C-98/06, Colect., p. I-8319).

4 — JO L 167, p. 10.

5 — Com base na terminologia utilizada no TUE e no TFUE, o conceito de «direito da União» será utilizado para designar conjuntamente o direito comunitário e o direito da União. Na medida em que, a seguir, estejam em causa disposições individuais de direito primário, serão referidas as disposições aplicáveis *ratione temporis*.

matéria civil e comercial (a seguir «Convenção de Bruxelas»).

5. O seu décimo primeiro, décimo segundo e décimo quinto considerandos têm o seguinte teor:

«(11) As regras de competência devem apresentar um elevado grau de certeza jurídica e devem articular-se em torno do princípio de que em geral a competência tem por base o domicílio do requerido e que tal competência deve estar sempre disponível, excepto em alguns casos bem determinados em que a matéria em litígio ou a autonomia das partes justificam outro critério de conexão. […]

(12) O foro do domicílio do requerido deve ser completado pelos foros alternativos permitidos em razão do vínculo estreito entre a jurisdição e o litígio ou com vista a facilitar uma boa administração da justiça.

[…]

(15) O funcionamento harmonioso da justiça a nível comunitário obriga a minimizar a possibilidade de instaurar processos concorrentes e a evitar que sejam proferidas decisões inconciliáveis em dois Estados-Membros competentes.»

6. As disposições relativas à competência estão reguladas no capítulo II do Regulamento n.º 44/2001, que abrange o artigo 2.º a 31.º

7. O artigo 2.º, n.º 1, do regulamento dispõe:

«Sem prejuízo do disposto no presente regulamento, as pessoas domiciliadas no território de um Estado-Membro devem ser demandadas, independentemente da sua nacionalidade, perante os tribunais desse Estado.»

8. O artigo 3.º, n.º 1, deste regulamento prevê:

«As pessoas domiciliadas no território de um Estado-Membro só podem ser demandadas perante os tribunais de um outro Estado-Membro por força das regras enunciadas nas secções 2 a 7 do presente capítulo.»

9. O artigo 6.º, n.º 1, do regulamento, que se encontra neste capítulo na secção 2 («Competências especiais»), determina:

«Uma pessoa com domicílio no território de um Estado-Membro pode também ser demandada:

1. Se houver vários requeridos, perante o tribunal do domicílio de qualquer um deles, desde que os pedidos estejam ligados entre si por um nexo tão estreito que haja

interesse em que sejam instruídos e julgados simultaneamente para evitar soluções que poderiam ser inconciliáveis se as causas fossem julgadas separadamente;»

10. O artigo 28.º do regulamento dispõe na secção 9 («Litispendência e conexão»):

«1. Quando acções conexas estiverem pendentes em tribunais de diferentes Estados-Membros, o tribunal a que a acção foi submetida em segundo lugar pode suspender a instância.

2. Se essas acções estiverem pendentes em primeira instância, o tribunal a que a acção foi submetida em segundo lugar pode igualmente declarar-se incompetente, a pedido de uma das partes, se o tribunal a que a acção foi submetida em primeiro lugar for competente e a sua lei permitir a apensação das acções em questão.

3. Para efeitos do presente artigo, consideram-se conexas as acções ligadas entre si por um nexo tão estreito que haja interesse em que sejam instruídas e julgadas simultaneamente para evitar soluções que poderiam ser inconciliáveis se as causas fossem julgadas separadamente.»

11. O artigo 34.º, n.º 3, do regulamento prevê no capítulo III («Reconhecimento e execução»):

«Uma decisão não será reconhecida:

[…]

3. Se for inconciliável com outra decisão proferida quanto às mesmas partes no Estado-Membro requerido;»

B — *A Directiva 93/98 e a Directiva 2006/116*

12. O décimo sétimo considerando da Directiva 93/98/CEE do Conselho, de 29 de Outubro de 1993, relativa à harmonização do prazo de protecção dos direitos de autor e de certos direitos conexos [6] tem o seguinte teor:

«Considerando que a protecção das fotografias nos Estados-Membros é objecto de regimes diferentes; que, a fim de obter uma harmonização suficiente do prazo de protecção das obras fotográficas, e nomeadamente das que, dado o seu carácter artístico ou

6 — JO L 290, p. 9.

profissional têm importância no âmbito do mercado interno, é necessário definir o nível de originalidade requerido na presente directiva; que uma obra fotográfica, na acepção da Convenção de Berna, deve ser considerada como original sempre que for criação intelectual própria do respectivo autor, reflectindo a sua personalidade, sem que outros critérios, tais como o mérito ou finalidade, sejam tomados em consideração; que a protecção das outras fotografias pode ser deixada à lei nacional;»

13. O artigo 6.º desta directiva dispõe:

«As fotografias originais, na acepção 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 protecção. Os Estados-Membros podem prever a protecção de outras fotografias.»

14. Na Directiva 2006/116/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Dezembro de 2006, relativa ao prazo de protecção do direito de autor e de certos direitos conexos [7] foram codificadas as disposições da Directiva 93/98.

15. O seu décimo sexto considerando tem a redacção que se segue:

«A protecção das fotografias nos Estados-Membros é óbito de regimes diferentes. Uma obra fotográfica, na acepção da Convenção de Berna, deve ser considerada original sempre que for criação intelectual própria do respectivo autor, reflectindo a sua personalidade, sem que outros critérios, tais como o mérito ou a finalidade, sejam tomados em consideração. A protecção das outras fotografias deve poder ser regulada pela legislação nacional.»

16. O artigo 6.º da referida directiva dispõe:

«As fotografias originais, na acepção de que são a criação intelectual do próprio autor, são protegidas nos termos do artigo 1.º Não se aplica qualquer outro critério para determinar se podem beneficiar de protecção. Os Estados-Membros podem prever a protecção de outras fotografias.»

7 — JO L 372, p. 12.

C — *A Directiva 2001/29*

17. O nono, vigésimo primeiro, trigésimo terceiro e quadragésimo quarto considerandos da Directiva 2001/29 têm a seguinte redacção:

«(9) Qualquer harmonização do direito de autor e direitos conexos deve basear-se num elevado nível de protecção, uma vez que tais direitos são fundamentais para a criação intelectual. A sua protecção contribui para a manutenção e o desenvolvimento da actividade criativa, no interesse dos autores, dos intérpretes ou executantes, dos produtores, dos consumidores, da cultura, da indústria e do público em geral. A propriedade intelectual é pois reconhecida como parte integrante da propriedade.

[…]

(21) A presente directiva deve definir o âmbito dos actos abrangidos pelo direito de reprodução relativamente aos diferentes beneficiários. Tal deve ser efectuado na linha do acervo comunitário. É necessário consagrar uma definição ampla destes actos para garantir a segurança jurídica no interior do mercado interno.

[…]

(32) A presente directiva prevê uma enumeração exaustiva das excepções e limitações ao direito de reprodução e ao direito de comunicação ao público. Algumas excepções só são aplicáveis ao direito de reprodução, quando adequado. Esta enumeração tem em devida consideração as diferentes tradições jurídicas dos Estados-Membros e destina-se simultaneamente a assegurar o funcionamento do mercado interno. Os Estados-Membros devem aplicar essas excepções e limitações de uma forma coerente, o que será apreciado quando for examinada futuramente a legislação de transposição.

[…]

(44) Quando aplicadas, as excepções e limitações previstas nesta directiva deverão ser exercidas em conformidade com as obrigações internacionais. Tais excepções e limitações não podem ser aplicadas de forma que prejudique os legítimos interesses do titular do direito ou obste à exploração normal da sua obra ou outro material. A previsão de tais excepções e limitações pelos Estados-Membros deve, em especial, reflectir devidamente o maior impacto económico que elas poderão ter no contexto do novo ambiente electrónico. Consequentemente, o alcance de certas excepções ou limitações poderá ter que ser ainda mais limitado em relação a certas novas utilizações de obras e outro material protegido.»

18. O artigo 1.º, n.º 1, da Directiva 2001/29 tem o seguinte teor:

«A presente directiva tem por objectivo a protecção jurídica do direito de autor e dos direitos conexos no âmbito do mercado interno, com especial ênfase na sociedade da informação.»

19. O artigo 2.º, alínea a), desta directiva, que regula o direito de reprodução, dispõe:

«Os Estados-Membros devem prever que o direito exclusivo de autorização ou proibição de reproduções, directas ou indirectas, temporárias ou permanentes, por quaisquer meios e sob qualquer forma, no todo ou em parte, cabe:

a) Aos autores, para as suas obras;»

20. O artigo 3.º, n.º 1, da directiva diz respeito ao direito de comunicação de obras ao público, incluindo o direito de colocar à sua disposição outro material. O mesmo prescreve:

«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.»

21. O artigo 5.º da directiva («Excepções e limitações») contém, em particular, as seguintes disposições:

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

[…]

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

e) Utilização para efeitos de segurança pública ou para assegurar o bom desenrolar ou o relato de processos administrativos, parlamentares ou judiciais;

[…]

5. As excepções 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.»

III — Matéria de facto

22. A demandante no processo principal é uma fotógrafa independente. Ela fotografa, nomeadamente, crianças em infantários e creches. No âmbito da sua actividade profissional, fez retratos da cidadã austríaca Natascha K. (a seguir «fotografias controvertidas») antes do seu sequestro em 1998. Em relação a estes, projectou o respectivo fundo, determinou a posição e a expressão da cara, bem como fez e revelou as fotografias.

23. Desde há 17 anos que a demandante identifica as fotografias que realiza com o seu nome e também com o nome do seu estabelecimento. Esta identificação foi feita de diversas formas, ao longo dos anos, através de autocolantes e/ou de impressões em pastas e em molduras. Em todo o caso, o nome e o endereço profissional da demandante figuravam sempre nestas indicações do autor.

24. A demandante no processo principal vendeu as fotografias que tinha efectuado, sem reconhecer direitos de autor a terceiros sobre as mesmas e sem autorizar a sua publicação. O preço exigido pelas fotografias correspondia assim unicamente à retribuição das obras.

25. Depois de Natascha K., com 10 anos, ter sido raptada em 1998, as autoridades de segurança competentes fizeram um pedido de busca, no âmbito da qual foram utilizadas as fotografias controvertidas.

26. As demandadas no processo principal são editores de imprensa. Apenas a primeira demandada no processo principal tem a sede em Viena, na Áustria. As segunda a quinta demandadas no processo principal têm sede na Alemanha.

27. A segunda e terceira demandadas no processo principal editam (também) jornais diários (*Der Standard* e *Süddeutsche Zeitung*) que são publicados na Áustria e a quarta demandada edita um semanário (*Der Spiegel*) que é igualmente publicado na Áustria. A quinta demandada edita um jornal diário, que só é publicado na Alemanha (*Express*). A segunda demandada edita um jornal diário (*Bild*), cuja edição nacional não é distribuída na Áustria. Em contrapartida, a edição de Munique desse jornal também é publicada na Áustria. Além disso, a segunda demandada

publica um outro jornal diário (*Die Welt*), que também é distribuído na Áustria, e explora também sítios de informação na Internet.

28. Em 2006, Natascha K. conseguiu fugir ao seu raptor. O processo principal diz respeito à cobertura mediática das demandadas no processo principal após este momento e antes da primeira entrevista pública de Natascha K. em 5 de Setembro de 2006. Durante este período não existiam fotos actuais de Natascha K. No âmbito da sua cobertura mediática, as demandadas no processo principal publicaram as fotografias controvertidas nos jornais diários, semanários e sítios Internet *supra* referidos sem indicarem o nome do autor dessas fotografias ou com a indicação incorrecta do autor, uma vez que, não foi designado o nome da demandante no processo principal mas um outro nome. A cobertura mediática nos jornais diários, semanários e sítios Internet divergia quanto às fotografias controvertidas seleccionadas e ao texto que as acompanhava. As demandadas no processo principal declaram ter recebido as fotografias controvertidas de uma agência noticiosa sem que o nome da demandante no processo principal tenha sido referido ou com a indicação do autor com um nome diferente do desta.

29. Além disso, em muitas coberturas mediáticas foi publicado um retrato-robô que se destinava a representar a suposta actual aparência de Natascha K. (a seguir «retrato-robô controvertido»). Este rosto foi elaborado por um desenhador gráfico através de um programa informático com base numa das fotografias controvertidas.

IV — Processo perante os órgãos jurisdicionais nacionais

30. A demandante no processo principal intentou uma acção contra as demandadas no processo principal no Handelsgericht Wien, na Áustria. Nesta acção pedia, no essencial [8], que as demandadas fossem obrigadas a pôr termo à reprodução das fotografias controvertidas e do retrato-robô controvertido sem o seu consentimento e sem a indicação do seu nome como autora, bem como a condenação destas no pagamento de uma remuneração e de uma indemnização.

31. Simultaneamente, a demandante no processo principal requereu uma providência cautelar, sobre a qual foi proferida decisão em última instância.

8 — A acção no processo principal também se dirige contra a distribuição das fotografias. Dado que no presente pedido de decisão prejudicial este aspecto não é essencial, não me ocuparei a seguir especificamente da distribuição. No entanto, importa referir neste ponto que a possibilidade de prever excepções ou limitações nos termos do artigo 5.º, n.º 3, alínea d) e e), da Directiva 2001/29 se restringe aos artigos 2.º e 3.º desta directiva e, por isso, não abrange o direito de distribuição nos termos do artigo 4.º desta directiva.

V — Questões prejudiciais

32. Com o seu pedido de decisão prejudicial de 8 de Março de 2010, o órgão jurisdicional de reenvio submete as seguintes questões prejudiciais:

1. O artigo 6.º, n.º 1, do Regulamento n.º 44/2001, deve ser interpretado no sentido de que não obsta à sua aplicação e, assim, a uma instrução simultânea o facto de acções intentadas contra vários demandados, por violações de direitos de autor substancialmente idênticas, terem bases legais nacionais diferentes mas idênticas quanto aos princípios — como as que vigoram em todos os Estados europeus para as acções inibitórias independentes de culpa e as acções destinadas a obter uma compensação adequada pelas violações de direitos de autor ou uma indemnização pela utilização ilegal?

2. a) O artigo 5.º, n.º 3, alínea d), conjugado com o artigo 5.º, n.º 5, da Directiva 2001/29 deve ser interpretado no sentido de que não obsta à sua aplicação o facto de um artigo de imprensa que cita uma obra ou outro material protegido não ser considerado uma obra literária protegida por direitos de autor?

2. b) O artigo 5.º, n.º 3, alínea d), conjugado com o artigo 5.º, n.º 5, da Directiva 2001/29 deve ser interpretado no sentido de que não obsta à sua aplicação o facto de não se ter acrescentado à obra citada ou ao outro material protegido o nome do autor ou do artista intérprete ou executante?

3. a) O artigo 5.º, n.º 3, alínea e), conjugado com o artigo 5.º, n.º 5, da Directiva 2001/29 deve ser interpretado no sentido de que a sua aplicação no interesse da justiça penal no âmbito da segurança pública pressupõe um pedido concreto, actual e expresso das autoridades de segurança pública para a publicação de imagens, ou seja, pressupõe que a publicação de imagens se deva a necessidades de busca, constituindo uma violação da lei em caso contrário?

3. b) Caso seja dada resposta negativa à questão anterior: Os órgãos de informação podem invocar o artigo 5.º, n.º 3, alínea e), da Directiva 2001/29, quando, sem terem recebido um pedido de busca das autoridades, decidam eles próprios que a publicação de imagens se justifica «no interesse da segurança pública»?

3. c) Caso seja dada resposta afirmativa à questão anterior: Nesse caso, basta que os órgãos de informação afirmem posteriormente que uma publicação de imagens foi feita para efeitos de busca, ou é necessário que haja em todos os casos um pedido de busca para que os leitores colaborem no esclarecimento de um crime que deve estar directamente associado à publicação da imagem?

VI — Processo perante o Tribunal de Justiça

33. O pedido de decisão prejudicial deu entrada no Tribunal de Justiça em 22 de Março de 2010.

34. Foram apresentadas observações escritas pela demandante e pelas demandadas no processo principal, pelos Governos austríaco, italiano e espanhol e pela Comissão.

35. Dado que nenhum dos intervenientes solicitou a realização de uma audiência, pôde-se começar a elaborar as conclusões a apresentar neste processo depois da sessão plenária do Tribunal de Justiça em 14 de Dezembro de 2010.

4) O artigo 1.º, n.º 1, conjugado com o artigo 5.º, n.º 5, da Directiva 2001/29 e o artigo 12.º da Convenção de Berna, especialmente tendo em conta o artigo 1.º do Primeiro Protocolo Adicional à CEDH e o artigo 17.º da Carta dos Direitos Fundamentais, devem ser interpretados no sentido de que obras fotográficas ou fotografias, em especial retratos, gozam de uma protecção «mais fraca» ou mesmo de nenhuma protecção em matéria de direitos de autor, porque, devido à sua natureza de «reprodução da realidade», só oferecem uma possibilidade de [criação] reduzida?

VII — Quanto à admissibilidade do pedido de decisão prejudicial e das diferentes questões prejudiciais

36. As demandadas no processo principal têm dúvidas quanto à admissibilidade do pedido de decisão prejudicial na sua totalidade. O órgão jurisdicional nacional não apurou suficientemente os factos e não fundamentou de forma suficiente as suas dúvidas relativamente à correcta interpretação do Direito da

União. Além disso, não estabeleceu uma relação suficiente entre as disposições de direito nacional aplicáveis ao litígio e as disposições de Direito da União, não tendo, em particular, citado as normas aplicáveis de direito nacional.

37. Estas acusações não podem ter acolhimento.

38. Como resulta do pedido de decisão prejudicial, o caso em apreço caracteriza-se pela particularidade de ter sido precedido por um procedimento cautelar. Neste procedimento, o Oberster Gerichtshof (a seguir «OGH») defendeu posições jurídicas cuja compatibilidade com as exigências de Direito da União é agora controvertida entre as partes no processo principal. Para os fins de um pedido de decisão prejudicial nos termos do artigo 267.º TFUE basta que o órgão jurisdicional de reenvio exponha a posição jurídica do OGH e esclareça que, em razão das diferentes opiniões das partes no processo principal, tem dúvidas sobre a compatibilidade desta posição jurídica com as exigências do Direito da União. De resto, o órgão jurisdicional de reenvio, na exposição da posição jurídica do OGH, descreveu as normas do direito nacional aplicáveis com uma precisão suficiente para os fins do presente processo.

VIII — Quanto à primeira questão prejudicial

39. A primeira questão prejudicial é relativa ao foro da conexão nos termos do artigo 6.º, n.º 1, do Regulamento n.º 44/2001. O órgão jurisdicional de reenvio interroga-se sobre se nos termos desta disposição também é competente para as acções contra a segunda demandada e contra a quinta demandada, na medida em que se trata dos artigos nos jornais que apenas foram distribuídos na Alemanha (ou seja, do jornal diário *Express* e da edição nacional do *Bild*) [9].

40. As circunstâncias de facto e de direito do presente caso caracterizam-se, entre outros, pelo facto de o órgão jurisdicional de reenvio nos termos do artigo 2.º do Regulamento n.º 44/2001 ser competente para a acção contra a primeira demandada no processo principal, que tem a sua sede em Viena e que edita o jornal diário *Der Standard* distribuído na Áustria. Segundo as indicações do órgão jurisdicional de reenvio, a esta acção, que se baseia na violação dos direitos de autor da demandante, é aplicável o direito austríaco. A acção contra a quinta demandada e a acção contra a segunda demandada no processo principal, relativamente aos artigos no jornal diário *Express* e na edição nacional do *Bild*, baseiam-se em violações comparáveis dos direitos de autor da demandante. Caso o órgão jurisdicional de reenvio fosse competente para conhecer destas acções, segundo as suas indicações, aplicar-se-ia o direito alemão a respeito da publicação nestes jornais diários

9 — V. n.º 27 destas conclusões. Em relação aos demais jornais, à revista e às páginas de Internet, o órgão jurisdicional de reenvio não nos coloca esta questão.

que não são distribuídos na Áustria. O órgão jurisdicional de reenvio refere ainda que embora as normas dos direitos alemão e austríaco sejam diferentes, as mesmas prevêem pressupostos que são no essencial, comparáveis.

Em favor de tal interpretação apontam também razões de economia processual. Além disso, na era da Internet, tem que se possibilitar a um autor impugnar com eficácia violações dos seus direitos de autor perpetradas em diversos Estados-Membros.

A — *Argumentos essenciais dos intervenientes no processo*

41. Segundo a opinião da *demandante no processo principal,* no presente caso aplica-se a regra de competência que prevê o foro da conexão. Há interesse em que todas as acções sejam instruídas e julgadas simultaneamente para evitar soluções que poderiam ser inconciliáveis se as causas fossem julgadas separadamente, apesar de a matéria de facto ser a mesma e de a legislação aplicável ser praticamente idêntica. As pretensões formuladas relativamente a todas as demandadas no processo principal são, salvo pequenas excepções, idênticas. A matéria de facto é comparável, dado que em todos os casos as fotografias controvertidas foram exploradas sem o consentimento da demandante no processo principal. O facto de às diferentes acções serem aplicados diversos direitos nacionais, que contudo prevêem, no essencial, fundamentos jurídicos idênticos, não obsta à aplicação do artigo 6.º, n.º 1, do Regulamento n.º 44/2001.

42. As *demandadas no processo principal* consideram a questão desde logo inadmissível, porque apenas um órgão jurisdicional nacional cujas decisões não sejam susceptíveis de recurso judicial previsto no direito interno poderia pedir ao Tribunal de Justiça que se pronunciasse sobre a interpretação do Regulamento n.º 44/2001. Além disso, defendem a tese de que o artigo 6.º, n.º 1, do Regulamento n.º 44/2001 não se aplica no caso em apreço, dado que falta o nexo estreito exigido por força desta disposição. Em primeiro lugar, a publicação das fotografias controvertidas nos distintos jornais deve ser apreciada em separado. Em segundo lugar, a situação jurídica nos diversos Estados-Membros pode ser diferente, o que torna impossível que sejam proferidas decisões inconciliáveis. No acórdão Roche Nederland [10], o Tribunal de Justiça negou a existência de um nexo estreito suficiente num caso comparável. Nesse caso, as diversas demandadas pertenciam mesmo ao mesmo grupo de empresas e tinham agido de modo semelhante em razão de uma política comercial comum. No caso em apreço, não se pode por maioria de razão considerar que existe um nexo estreito.

10 — Já referido na nota 3.

43. O *Governo austríaco* e a *Comissão* alegam que a aplicação do artigo 6.º, n.º 1, do Regulamento n.º 44/2001 não pode ser desde logo excluída pelo facto de à acção contra a primeira demandada com sede na Áustria e às demais acções se aplicarem direitos nacionais distintos.

44. Antes de mais, a Comissão assinala que o conceito de «soluções inconciliáveis» contido no artigo 6.º, n.º 1, do Regulamento n.º 44/2001 não pode ser interpretado de modo comparável ao do conceito correspondente previsto no artigo 34.º, n.º 3, do Regulamento n.º 44/2001.O artigo 6.º, n.º 1, do Regulamento n.º 44/2001 tem, antes, uma relação estreita com o artigo 28.º, n.º 3, do Regulamento n.º 44/2001, dado que ambos prosseguem o objectivo de evitar decisões inconciliáveis. No entanto, as finalidades das duas disposições não são completamente idênticas.

45. Além disso, o Governo austríaco expõe que o artigo 6.º, n.º 1, do Regulamento n.º 44/2001 não se destina certamente a eliminar o risco de que sejam proferidas decisões inconciliáveis, o qual poderia resultar do facto de os direitos nacionais aplicáveis serem diferentes e de estas diferenças entre os direitos nacionais poderem conduzir a decisões diferentes. No entanto, a mesma disposição visa evitar contradições entre duas decisões que devem ser reconduzidas a uma apreciação diversa da matéria de facto. Por conseguinte, o artigo 6.º, n.º 1, do Regulamento n.º 44/2001 também abrange acções às quais são respectivamente aplicáveis direitos nacionais diferentes, na medida em que os pressupostos previstos por ambos os direitos sejam, no essencial, comparáveis.

46. Segundo a Comissão também não constitui um pressuposto para a aplicação do artigo 6.º, n.º 1, do Regulamento n.º 44/2001 que as diferentes acções se baseiem nos mesmos fundamentos jurídicos. Se assim não fosse, esta disposição perderia uma parte considerável da sua eficácia prática. A questão de saber se existe o risco de decisões contraditórias serem proferidas não é decisiva para a aplicação desta disposição. Ao invés, devem ser apreciadas todas as circunstâncias do caso concreto, devendo em particular atender-se aos objectivos do reforço da tutela jurisdicional e da prevenção de processos paralelos bem como aos interesses do demandante e do demandado. Além disso, importa assegurar que existem possibilidades adequadas de invocar os direitos da propriedade intelectual. No caso em apreço, o interesse da demandante no processo principal numa tutela jurisdicional efectiva contra violações dos direitos de autor prevalece sobre o da segunda demandada no processo principal, pelo que o artigo 6.º, n.º 1, do Regulamento n.º 44/2001 se aplica. Em relação à quinta demandada, que distribuiu o seu jornal apenas na Alemanha, uma tal acção não era contudo suficientemente previsível, não se aplicando assim o artigo 6.º, n.º 1, do Regulamento n.º 44/2001.

B — *Quanto à admissibilidade*

47. Na medida em que as demandadas no processo principal alegam que a primeira questão é inadmissível, porque apenas um órgão jurisdicional nacional cujas decisões não sejam susceptíveis de recurso judicial previsto no direito interno poderia pedir ao Tribunal de Justiça que se pronunciasse sobre a interpretação do Regulamento n.º 44/2001, importa rejeitar este argumento.

48. Esta restrição prevista no artigo 68.º, n.º 1, CE já não se encontra no TFUE, que entrou em vigor em 1 de Dezembro de 2009, e que é assim aplicável *ratione temporis* ao pedido de decisão prejudicial que deu entrada na Secretaria do Tribunal de Justiça em 22 de Março de 2010.

C — *Apreciação jurídica*

49. Com a sua primeira questão prejudicial, o órgão jurisdicional de reenvio pretende no essencial, saber se o foro da conexão previsto no artigo 6.º, n.º 1, do Regulamento n.º 44/2001 é aplicável em relação à segunda demandada e à quinta demandada, na medida em que se trate das publicações das fotografias controvertidas e do retrato-robô nos jornais diários apenas distribuídos na Alemanha, ou seja, da edição nacional do *Bild* e do *Express.*

50. Nos termos do artigo 6.º, n.º 1, do Regulamento n.º 44/2001, um demandante que demande uma pessoa perante o tribunal do domicílio desta (a seguir «acção-âncora») [11], pode também demandar uma outra pessoa perante este tribunal. Pressuposto para tal é contudo que a acção-âncora e as demais acções estejam ligadas entre si por um nexo tão estreito que haja interesse em que sejam instruídas e julgadas simultaneamente para evitar soluções que poderiam ser inconciliáveis se as causas fossem julgadas separadamente.

51. No caso em apreço, a acção proposta contra a primeira demandada, que tem a sua sede em Viena, constitui uma acção-âncora.

52. O órgão jurisdicional de reenvio tem dúvidas quanto à existência do segundo pressuposto do artigo 6.º, n.º 1, do Regulamento n.º 44/2001, isto é, do nexo estreito entre a acção-âncora, por um lado, e as acções já referidas contra a segunda demandada e a quinta demandada por outro lado. Este segundo pressuposto tem a sua origem na jurisprudência do Tribunal de Justiça relativa à disposição precedente do artigo 6.º, n.º 1, da Convenção de Bruxelas. A redacção do artigo 6.º,

11 — Quanto a este conceito, Althammer, C., Die Anforderungen an die «Ankerklage» am forum connexitatis, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts* 2006, p. 558 e segs.

n.º 1, da Convenção de Bruxelas não previa um pressuposto equivalente. No entanto, o Tribunal de Justiça considerou necessária a verificação deste pressuposto suplementar para assegurar a eficácia prática do artigo 2.º da Convenção de Bruxelas, no qual foi consagrado o princípio da competência dos tribunais do domicílio do demandado [12]. No âmbito do Regulamento n.º 44/2001, o legislador da União introduziu no texto da disposição este pressuposto elaborado pelo Tribunal de Justiça. Por conseguinte, há uma continuidade entre o artigo 6.º, n.º 1, do Regulamento n.º 44/2001 e o artigo 6.º, n.º 1, da Convenção de Bruxelas.

53. O órgão jurisdicional de reenvio coloca-se a questão de saber se um nexo estreito, como o que é exigido pelo artigo 6.º, n.º 1, do Regulamento n.º 44/2001, pode existir num caso, no qual

— em todas as acções são invocadas violações, de conteúdo comparável, de direitos de autor e formuladas pretensões comparáveis;

— é aplicável direito austríaco à acção-âncora e o direito alemão às acções contra a segunda demandada e a quinta demandada relativamente aos jornais distribuídos na Alemanha;

— os pressupostos das pretensões invocadas são, no essencial, idênticos nos termos dos direitos austríaco e alemão.

54. Ocupar-me-ei da resposta a esta questão de forma progressiva. Desde logo, debruçar-me-ei sobre a posição do foro da conexão no sistema global de competências nos termos do Regulamento n.º 44/2001 (1). A seguir, examinarei qual a relação existente entre o artigo 6.º, n.º 1, do Regulamento n.º 44/2001, cujo objectivo consiste em particular em evitar decisões inconciliáveis, e outras disposições de finalidade semelhante (2). Posteriormente, exporei o modo como o Tribunal de Justiça interpretou o pressuposto do nexo estreito (3). Por considerar parcialmente justificadas as objecções à jurisprudência do Tribunal de Justiça (4), irei sugerir-lhe que modifique ligeiramente a sua posição (5).

1. Quanto ao sistema global do Regulamento n.º 44/2001

55. Nos termos do artigo 2.º do Regulamento n.º 44/2001, são, em princípio, os tribunais do Estado-Membro em cujo território o demandado tem o seu domicílio que são competentes para conhecer de uma acção. No entanto, o Regulamento n.º 44/2001 prevê uma série

12 — Acórdãos Kalfelis (Já referido na nota 3, n.os 6 a 12) e de 27 de Outubro de 1998, Réunion européenne e o. (C-51/97, Colect., I-6511, n.º 47 e seg.).

taxativa de regras de competências especiais que derrogam a este princípio. Segundo jurisprudência assente, as regras sobre competências especiais, entre as quais se conta também o artigo 6.º, n.º 1, do Regulamento n.º 44/2001, são de interpretação estrita [13].

56. Na interpretação do artigo 6.º, n.º 1, do Regulamento n.º 44/2001, importa ter igualmente em atenção o seu décimo primeiro considerando. Segundo este considerando, as regras de competência devem apresentar um elevado grau de certeza jurídica e articular-se em torno do princípio de que em geral a competência tem por base o domicílio do requerido. Este princípio só pode ser derrogado em alguns casos bem determinados em que a matéria em litígio ou a autonomia das partes justificam outro critério de conexão.

2. Relação sistemática com normas com finalidade semelhante

57. O fim do artigo 6.º, n.º 1, do Regulamento n.º 44/2001 é, em particular, evitar soluções inconciliáveis no caso de pedidos que estejam ligados entre si por um nexo estreito [14]. Parece, assim, lógico, na interpretação desta disposição orientar-se por outras disposições do Regulamento n.º 44/2001 que tenham uma finalidade semelhante. O artigo 34.º, n.º 3, do Regulamento n.º 44/2001 (a) e o artigo 28.º do Regulamento n.º 44/2001 (b) também dizem respeito a contradições entre duas decisões judiciais.

a) Orientação pelo artigo 34.º, n.º 3, do Regulamento n.º 44/2001?

58. Antes de mais, levanta-se a questão de saber se o artigo 6.º, n.º 1, do Regulamento n.º 44/2001 deverá ser objecto de uma interpretação orientada pelo artigo 34.º, n.º 3, do Regulamento n.º 44/2001 e pela jurisprudência proferida a respeito desta disposição. A mesma prevê que, uma decisão, que foi proferida num Estado-Membro entre duas partes não será reconhecida se for inconciliável com outra decisão proferida quanto às mesmas partes no Estado-Membro requerido.

59. Quanto à disposição precedente do artigo 34.º, n.º 3, do Regulamento n.º 44/2001, o artigo 27.º, n.º 3, do Regulamento n.º 44/2001, o Tribunal de Justiça declarou que só é possível admitir que há inconciliabilidade entre duas decisões na acepção desta disposição, quando as duas decisões produzem consequências jurídicas que mutuamente se excluem [15]. Este é por exemplo o caso quando, entre duas pessoas, na primeira decisão se

13 — Acórdãos Freeport (já referido na nota 3, n.º 35) e de 13 de Julho de 2006, Reisch Montage (C-103/05, Colect., I-6827, n.º 23).

14 — Paralelamente, o artigo 6.º, n.º 1, do Regulamento n.º 44/2001 também prossegue finalidades de economia processual.

15 — Acórdão de 4 de Fevereiro de 1988, Hoffmann (145/86, Colect., p. I-645 n.º 22).

ordenou a prestação de alimentos com fundamento na relação matrimonial, ao passo que na segunda se decretou o divórcio [16].

60. Em parte é sugerido, na interpretação do artigo 6.º, n.º 1, do Regulamento n.º 44/2001, orientar-se pelo artigo 34.º, n.º 3, do Regulamento n.º 44/2001 e aplicar ao artigo 6.º, n.º 1, do Regulamento n.º 44/2001 a referida jurisprudência [17]. Contra esta tese militam todavia as razões a seguir indicadas.

61. Em primeiro lugar, o artigo 34.º, n.º 3, do Regulamento n.º 44/2001 e o artigo 6.º, n.º 1, do Regulamento n.º 44/2001 dizem respeito a situações distintas e têm assim finalidades diferentes.

62. O artigo 34.º, n.º 3, do Regulamento n.º 44/2001 é aplicado na fase do reconhecimento e execução de decisões dos tribunais de outros Estados-Membros. O mesmo é uma disposição para resolver um conflito entre duas decisões judiciais entre as mesmas partes, conflito que, segundo o sistema do Regulamento n.º 44/2001, não deveria em princípio sequer ocorrer [18]. O não reconhecimento, nos termos do artigo 34.º, n.º 3, do Regulamento n.º 44/2001, representa assim uma excepção, na medida em que, um afastamento do princípio do reconhecimento quase automático das decisões de tribunais de outros Estados-Membros e, deste modo, da «pedra angular» do Regulamento n.º 44/2001, é excepcionalmente justificado. Por esta razão, esta disposição deve ser interpretada de forma estrita e ser restringida a decisões que produzem consequências jurídicas que mutuamente se excluem [19].

63. Ao invés, o artigo 6.º, n.º 1, do Regulamento n.º 44/2001 diz respeito a um outro caso. Desde logo, visa evitar decisões inconciliáveis de tribunais, antes de estas sequer serem proferidas. Depois não se trata de contradições entre duas decisões entre as mesmas partes, mas de potenciais contradições entre duas decisões, sendo uma proferida entre o demandante e o demandado da acção-âncora e a outra entre o demandante e um outro demandado. O artigo 6.º, n.º 1, do Regulamento n.º 44/2001 concede ao demandado a possibilidade de, nos casos em que existe um nexo estreito entre os pedidos, submeter os dois pedidos à apreciação do mesmo tribunal, a fim de evitar tais contradições entre as decisões que podem resultar do facto de dois tribunais diferentes decidirem sobre os pedidos [20].

16 — *Ibidem*, n.º 25).

17 — Assim, o advogado-geral Léger nos n.os 107 a 110 das suas conclusões de 8 de Dezembro 2005 apresentadas no processo Roche Nederland (já referidos na nota 3) deu preferência a tal interpretação estrita do artigo 6.º, n.º 1, da Convenção de Bruxelas. No seu acórdão proferido neste processo, o Tribunal de Justiça deixou em aberto se se deve seguir esta tese, v. n.º 25 do acórdão. No entanto, é possível extrair do acórdão Freeport (já referidos na nota 3) que o Tribunal de Justiça não tem seriamente em conta esta abordagem estrita.

18 — V; em particular a norma da litispendência prevista no artigo 27.º do Regulamento n.º 44/2001.

19 — V. o décimo sétimo considerando do Regulamento n.º 44/2001 e o acórdão de 6 de Dezembro 1994, Tatry (C-406/92, Colect., p. I-5439, n.º 55).

20 — Além disso, a aplicação do artigo 6.º, n.º 1, do Regulamento n.º 44/2001 pode também acarretar vantagens em matéria de economia processual.

64. Em razão dos diferentes objectos normativos, já previamente referidos, das duas disposições, parece-me desde logo pouco lógico transpor para o artigo 6.º, n.º 1, do Regulamento n.º 44/2001 a jurisprudência proferida relativamente à disposição precedente do artigo 34.º, n.º 3, do Regulamento n.º 44/2001.

65. Em segundo lugar, contra a transposição da jurisprudência proferida relativamente à disposição precedente do artigo 34.º, n.º 3, do Regulamento n.º 44/2001 aponta o facto de que restringiria o *effet utile* do artigo 6.º, n.º 1, do Regulamento n.º 44/2001 numa medida considerável. Um caso em que as consequências jurídicas de duas decisões se excluem mutuamente só ocorrerá em regra quando se trate de duas decisões que tenham sido proferidas entre as mesmas partes. Dado que o artigo 6.º, n.º 1, do Regulamento n.º 44/2001 não diz contudo respeito a este caso, mas a um outro em que as duas decisões, por um lado, são proferidas entre o demandante e o demandado da acção-âncora e, por outro lado, entre o demandante e um outro demandado, em geral não se produzirão consequências jurídicas que se excluam mutuamente na acepção do artigo 34.º, n.º 3, do Regulamento n.º 44/2001. Com efeito, mesmo que as decisões fossem contraditórias, as duas poderiam em regra ser executadas [21].

66. Em suma, deve portanto rejeitar-se uma interpretação do artigo 6.º, n.º 1, do Regulamento n.º 44/2001 orientada pelo artigo 34.º, n.º 3, do Regulamento n.º 44/2001, e uma transposição para o artigo 6.º, n.º 1, do Regulamento n.º 44/2001 da jurisprudência proferida relativamente à disposição precedente do artigo 34.º, n.º 3, do Regulamento n.º 44/2001 [22].

b) Orientação pelo artigo 28.º do Regulamento n.º 44/2001

67. Ao invés, na interpretação do artigo 6.º, n.º 1, do Regulamento n.º 44/2001 importa ter em conta a sua relação com o artigo 28.º do Regulamento n.º 44/2001. Nos termos do artigo 28.º, n.º 1, do Regulamento n.º 44/2001, quando acções conexas estiverem pendentes em tribunais de diferentes Estados-Membros, o tribunal a que a acção foi submetida em segundo lugar pode suspender a instância. Estando preenchidos os requisitos do seu n.º 2, o tribunal a que a acção foi submetida em segundo lugar pode mesmo declarar-se incompetente. Os requisitos da conexão, a qual pode justificar, nos termos do n.º 1 desta disposição, a suspensão da instancia e, estando preenchidos os requisitos adicionais previstos no n.º 2, até a declaração de incompetência, estão previstos no seu n.º 3. Os mesmos são textualmente idênticos ao segundo pressuposto previsto no artigo 6.º,

21 — V. A este respeito, o n.º 109 das conclusões proferidas no processo Roche Nederland (já referidos na nota 3).

22 — Neste sentido também Gaudemet-Tallon, H., *Compétence et exécution des jugements en Europe*, 4. Edição 2010, L.G.D.J., p. 255.

n.º 1, do Regulamento n.º 44/2001. Como acima se expôs [23], isto deve atribuir-se ao facto de a formulação do artigo 6.º, n.º 1, do Regulamento n.º 44/2001 ter a sua origem na jurisprudência do Tribunal de Justiça proferida em relação ao artigo 6.º, n.º 1, da Convenção de Bruxelas e de o Tribunal de Justiça se ter orientado pela disposição precedente do artigo 28.º, n.º 3, do Regulamento n.º 44/2001, o artigo 22.º, n.º 3, da Convenção de Bruxelas.

68. Desde logo por esta razão, parece lógico na interpretação do artigo 6.º, n.º 1, do Regulamento n.º 44/2001 ter em conta a relação sistemática com o artigo 28.º do Regulamento n.º 44/2001, e assim também a jurisprudência proferida a respeito desta disposição e da sua disposição precedente. Segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, o conceito de conexão na acepção do artigo 22.º, n.º 3, da Convenção de Bruxelas (ou o actual artigo 28.º, n.º 3, do Regulamento n.º 44/2001) deve ser interpretado no sentido de que para que tal conexão exista entre duas acções, basta que a instrução e o julgamento separado das duas acções comportem o risco de uma contradição de decisões, sem ser necessário que impliquem o risco de consequências jurídicas que mutuamente se excluem [24]. A meu ver, esta jurisprudência parece ser transponível para o artigo 6.º, n.º 1, do Regulamento n.º 44/2001.

69. No entanto, nem todas as valorações contidas no artigo 28.º do Regulamento n.º 44/2001 podem ser transpostas sem mais para o artigo 6.º, n.º 1, do Regulamento n.º 44/2001. Com efeito, ainda que a redacção das duas disposições seja semelhante e que elas tenham finalidades comparáveis, não deixa de haver diferenças entre as mesmas que têm que ser levadas em conta.

70. O artigo 28.º, n.º 2, do Regulamento n.º 44/2001 autoriza o tribunal a que a acção foi submetida em segundo lugar a suspender a instância. Uma suspensão não conduz todavia, ao contrário do artigo 6.º, n.º 1, do Regulamento n.º 44/2001, a uma transferência da competência internacional. Nos termos do artigo 28.º, n.º 2, do Regulamento n.º 44/2001, um tribunal pode certamente declarar-se incompetente, estando preenchidos requisitos adicionais. No entanto, deve assumir-se que um tribunal nacional adoptará as decisões que o artigo 28.º do Regulamento n.º 44/2001 lhe autoriza a adoptar, em particular, atendendo às necessidades de um funcionamento harmonioso da justiça.

71. Ao invés, a decisão sobre se se aplica o foro da conexão cabe apenas ao demandante. No entanto, este não se baseará na necessidade de um funcionamento harmonioso da justiça, orientando-se antes pelo foro que lhe é mais favorável. Por esta razão, na interpretação do conceito de nexo estreito na acepção do artigo 6.º, n.º 1, do Regulamento n.º 44/2001, importa ter suficientemente em atenção o interesse do demandado, para reduzir o risco de um possível abuso. Por conseguinte, importa fixar ao conceito de nexo estreito previsto no artigo 6.º, n.º 1, do Regulamento n.º 44/2001 requisitos mais rigorosos

23 — V., n.º 52 destas conclusões.

24 — Acórdão Tatry (já referido na nota 15, n.º 58).

do que ao conceito de conexão previsto no artigo 28.º do Regulamento n.º 44/2001 [25].

3. A jurisprudência do Tribunal de Justiça

72. Após a exposição do quadro jurídico estabelecido pelo Regulamento n.º 44/2001, pretendo agora debruçar-me sobre o modo como o Tribunal de Justiça interpretou o conceito de nexo estreito na acepção do artigo 6.º, n.º 1, do Regulamento n.º 44/2001. Ao fazê-lo, importa, pelas razões já invocadas, ter em conta também a jurisprudência proferida a respeito do artigo 6.º, n.º 1, da Convenção de Bruxelas.

73. Antes de mais, o Tribunal de Justiça esclareceu que o conceito de nexo estreito, na acepção do artigo 6.º, n.º 1, do Regulamento n.º 44/2001, é um conceito do Direito da União que deve ser interpretado autonomamente e de forma idêntica em todos os Estados-Membros [26].

74. Além disso, o Tribunal de Justiça parte do princípio de que só se pode conceber uma aplicação do artigo 6.º, n.º 1, do Regulamento n.º 44/2001 (ou da Convenção de Bruxelas), quando seja possível proferir decisões divergentes no litígio na acepção desta disposição. Para tal, não basta que sejam proferidas decisões divergentes, sendo também necessário que essa divergência se inscreva no quadro de uma *mesma situação de facto e de direito* [27].

75. Resulta ainda do acórdão Roche Nederland que, no caso de acções, por contrafacção de uma patente europeia, propostas contra diversas sociedades, estabelecidas em diferentes Estados-Membros por actos supostamente cometidos no território de um ou vários desses Estados, o Tribunal de Justiça não considerou que existisse a mesma situação de facto. O Tribunal de Justiça justificou a sua posição pelo facto de os réus serem diferentes e de os actos de contrafacção de que eram acusados, levados a cabo em Estados-Membros diferentes, não serem os mesmos.

76. Para além disso, o Tribunal de Justiça declarou, neste acórdão, que não se verifica a mesma situação de direito, quando nas duas acções é aplicável direito diferente e este direito, como ocorre no domínio do direito das patentes, não está totalmente harmonizado. Neste caso, decisões divergentes não podem ser qualificadas como inconciliáveis na

25 — Neste sentido, Leible, S., in Rauscher, T., *Europäisches Zivilprozessrecht*, Sellier 2006, artigo 6.º, ponto 8.

26 — Acórdão Reisch Montage (já referido na nota 12, n.º 29).

27 — Acórdãos Freeport já referido na nota 3, n.º 40) e Roche Nederland (já referido na nota 3, n.º 26)

acepção do artigo 6.º, n.º 1, da Convenção de Bruxelas [28].

77. Posteriormente, no acórdão Freeport, o Tribunal de Justiça concluiu que a identidade dos fundamentos jurídicos das acções intentadas contra os vários réus não constitui um pressuposto da aplicação do artigo 6.º, n.º 1, do Regulamento n.º 44/2001 [29]. Cabe ao órgão jurisdicional nacional determinar a existência de um nexo estreito entre os diversos pedidos que lhe são apresentados, isto é, do risco de decisões inconciliáveis se esses pedidos forem julgados separadamente. A este respeito, deve tomar em conta todos os elementos necessários dos autos. Isso pode eventualmente levar o órgão jurisdicional nacional a tomar em consideração os fundamentos jurídicos das acções propostas perante ele [30].

4. Objecções justificadas

78. Contra certos elementos desta jurisprudência foram formuladas objecções [31]. Em relação ao pressuposto elaborado pelo Tribunal de Justiça no processo Roche Nederland, segundo o qual o artigo 6.º, n.º 1, do Regulamento n.º 44/2001 só se pode aplicar quando às duas acções esteja subjacente a mesma situação jurídica, estas objecções parecem-me justificadas. Este pressuposto parece designadamente basear-se na presunção de que não podem existir decisões inconciliáveis na acepção do artigo 6.º, n.º 1, do Regulamento n.º 44/2001, quando diferentes direitos sejam aplicáveis às acções e estes direitos não estejam totalmente harmonizados. Ora, esta presunção não está correcta [32]. A mesma só estaria correcta se, no caso das duas acções que se encontram pendentes em dois tribunais diferentes e às quais são aplicáveis respectivamente distintos direitos, *todas* as eventuais contradições entre as decisões se devessem

28 — Neste acórdão, o Tribunal de Justiça referiu que uma patente europeia permanece submetida ao direito nacional de cada Estado contratante, para o qual foi concedida («Bündeltheorie»). Por conseguinte, uma acção por contrafacção de uma patente europeia deve ser apreciada nos termos do direito nacional aplicável. Consequentemente, quando em vários tribunais de diversos Estados-Membros são propostas acções por contrafacção de uma patente europeia concedida em cada um destes Estados-Membros contra diversas sociedades, estabelecidas nestes Estados-Membros em razão de actos supostamente ali cometidos, eventuais divergências entre as decisões proferidas pelos órgãos jurisdicionais em causa não se inscrevem no quadro da mesma situação de direito. Por este motivo, não se verifica uma situação de direito comparável. Dado não existir uma situação de direito comparável, não se verifica em tal caso o risco de serem proferidas decisões inconciliáveis.

29 — Acórdão Freeport (já referido na nota 3, n.º 38).

30 — Acórdão Freeport (já referido na nota 3, n.º 41).

31 — Kur, A., «A Farewell to Cross-Border Injunctions? The ECJ Decisions GAT v. Luk and Roche Nederland v. Primus and Goldenberg», *International Review of Intellectual Property and Competition Law* 2006, p. 844 e seg.; 849 ff., Wilderspin, M., «La competence juridictionnelle en matière de litiges concernant la violation des droits de propriété intellectuelle», *Revue critique de droit international privé* 2006, p. 777 e seg., 791 e seg., Schlosser, P., «Anmerkung zu EuGH, Urteil v. 13.7.2006 — Rs. C-539/03 Roche Nederland BV u.a../. Primus u. Goldenberg» *Juristenzeitung* 2007, p. 303 e seg., 305 e seg.; Watt Muir, H., in: Magnus, U., Mankowski, P., *Brussels I Regulation*, Sellier 2007, artigo 6.º, n.º 25a. Neste contexto não pode deixar de se referir que o European Max Planck Group for Conflict of Laws in Intellectual Property (http://www.ip.mpg.de/ shared/data/pdf/clip_brussels_i_dec_06_final.pdf, p. 11 e seg.), em reacção ao acórdão Roche Nederland, propôs alterar o artigo 6.º, n.º 1, do Regulamento n.º 44/2001 de modo a tais casos serem abrangidos pelo foro da conexão.

32 — Muito crítico, Kur, A., já referido na nota 31, p. 850, que qualifica este argumento como «manifestamente errado».

atribuir às diferenças entre os dois direitos aplicáveis. No entanto, não é isso que sucede.

79. Com efeito, é sempre concebível que no caso de duas decisões proferidas por dois tribunais as contradições entre estas decisões se devam reconduzir a uma diferente apreciação da matéria de facto por estes tribunais. Se, como no caso em apreço, forem propostas duas acções com fundamento em violações de direitos de autor, sendo que a uma é aplicável o direito austríaco e a outra o direito alemão, podem existir diferenças entre as decisões que devam ser reconduzidas às diferenças entre o direito alemão e o direito austríaco em matéria de direitos de autor. No entanto, pode haver diferenças que se devam ao facto de dois tribunais, que aplicam um critério jurídico no essencial comparável, chegarem a soluções diferentes porque apreciam os factos de modo distinto.

80. Em segundo lugar, pode acontecer que também num domínio que não esteja totalmente harmonizado, determinados preceitos mínimos tenham sido harmonizado. Neste caso, em acções às quais são aplicáveis direitos nacionais distintos, pode estar afinal em causa o mesmo direito em termos de conteúdo, designadamente, o preceito comum imposto pelo Direito da União.

81. Assim, a presunção do Tribunal de Justiça de que não podem verificar-se decisões inconciliáveis na acepção do artigo 6.º, n.º 1, do Regulamento n.º 44/2001, quando às acções sejam aplicáveis direitos nacionais diferentes e estes direitos não estejam totalmente harmonizados, não é, a meu ver, sustentável.

82. Aquela presunção pode fundamentar-se no facto de os tribunais dos Estados-Membros não serem aptos a decidir sobre a violação de direitos da propriedade intelectual ocorridas noutro Estado-Membro em conformidade com o direito destes Estados-Membros. O sistema do Regulamento n.º 44/2001 tem, com efeito, subjacente uma tal competência fundamental dos tribunais.

83. Em terceiro lugar, o seguinte exemplo levanta a questão de saber se pode constituir um pressuposto imperativo do artigo 6.º, n.º 1, do Regulamento n.º 44/2001 o facto de à acção-âncora e às outras acções ser aplicável o mesmo direito. Num caso de garantia de responsabilidade subsidiária, segundo a qual um dos demandados só responde quando o outro demandado não responde ou de responsabilidade alternativa, existe a meu ver um interesse manifesto em que o litígio seja decidido por um só tribunal, a fim de evitar soluções contraditórias [33]. O nexo jurídico

33 — Verificar-se-ia uma solução inconciliável, por exemplo, quando um tribunal decide que o demandado, responsável principal, não deve responder, enquanto outro tribunal decide que o outro demandado, que é responsável subsidiário, não responde porque segundo a sua opinião o devedor primário deveria responder.

entre ambas as acções não depende do facto de às acções ser aplicável o mesmo direito.

84. As considerações precedentes despertam dúvidas sobre se uma aplicação do artigo 6.º, n.º 1, do Regulamento n.º 44/2001 só é justificada quando às duas acções é aplicável o mesmo direito.

85. No seu acórdão Freeport, o Tribunal de Justiça parece, é certo, ter-se afastado quanto ao fundo da sua posição adoptada no acórdão Roche Nederland. No entanto, dado que no primeiro acórdão continua a exigir, com remissão para o acórdão Roche Nederland, que se trate da mesma situação de facto e de direito [34], a concepção global do Tribunal de Justiça permanece pouco clara [35].

5. Quanto ao nexo estreito na acepção do artigo 6.º, n.º 1, do Regulamento n.º 44/2001

86. Tendo como pano de fundo as críticas, a meu ver justificadas, à anterior jurisprudência do Tribunal de Justiça, proponho que se use um critério ligeiramente modificado na análise da questão de saber se se verifica um nexo estreito suficiente na acepção do artigo 6.º, n.º 1, do Regulamento n.º 44/2001. Importa previamente assinalar que, no âmbito do artigo 6.º, n.º 1, do Regulamento n.º 44/2001, só releva um nexo entre a acção-âncora, por um lado, e as outras acções ou outra acção, por outro lado. Esta exigência deve ser tomada a sério (a). O primeiro pressuposto da existência de um nexo estreito é que à acção-âncora e às outras acções esteja subjacente uma situação de facto unitária (b). Em segundo lugar, é necessário que exista uma relação jurídica suficientemente estreita entre a acção-âncora e as outras acções (c). Ao invés, não há que examinar em separado se no caso concreto existe o risco de serem proferidas decisões inconciliáveis (d).

a) Relação entre a acção-âncora e as outras acções ou a outra acção

87. O artigo 6.º, n.º 1, do Regulamento n.º 44/2001 permite a aplicação do foro da conexão apenas às acções que tenham uma relação estreita com a acção-âncora. Estas acções não podem contudo por seu turno servir de acção-âncora para outras acções que apresentam uma relação estreita com ela.

88. Tal conclusão resulta, em primeiro lugar, da redacção do artigo 6.º, n.º 1, do Regulamento n.º 44/2001 que pressupõe um nexo estreito entre a acção-âncora e as outras acções.

34 — Acórdão Freeport (já referido na nota 3, n.º 40).

35 — Roth, H., «Das Konnexitätserfordernis im Mehrparteiengerichtsstand des Art. 6 Ziffer 1 EuGVO», *Die Richtige Ordnung — Festschrift für Jan Kropholler*, Mohr Siebeck 2008, p. 884 e seg., 887, aponta contradições entre estes dois acórdãos. No mesmo sentido, também Gaudemet-Tallon, H., já referido na nota 21, p. 256 e seg.º e 258 e seg..

Em segundo lugar, nesse sentido aponta o princípio de que as regras de competência devem apresentar um elevado grau de certeza jurídica para o demandado.

89. No presente caso isso significa que o foro da conexão para as acções contra a quinta demandada e contra a segunda demandada relativamente aos jornais distribuídos na Alemanha só se aplica quando estas acções apresentarem respectivamente um nexo suficientemente estreito com a acção-âncora contra a primeira demandada. Em contrapartida, a questão de saber se entre as diversas acções contra a segunda a quinta demandadas existe uma relação, é irrelevante no âmbito do artigo 6.º, n.º 1, do Regulamento n.º 44/2001, dado que estas demandadas não têm sede na Áustria e as acções não podem por isso constituir acções-âncora.

90. Por conseguinte, o órgão jurisdicional de reenvio não pode fundamentar a sua competência nos termos do artigo 6.º, n.º 1, do Regulamento n.º 44/2001, relativamente à acção contra a segunda demandada devido à edição nacional do *Bild* distribuída na Alemanha, no facto de perante esse tribunal se encontrarem pendentes outras acções contra a segunda demandada em razão dos jornais distribuídos na Áustria (edição de Munique do *Bild* e do *Die Welt*) para as quais é competente. Com efeito, estas outras acções contra a segunda demandada não são acções-âncora, na acepção do artigo 6.º, n.º 1, do Regulamento n.º 44/2001, por a segunda demandada não ter a sua sede na Áustria.

b) Unicidade da situação de facto

91. O primeiro pressuposto para a existência de conexão entre a acção-âncora por um lado, e uma das outras acções por outro é que às acções esteja subjacente uma situação de facto unitária. Neste contexto há que ter em atenção que a aplicação do artigo 6.º, n.º 1, do Regulamento n.º 44/2001 deve apresentar um elevado grau de certeza jurídica para o demandado [36]. Portanto, um pressuposto mínimo para que se trate de uma situação de facto unitária é que o demandado possa pelo menos reconhecer que pode ser demandado, enquanto co-demandado de um demandado na acção-âncora, perante o tribunal do domicílio deste último nos termos do artigo 6.º, n.º 1, do Regulamento n.º 44/2001.

36 — V. n.º 56 destas conclusões.

92. Este pressuposto mínimo não está preenchido quando a situação de facto, na qual a demandante baseia a sua acção-âncora e as outras acções, se apresenta de tal modo que o comportamento dos demandados na acção-âncora e dos outros demandados, apesar de dizer respeito aos mesmos bens jurídicos ou a bens jurídicos semelhantes da demandante e tem carácter semelhante, produzem-se todavia de modo independente e sem conhecimento uns dos outros. Num tal caso de processos paralelos não concertados, não é com efeito suficientemente previsível para o outro demandado que, em conformidade com o artigo 6.º, n.º 1, do Regulamento n.º 44/2001, também pode ser demandado perante o tribunal do domicílio do demandado na acção-âncora.

93. Cabe ao órgão jurisdicional de reenvio apreciar se no processo principal existiu um comportamento paralelo e não concertado da demandada na acção-âncora, por um lado, e da segunda e quinta demandadas, por outro. As informações relativas aos factos que resultam do despacho de reenvio permitem, contudo, supor que no caso em apreço se tratou de um comportamento paralelo e não concertado. Neste caso, a aplicação do artigo 6.º, n.º 1, do Regulamento n.º 44/2001 é desde logo malograda pelo facto de não se verificar uma situação de facto unitária na acepção desta disposição.

94. Neste passo, não pode deixar de se mencionar que o Tribunal de Justiça no acórdão Roche também negou a aplicação do artigo 6.º, n.º 1, da Convenção de Bruxelas em razão basicamente da ausência da «mesma situação de facto» num caso em que se alegou que uma patente europeia tinha sido violada por sociedades de um grupo estabelecidas em diversos Estados-Membros. O Tribunal de Justiça fundamentou em particular a sua posição no facto de terem sido demandadas várias pessoas e de as violações que lhes eram imputadas, perpetradas em distintos Estados-Membros, não serem as mesmas [37]. Não pretendo neste ponto analisar esta jurisprudência, que não é incontroversa [38], dado que no processo principal não se verifica desde logo um comportamento paralelo concertado [39].

37 — Acórdão Roche Nederland (já referido na nota 3, n.º 26 e seg.).

38 — V., em particular, Wilderspin, M., já referido na nota 31, p. 791 e seg.

39 — Apenas a título complementar, queria assinalar que os receios expressados pelo Tribunal de Justiça nos n.ºs 37 e seg. do acórdão Roche Nederland (já referido na nota 3) de que uma aplicação do artigo 6.º, n.º 1, do Regulamento n.º 44/2001, num tal caso, pudesse afectar a previsibilidade das regras de competência e encorajaria uma prática de «fórum shopping» podem, na minha opinião, ser contrariados através de uma observância rigorosa do pressuposto, conforme sugerido nos n.ºs 87 a 90 destas conclusões, relativo a uma relação com a acção-âncora. Com efeito, isto levaria em regra a considerar como foro comum para todas as acções contra as sociedades do grupo apenas a sede da sociedade-mãe, quando esta fosse demandada conjuntamente com as respectivas filiais.

c) Relação jurídica suficientemente estreita

95. O segundo pressuposto para um nexo estreito na acepção do artigo 6.º, n.º 1, do Regulamento n.º 44/2001 é que exista uma relação jurídica suficiente. Dado que no caso em apreço, não parece sequer existir uma situação de facto unitária, serei breve a propósito deste segundo pressuposto.

96. O ponto de partida teórico deve ser, a este respeito, a questão de saber se as duas acções apresentam uma relação jurídica tão estreita que não seja exigível para a demandante submeter as acções à apreciação de dois tribunais. Da redacção do artigo 6.º, n.º 1, do Regulamento n.º 44/2001 decorre que esse pode ser em particular o caso, quando a relação jurídica entre duas acções é de tal modo estreita que contradições entre as duas decisões não seriam aceitáveis. Além disso, em certa medida, também aspectos de economia processual podem ser tidos em conta neste contexto, devendo contudo atender-se rigorosamente ao interesse dos demandados na previsibilidade das competências.

97. Casos nos quais a relação jurídica entre duas acções é tão estreita que não seriam aceitáveis contradições entre as decisões, são desde logo casos nos quais o resultado de uma das acções depende do resultado da outra acção. A este respeito, remeto para o exemplo da garantia de responsabilidade subsidiária ou da responsabilidade alternativa mencionado no n.º 83 das presentes conclusões. Verifica-se ainda uma relação jurídica suficientemente estreita em especial quando o demandado seja um devedor solidário, um co-proprietário ou uma comunidade de direito.

98. Nos casos que se formulam pretensões comparáveis e os pressupostos nos termos do direito respectivamente aplicável é no essencial comparável, milita desde logo em favor de uma aplicação do artigo 6.º, n.º 1, do Regulamento n.º 44/2001 que com este se pretende evitar contradições que poderiam resultar de uma apreciação diferente dos factos levada a cabo por dois tribunais. Do mesmo modo, na medida em que existam preceitos comuns de direito da União, pode invocar-se a necessidade de evitar contradições de natureza jurídica. Além disso, considerações de economia processual apontam igualmente no sentido da existência da referida relação. Em tais casos, o requisito de que à acção-âncora e à outra acção esteja subjacente uma situação de facto unitária assume uma importância decisiva. O risco de uma diferente apreciação dos factos e de uma divergência na valoração jurídica só pode justificar uma transferência da competência nos termos do artigo 6.º, n.º 1, do Regulamento n.º 44/2001 quando essa transferência seja previsível para o demandado.

99. Atendendo a que, no caso em apreço, não existe desde logo uma tal situação de facto unitária, este ponto não requer mais aprofundamento para efeitos do presente processo.

Para terminar, cabe assinalar contudo que os exemplos antes referidos, nos quais se verifica uma relação suficientemente estreita, não podem ser compreendidos como uma enumeração taxativa dos casos nos quais existe uma relação jurídica suficiente.

d) Ausência de análise ou de prognóstico separados relativamente à existência de um risco de contradição no caso concreto

100. Contrariamente ao que designadamente o acórdão Roche Nederland parece indicar [40], não é necessário verificar se, para além da existência de uma situação de facto unitária e de uma relação jurídica suficientemente estreita, há o risco de uma contradição entre duas decisões ou fazer um prognóstico a esse respeito.

101. A norma do artigo 6.º, n.º 1, do Regulamento n.º 44/2001 visa designadamente o *risco abstracto* de que a transferência de duas decisões para dois tribunais originem contradições entre estas decisões [41]. Como se expôs anteriormente, no caso em que dois tribunais decidem sobre duas acções baseadas em factos semelhantes, existe, com efeito, o risco de diferenças entre as decisões dos tribunais se ficarem a dever a uma diferente apreciação dos factos. Segundo este entendimento, é certamente o *fim* do artigo 6.º, n.º 1, do Regulamento n.º 44/2001 evitar contradições. No entanto, dado que se trata de um risco abstracto, apenas a existência de um nexo suficientemente estreito com a acção-âncora constitui um pressuposto [42].

102. A redacção do artigo 6.º, n.º 1, do Regulamento n.º 44/2001 também não se opõe a este entendimento. As palavras «para evitar soluções que poderiam ser inconciliáveis se as causas fossem julgadas separadamente» podem ser entendidas como mera descrição da finalidade desta disposição sem o carácter de um pressuposto autónomo.

D — *Conclusão*

103. O conceito de nexo estreito previsto no artigo 6.º, n.º 1, do Regulamento n.º 44/2001 deve portanto ser interpretado no sentido de que pressupõe uma situação de facto unitária e uma relação jurídica suficiente entre a acção-âncora e a outra acção. No caso em

40 — V., n.º 32 do acórdão Roche Nederland (já referido na nota 3).

41 — Um pensamento semelhante encontra-se em Roth, H., já referido na nota 35, p. 892 e seg.

42 — Neste sentido, também Roth, H., já referidas, na nota 35, p. 893.

apreço, só se verifica assim um nexo estreito com a acção contra a primeira demandada.

104. Não se pode considerar que, num caso como o caso vertente, existe uma situação de facto unitária quando os comportamentos controvertidos do demandado na acção-âncora e do outro demandado constituem um comportamento paralelo não concertado.

105. Uma relação jurídica suficiente pode igualmente existir quando à acção-âncora e à outra acção são aplicáveis direitos nacionais distintos que não estão totalmente harmonizados.

IX — Quanto às outras questões prejudiciais

106. A seguir, responderei à segunda, terceira e quarta questões prejudiciais, sendo que me ocuparei primeiramente da quarta questão prejudicial, com a qual o órgão jurisdicional de reenvio pretende esclarecer se a publicação de um retrato-robô pode constituir uma reprodução das fotografias utilizadas para a sua elaboração na acepção do artigo 2.º, alínea a), da Directiva 2001/29 (A). De acordo com a estrutura da directiva, esta questão precede efectivamente a segunda e a terceira questões prejudiciais que visam a interpretação do artigo 5.º, n.º 3, alínea d) e e), da Directiva 2001/29. Nos termos destas disposições, os Estados-Membros podem prever excepções ou limitações ao direito de reprodução no caso de medidas de segurança pública (B) ou de citações (C) (a seguir «restrições»).

A — *Quanto à quarta questão prejudicial*

107. Com a sua quarta questão prejudicial, o órgão jurisdicional de reenvio pretende saber se o artigo 1.º, n.º 1, conjugado com o artigo 5.º, n.º 5, da Directiva 2001/29 e o artigo 12.º da Convenção de Berna [43], especialmente tendo em conta o artigo 1.º do Primeiro Protocolo Adicional à CEDH [44] e o artigo 17.º da Carta dos Direitos Fundamentais, devem ser interpretados no sentido de que retratos fotográficos gozam de uma protecção «mais fraca» ou mesmo de nenhuma protecção em matéria de direitos de autor contra adaptações, porque, devido à sua natureza de «reprodução da realidade», só oferecem uma possibilidade de criação reduzida.

108. Como decorre do despacho de reenvio, a quarta questão prejudicial deve ser

43 — Convenção de Berna para a Protecção das Obras Literárias e Artísticas (Acto de Paris de 24 de Julho de 1971), na redacção resultante da alteração de 28 de Setembro de 1979.

44 — Convenção para a protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, de 4 de Novembro de 1950; Primeiro Protocolo Adicional de 20 de Março de 1952.

compreendida à luz da posição defendida pelo OGH no procedimento cautelar [45]. Este tribunal decidiu designadamente que a publicação do retrato-robô controvertido pelas demandadas no processo principal nos termos das disposições nacionais aplicáveis não necessitava do consentimento da demandante no processo principal. É certo que a fotografia controvertida, que serviu de modelo à criação do retrato-robô controvertido, era uma obra fotográfica protegida por direitos de autor. Contudo, a elaboração e a publicação do retrato-robô controvertido constituíam, não uma adaptação, que teria exigido o consentimento da demandante no processo principal como autora da obra fotográfica, mas sim uma livre utilização, que era possível sem o referido consentimento. A questão de saber se se tratou de uma adaptação ou de uma livre utilização depende da actividade criativa do modelo. Quanto maior for o nível da actividade criativa do modelo, menor é a possibilidade de uma livre utilização. No que diz respeito a um retrato, como a fotografia controvertida, o criador dispõe apenas de reduzidas possibilidades de configuração individual. Por esta razão, o alcance da protecção conferida pelos direitos de autor a essa fotografia é igualmente restrito. Além disso, o retrato-robô controvertido elaborado com base nessa fotografia constitui uma obra nova, autónoma e ela própria protegida por direitos de autor.

45 — V, n.º 38 destas conclusões.

1. Argumentos essenciais dos intervenientes no processo

109. A *demandante no processo principal* considera que uma posição segundo a qual retratos fotográficos gozam de uma protecção «mais fraca» ou mesmo de nenhuma protecção em matéria de direitos de autor não é compatível com as disposições mencionadas pelo órgão jurisdicional de reenvio na sua questão prejudicial. Afirma que simples fotografias e obras fotográficas gozam nos termos do artigo 1.º da Directiva 2001/29 da mesma protecção contra adaptações. A circunstância de existirem reduzidas possibilidades de criação na elaboração de retratos fotográficos não leva a que estes gozem apenas de uma protecção «mais fraca». Com efeito, estas fotografias não podem ser divididas numa parte protegida e numa parte não protegida. De qualquer modo, importa ter em atenção que os retratos-robô podem ser elaborados a todo o tempo e sem dificuldade. A posição do OGH não é compatível nem com o teste em três níveis contido no artigo 5.º, n.º 5, da Directiva 2001/29 e com o artigo 12.º da Convenção de Berna nem com o direito de propriedade previsto no artigo 1.º do Primeiro Protocolo Adicional à CEDH e com o artigo 17.º da Carta dos Direitos Fundamentais. Em primeiro lugar, não se trata designadamente de casos especiais estreitamente delimitados. Em segundo lugar, segundo esta posição, a exploração normal das fotografias controvertidas, com base nas quais o retrato-robô foi elaborado, é consideravelmente prejudicada, e em terceiro lugar, o valor económico dos direitos de autor

é esvaziado, sem que isso seja justificado à luz de um interesse geral legítimo.

110. As *demandadas no processo principal* consideram que a quarta questão prejudicial é inadmissível porque não tem manifestamente nenhuma relação com o processo principal. A decisão sobre a questão do âmbito de protecção das fotografias controvertidas deve designadamente ser adoptada pelo órgão jurisdicional de reenvio no processo principal atendendo a todas as circunstâncias do caso concreto. A questão de interpretação submetida pelo órgão jurisdicional de reenvio não tem neste contexto qualquer significado.

111. Por outro lado, a posição do OGH é correcta. Num retrato fotográfico, a margem criativa é limitada, o que reduz a originalidade desse tipo de fotografia. Por conseguinte, esta goza de uma protecção mais fraca ou mesmo de nenhuma protecção em matéria de direitos de autor. Além disso, deve ter-se em conta a actividade criativa que reside na elaboração de um retrato-robô. Em qualquer caso, o artigo 5.º, n.º 3, alínea i), da Directiva 2001/29 prevê a possibilidade de restrições no caso de uma inclusão episódica de uma obra noutro material.

112. Segundo o *Governo italiano,* não resulta das disposições referidas pelo órgão jurisdicional de reenvio que os retratos fotográficos gozem de uma protecção «mais fraca» ou mesmo de nenhuma protecção em matéria de direitos de autor em relação ao retrato-robô elaborado com base naqueles. Os retratos fotográficos não têm uma menor protecção em matéria de direitos de autor. Além disso, a elaboração de um retrato-robô é, pelo contrário, uma actividade simples, que pode ser realizada facilmente com um programa de computador. Tal posição também não é compatível com o teste de três níveis nos termos do artigo 5.º, n.º 5, da Directiva 2001/29.

113. O *Governo austríaco* e a *Comissão* observam que as disposições referidas pelo órgão jurisdicional de reenvio não são aplicáveis, mas o artigo 6.º da Directiva 93/98, ou da Directiva 2006/166. Em conjunto com o *Governo espanhol* alegam que as fotografias são protegidas em matéria de direitos de autor, na medida em que se trate de criações intelectuais originais. Por conseguinte, a susceptibilidade de protecção de um retrato fotográfico depende do seu grau de originalidade e criatividade. Cabe ao tribunal nacional apreciar, com recurso a estes critérios, no processo principal se as fotografias, com base nas quais o retrato-robô foi elaborado, preenchem estes requisitos. O facto de se tratar de um retrato fotográfico não implica que o mesmo goze nos termos do da Directiva 2001/29 de uma menor protecção contra adaptações em matéria de direitos de autor. A questão de saber se a elaboração de um retrato-robô deve ser considerada uma reprodução do modelo na acepção do artigo 2.º da Directiva 2001/29, depende do facto dos elementos com base nos quais o modelo deve

ser visto como criação intelectual se voltarem a encontrar no retrato-robô.

2. Quanto à admissibilidade

114. A quarta questão prejudicial deve ser entendida no sentido de que o órgão jurisdicional de reenvio pretende saber se a posição do OGH explanada no n.º 38 das presentes conclusões é compatível com os requisitos de Direito da União aplicáveis e, sendo caso disso, também com os requisitos de direito internacional.

115. A questão prejudicial entendida desta forma é admissível.

116. Com efeito, contrariamente ao que afirmam as demandadas no processo principal, a questão não é hipotética. Ao invés, o órgão jurisdicional de reenvio pretende saber se a distinção, efectuada pelo OGH com base no direito nacional, entre uma utilização livre e uma reprodução das fotografias controvertidas que exige consentimento, é compatível com os requisitos do Direito da União. Esta questão é relevante para decidir o litígio que lhe compete.

117. Tão-pouco é relevante que a resposta à questão prejudicial assim entendida não resulte das disposições referidas na questão prejudicial, mas do artigo 6.º da Directiva 93/98, que foi codificado no artigo 6.º da Directiva 2006/116, bem como do artigo 2.º da Directiva 2001/29. Dado que o pedido de decisão prejudicial nos termos do artigo 267.º TFUE tem por objectivo instituir uma cooperação efectiva entre os órgãos jurisdicionais nacionais e o Tribunal de Justiça e que este pode assim dar ao órgão jurisdicional de reenvio todas as indicações que sejam úteis para a resolução do litígio do processo principal, o Tribunal de Justiça pode responder à questão prejudicial baseando-se nas disposições pertinentes [46].

3. Apreciação jurídica

118. Dado que o direito de reprodução nos termos do artigo 2.º, alínea a), da Directiva 2001/29 pressupõe a existência de uma obra protegida por direitos de autor [47], levanta-se no caso em apreço, desde logo a questão de saber sob que pressupostos um retrato fotográfico pode gozar de protecção em matéria

46 — Acórdãos de 28 de Fevereiro de 1984, Einberger (294/82, Recueil 1177, n.º 6), e de 16 de Julho de Belovo (C-187/91, Colect., p. I-4937, n.º 13).

47 — V. o acórdão de 16 de Julho de 2009, Infopaq International (C-5/08, Colect., I-6569, n.º 33 e seg.). Crítico quanto à posição do Tribunal de Justiça de que também para tipos de obras cujos pressupostos de protecção não estão harmonizados é requerida uma criação intelectual, Schulze, G., «Schleichende Harmonisierung des urheberrechtlichen Werkbegriffs?», *Gewerblicher Rechtschutz und Urheberrecht 2009*, p. 1019 e seg. No presente caso, este aspecto não tem relevância porquanto os pressupostos do direito à protecção de fotografias previstos no artigo 6.º da Directiva 93/98 ou da Directiva 2006/116 estão harmonizados.

de direitos de autor (a). Para além disso, coloca-se a questão de saber se a publicação de um retrato-robô o qual foi elaborado com base num retrato fotográfico protegido por direitos de autor, pode ser considerado uma reprodução na acepção do artigo 2.º, alínea a), da Directiva 2001/29 (b).

a) Quanto ao direito à protecção dos retratos fotográficos

119. O artigo 6.º da Directiva 93/98, que foi codificado no artigo 6.º da Directiva 2006/116, regula os pressupostos sob os quais as fotografias podem em conformidade com as existência do Direito da União [48] gozar de protecção em matéria de direitos de autor. Nos termos do primeiro período desta disposição, é determinante saber se as fotografias são originais, na acepção de que são a criação intelectual do próprio autor. O artigo 6.º, segundo período, desta directiva dispõe que, não se aplica qualquer outro critério para determinar se podem beneficiar de protecção.

120. Por conseguinte, o órgão jurisdicional de reenvio deverá verificar se a fotografia, que foi utilizada como modelo para p retrato-robô, deve ser considerada uma obra original resultante da criação intelectual da demandante no processo principal. Este conceito, que não é definido na Directiva 93/98 ou na Directiva 2006/116, trata-se de um conceito do Direito da União que deve ser interpretado de maneira autónoma [49]. Do décimo sétimo considerando da Directiva 93/98 ou do décimo sexto considerando da Directiva 2006/116, que faz referência à Convenção de Berna conforme alterada, resulta que se está presente perante uma obra fotográfica original sempre que for criação intelectual própria do respectivo autor, reflectindo a sua personalidade.

121. Nos termos do artigo 6.º, primeiro período, da Directiva 93/98 ou da Directiva 2006/116, é assim apenas protegido o resultado da criação humana, sendo que este também pode existir quando a pessoa se serve de um recurso técnico como um aparelho de fotografia.

122. Além disso, a fotografia tem que ser o resultado de uma criação original [50]. Numa fotografia esta consiste em o fotógrafo utilizar a margem de criação existente e imprimir-lhe uma originalidade particular.

48 — Nos termos do artigo 6.º, terceiro período, da Directiva 93/98 ou 2006/116, os Estados-Membros podem prever a protecção de outras fotografias, para além das exigências do Direito da União.

49 — Isto resulta do décimo sétimo considerando da Directiva 93/98.

50 — V., o acórdão Infopaq (Já referido na nota 47, n.º 35), no qual o Tribunal de Justiça faz referência aos pressupostos previstos no artigo 6.º da Directiva 2006/116.

123. Como o artigo 6.º, segundo período, da Directiva 93/98 ou da Directiva 2006/116 esclarece explicitamente, não são aplicáveis outros critérios. Não se exige assim uma determinada qualidade artística ou novidade. Também o objectivo da criação bem como o esforço e os custos são irrelevantes.

124. Os requisitos para a protecção dos direitos de autor de uma fotografia nos termos do artigo 6.º da Directiva 93/98 ou da Directiva 2006/116 não são excessivamente exigentes [51]. Se este critério for aplicado, um retrato fotográfico pode nos termos do artigo 6.º da Directiva 93/98 ou da Directiva 2006/116 ser protegido em matéria de direitos de autor, mesmo que se trate de um trabalho encomendado ao fotógrafo. Ainda que o objecto essencial de tal fotografia, que consiste na pessoa do retratado, já esteja determinado, restam ao fotógrafo suficientes possibilidades de configuração. O fotógrafo pode designadamente determinar, entre outras coisas, o ângulo, a posição e a expressão do rosto do retratado, o cenário, a nitidez bem como a luz e a iluminação. Em sentido figurado, trata-se de que um fotógrafo dê à fotografia o seu «toque pessoal».

125. Compete ao órgão jurisdicional de reenvio verificar, utilizando este critério no processo principal, se a fotografia, que foi usada como modelo para o retrato-robô, está protegida por direitos de autor nos termos do artigo 6.º da Directiva 93/98 ou da Directiva 2006/116.

b) Quanto ao conceito de reprodução

126. Se uma fotografia estiver protegidas por direitos de autor nos termos do artigo 6.º da Directiva 93/98 ou da Directiva 2006/116, o seu autor dispõe de um direito de reprodução ao abrigo do artigo 2.º, alínea a), da Directiva 2001/29. Nos termos deste, ele pode autorizar ou proibir reproduções, directas ou indirectas, temporárias ou permanentes, por quaisquer meios e sob qualquer forma, no todo ou em parte. Segundo esta formulação

51 — V., Nordemann, A., in Loewenheim, U., *Handbuch der Urheberrechts*, 2. ed. 2010, Beck, § 9 n.º 149. Leistner, M., «Copyright Law in the EC: Status quo, recent case law and policy perspectives», *Common Market Law Review* 2009, p. 847 e segs., 849 e seg., indica que o critério previsto no artigo 6.º da Directiva 93/98 ou da Directiva 2006/116 levou a que critérios mais exigentes em vigor em determinados Estados-Membros fossem reduzidos para corresponder aos requisitos da directiva. Para efeitos do presente processo, não é, portanto, necessário proceder a uma comparação mais aprofundada por um lado, com o critério dito «*sweat of the brow*» conhecido da *common law* e por isso das ordens jurídicas do Reino Unido e da Irlanda, e por outro, com o critério da «*originalité*» *e da* «*Schöpfungshöhe*» conhecidos das ordens jurídicas continentais.

muito ampla [52], existe assim uma reprodução, na medida em que as demandadas no processo principal tenham publicado as fotografias controvertidas sem as alterar. No entanto, levanta-se no presente caso a questão de saber se a publicação do retrato-robô controvertido pode constituir uma reprodução da fotografia, que serviu como modelo para a sua elaboração.

127. Na medida em que o retrato-robô tenha sido elaborado através de recursos informáticos, tendo sido primeiro scaneadas as fotografias controvertidas [53] e depois a imagem obtida modificada com o auxílio de um programa, há que considerar que se trata de uma reprodução na acepção do artigo 2.º, alínea a), da Directiva 2001/29. Com efeito, esta disposição também abrange expressamente publicações numa forma alterada. Neste sentido aponta também o vigésimo primeiro considerando da Directiva 2001/29 segundo o qual a definição do conceito de reprodução deve ser ampla.

128. No entanto, esta conclusão não é imperativa. Na interpretação do conceito de reprodução deve-se atender não só ao teor do artigo 2.º, alínea a), da Directiva 2001/29, mas também ao objectivo prosseguido com esta disposição. Este consiste na protecção das obras protegidas por direitos de autor. Neste contexto, importa distinguir entre *obra* e *cópia*. A *obra* é a criação intelectual pessoal protegida por direitos de autor. A *cópia* é o objecto material no qual a obra se manifesta. O direito de reprodução nos termos do artigo 2.º, alínea a), da Directiva 2001/29 protege a obra protegida por direitos de autor. A cópia só é protegida na medida em que a obra possa ser prejudicada.

129. A publicidade de um retrato-robô só representa assim uma reprodução do retrato fotográfico que serviu de modelo, quando a criação intelectual pessoal, que justifica a protecção por direitos de autor do modelo fotográfico, continua incorporada no retrato-robô. Esse parece ser em princípio logicamente o caso, quando o retrato-robô foi elaborado com base numa imagem scaneada do modelo fotográfico. No entanto, não está excluído que, tratando-se de um retrato-robô que partindo de uma imagem de uma criança de dez anos pretende representar a presumível aparência de um adulto de dezoito anos, os elementos que constituem a criação intelectual pessoal no modelo tenham sido amplamente eliminados aquando da elaboração do retrato-robô. Se, por exemplo, o retrato fotográfico for apenas utilizado para gravar as características biométricas de uma pessoa, e se, com base nestas características, for elaborado um retrato-robô, a publicação deste

52 — O conceito de reprodução contido no artigo 2.º da Directiva 2001/29 representa uma combinação dos conceitos de reprodução presentes nas directivas precedentes. V., a este respeito, Reinbothe, J., «Die EG-Richtlinie zum Urheberrecht in der Informationsgesellschaft», *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht — Internationaler Teil* 2001, p. 733 e segs., 736 e Lewinsky, S., «Der EG-Richtlinienvorschlag zum Urheberrecht und zu verwandten Schutzrechten in der Informationsgesellschaft», *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht — Internationaler Teil* 1998, p. 637 e segs., 638.

53 — Neste caso a elaboração da própria imagem scaneada é uma reprodução, cuja admissibilidade deveria ser apreciada nos termos do artigo 5.º, n.º 1, da Directiva 2001/29.

retrato-robô não representa qualquer reprodução na acepção do artigo 2.º, alínea a), da Directiva 2001/29.

c) Conclusão

132. Como conclusão, importa em primeiro lugar, assinalar que um retrato fotográfico goza de protecção em matéria de direitos de autor nos termos do artigo 6.º da Directiva 93/98 ou da Directiva 2006/116, se constituir uma obra original resultante da criação intelectual do fotógrafo, o que ocorre quando este, através da utilização da margem de configuração existente, dá um toque pessoal ao retrato fotográfico.

130. Segundo os requisitos da directiva, não me parece, pelo contrário, ser um critério relevante autónomo saber que conteúdo criativo tem o retrato-robô e se ele próprio é uma obra protegida por direitos de autor. No entanto, quanto mais longe o retrato-robô estiver do modelo, mais facilmente se poderá considerar que os elementos, que constituem a criação intelectual pessoal do modelo, se reduziram no retrato-robô a num nível que já não é relevante e que assim já não há que ter em conta.

133. Em segundo lugar, há que considerar que a publicação de um retrato-robô, que foi elaborado com base num retrato fotográfico protegido por direitos de autor, representa uma reprodução na acepção do artigo 2.º, alínea a), da Directiva 2001/29, quando os elementos, que constituem a criação intelectual original do modelo, também estão incorporados no retrato-robô.

B — *Quanto à terceira questão prejudicial*

131. Cabe ao órgão jurisdicional de reenvio, atendendo a estes requisitos, verificar no processo principal se a publicação do retrato-robô representa uma reprodução na acepção do artigo 2.º, alínea a), da Directiva 2001/29.

134. A terceira questão prejudicial diz respeito à interpretação das possibilidades de restrição nos termos do artigo 5.º, n.º 3, alínea e), da Directiva 2001/29. Segundo este artigo, os Estados-Membros podem prever excepções ou limitações ao direito de reprodução e ao direito de comunicação ao público

no caso de utilização para efeitos de segurança pública ou para assegurar o bom desenrolar ou o relato de processos administrativos, parlamentares ou judiciais.

1. Argumentos essenciais dos intervenientes no processo

135. O órgão jurisdicional de reenvio coloca-se, em primeiro lugar, a questão de saber se uma aplicação desta disposição pressupõe um pedido concreto, actual e expresso das autoridades de segurança pública para a publicação das imagens controvertidas, isto é, de saber se a publicação das imagens para fins de busca tem que ser desencadeada pelas autoridades. Para o caso de isso não ser necessário, levanta, em segundo lugar, a questão de saber se os órgãos de informação podem invocar o artigo 5.º, n.º 3, alínea e), da Directiva 2001/29, quando, sem terem recebido um pedido de busca das autoridades, decidam eles próprios que a publicação de imagens se justifica «no interesse da segurança pública». No caso de isso não ser possível, coloca-se, em terceiro lugar, a questão de saber se para a aplicação do artigo 5.º, n.º 3, alínea e), da Directiva 2001/29 basta que os órgãos de informação afirmem posteriormente que uma publicação de imagens foi feita para efeitos de busca, ou se é necessário que haja em qualquer caso um pedido de busca concreto para que os leitores colaborem no esclarecimento de um crime que deve estar directamente associado à publicação da imagem.

136. A *demandante no processo principal* e o *Governo espanhol* defendem que o artigo 5.º, n.º 3, alínea e), da Directiva 2001/29 só se aplica quando tenha havido um pedido concreto, actual e expresso das autoridades de segurança pública para a publicação das imagens. Assinalam que a decisão de aplicar as possibilidades de restrição e o modo de o fazer depende das respectivas autoridades administrativas e judiciárias nacionais. A protecção da segurança pública cabe na competência exclusiva das autoridades públicas, pelo que lhes compete decidir que órgãos de informação podem publicar as fotografias para fins de busca e de que modo podem fazê-lo. Neste sentido aponta, segundo a opinião da demandante no processo principal, o facto de a Directiva 2001/29 se destinar a alcançar um elevado nível de protecção dos direitos sobre as criações intelectuais. Se os órgãos de informação pudessem invocar que uma imagem foi publicada no interesse da segurança pública, ficaria à sua discrição a exploração de obras de autor sem o respectivo consentimento. Segundo a demandante no processo principal, o artigo 5.º, n.º 3, alínea e), da Directiva 2001/29 pressupõe além disso que um pedido para colaborar nas buscas deve estar associado à publicação da imagem. Não basta que os órgãos de informação afirmem posteriormente que uma publicação de imagens foi feita para efeitos de busca.

137. As *demandadas no processo principal* e o *Governo austríaco* e a *Comissão* entendem, ao invés, que os órgãos de informação podem invocar o artigo 5.º, n.º 3, alínea e), da Directiva 2001/29 quando não tenha havido um pedido de busca concreto, actual e expresso. Esta disposição não encerra nenhuma indicação de que seja necessário um pedido concreto e expresso das autoridades de segurança pública para a publicação de imagens.

138. Quanto ao resto, os argumentos destes intervenientes no processo divergem.

139. As demandadas no processo principal assinalam que o artigo 5.º, n.º 3, alínea e), da Directiva 2001/29 também concede a possibilidade de autorizar uma livre utilização de uma obra para assegurar o bom desenrolar ou o relato de processos administrativos, parlamentares ou judiciais. Em contrapartida, a Comissão considera que o artigo 5.º, n.º 3, alínea e), da Directiva 2001/29 apresenta duas configurações de casos autónomas e que no caso em apreço, se trata apenas de uma situação da utilização para efeitos de segurança pública.

140. Além disso, as demandadas no processo principal alegam que os órgãos de informação podem invocar directamente o artigo 5.º, n.º 3, alínea e), da Directiva 2001/29, quando a publicação das imagens ocorra no interesse da segurança pública. Neste contexto, remetem em particular para a importância da liberdade de imprensa. Os órgãos de informação devem ser independentes, ou seja, devem poder decidir sem ser a pedido das autoridades, quando investigar e quando informar. De resto, a própria exposição dos factos nos *media* permite desde logo aos leitores comunicar às autoridades penais informações importantes para o esclarecimento do ilícito.

141. Ao invés, o Governo austríacos e a Comissão defendem que está reservado às autoridades nacionais competentes prever excepções ou limitações para efeitos de segurança pública. Ao fazê-lo devem, contudo, respeitar os requisitos do artigo 5.º, n.º 3, alínea e), da Directiva 2001/29 e do teste dos três níveis. Portanto, os *media* não podem decidir por si só quando é que a segurança pública está afectada.

142. Além disso, a Comissão afirma que a reprodução das imagens para efeitos de segurança pública deve ser necessária e proporcionada aos fins da segurança pública prosseguidos. Se as autoridades policiais pedem aos *media* a publicação de uma fotografia, existe uma forte presunção de que a respectiva utilização é necessária para efeitos de segurança pública. Se, pelo contrário, a publicação da fotografia e do texto que a acompanha não tem uma relação manifesta com a segurança pública e o editor só o afirma posteriormente, existe uma forte suspeita de que a utilização não foi efectivamente para efeitos de segurança pública.

143. O Governo austríaco considera ser suficiente que a publicação das imagens seja objectivamente adequada a esclarecer actos ilícitos penais.

2. Apreciação jurídica

144. Como decorre do despacho de reenvio, a terceira questão prejudicial também deve ser compreendida à luz da posição que o OGH adoptou no procedimento cautelar [54]. Com efeito, neste o OGH decidiu que uma livre utilização das fotografias controvertidas para efeitos de segurança pública nos termos das disposições do direito nacional não pressupõe um determinado pedido expresso das autoridades da segurança pública para publicação das imagens. Antes pelo contrário, basta que as autoridades de segurança pública disponham de fotografias para publicação e que em relação à sua publicação se faça referência a investigações efectivas ainda em curso das autoridades judiciárias para deslindar actos ilícitos penais.

145. Com a sua questão dividida em três partes, o órgão jurisdicional de reenvio pretende saber se a referida posição é compatível com os requisitos previstos no artigo 5.º, n.º 3, alínea e), da Directiva 2001/29.

54 — V. o n.º 38 destas conclusões.

146. Antes de responder às três partes da questão, queria abordar em primeiro lugar a técnica normativa subjacente ao artigo 5.º, n.º 3, alínea e), da Directiva 2001/29 e, desde modo, também à sua alínea d).

a) Técnica normativa subjacente ao artigo 5.º, n.º 3, da Directiva 2001/29

147. O artigo 5.º da Directiva 2001/29 prevê uma série de restrições em matéria de direitos de autor. Como resulta do considerando 32 da directiva, esta enumeração é exaustiva, por se pretender atingir um grau mínimo de harmonização relativamente às restrições permitidas. Os conceitos previstos no artigo 5.º, n.º 3, alínea e), da Directiva 2001/29 consistem em conceitos autónomos do Direito da União.

148. O artigo 5.º, n.º 3, alínea e), da Directiva 2001/29 prevê uma série de restrições facultativas. Os Estados-Membros podem prever as restrições ali mencionadas embora em princípio não tenham que o fazer. Se os Estados-Membros podem decidir se prevêem uma restrição mencionada no n.º 3, então segundo a máxima *qui potest majus, potest et minus* podem também, em princípio, decidir como vão configurar essa restrição. Neste âmbito, devem, contudo, respeitar determinados requisitos. Desde logo, embora certos poderes de restrição deixem à descrição dos Estados-Membros a previsão de uma restrição, no caso de estes pretenderem usar estes poderes, são lhes impostos requisitos mínimos.

Além disso, os Estados-Membros devem, em qualquer caso, respeitar os requisitos do teste dos três níveis nos termos do artigo 5.º, n.º 5, da Directiva 2001/29. Por conseguinte, só podem aplicar as restrições em certos casos especiais (*primeiro nível*) que não entrem em conflito com uma exploração normal da obra (*segundo nível*) e não prejudiquem irrazoavelmente os legítimos interesses do titular do direito (*terceiro nível*) [55]. Ademais, outros requisitos podem decorrer de outras normas do Direito da União. Por último, resulta do considerando 32 da directiva que os Estados-Membros devem exercer a sua discricionariedade de uma forma coerente.

b) Quanto à primeira parte da terceira questão prejudicial

149. O artigo 5.º, n.º 3, da Directiva 2001/29, prevê assim um quadro jurídico que deve ser observado pelo Estado-Membro. No entanto, o modo como um Estado-Membro configura uma restrição prevista por esta disposição, é deixado, dentro do quadro fixado, ao seu poder de apreciação discricionário.

150. Para a aplicação do artigo 5.º, n.º 3, alínea e), da Directiva 2001/29, isso significa que um Estado-Membro está efectivamente vinculado pelo artigo 5.º, n.º 3, alínea e), da Directiva 2001/29, na medida em que neste são estabelecidos os limites do que pode considerar como um caso de segurança pública que é susceptível de justificar uma excepção ou uma limitação ao direito de autor. No entanto, dentro destes limites, o Estado-Membro pode, em princípio, determinar de forma discricionária quais os casos em que considera justificada uma excepção ou uma limitação do direito de autor.

151. Atendendo à técnica normativa do artigo 5.º, n.º 3, alínea e), da Directiva 2001/29 apresentada, a primeira questão da terceira questão prejudicial deve ser entendida no sentido de que o órgão jurisdicional de reenvio pretende saber se um órgão jurisdicional nacional, na interpretação das disposições nacionais aplicáveis, ultrapassa os limites fixados pelo artigo 5.º, n.º 3, alínea e), da Directiva 2001/29, quando conclui que, num caso como o presente, o facto de existir um pedido actual e expresso das autoridades de segurança pública não constitui um pressuposto da publicação sem consentimento de fotografias protegidas por direitos de autor.

152. O caso em apreço caracteriza-se pelo facto de, no passado relativamente ao sequestro de Natascha K., terem sido adoptadas medidas de busca e de, por esta razão, as

55 — Quanto ao teste de três níveis, v. o n.º 134 das minhas conclusões de 12 de Fevereiro de 2009 apresentadas no processo Infopaq International (C-5/08, já referidas, na nota 47).

fotografias controvertidas estarem em poder das autoridades de segurança pública, disponíveis para publicação. Após a fuga, em 2006, de Natascha K. do seu sequestrador, não existiu nenhum pedido de busca actual e expresso.

153. Antes de mais, importa assinalar que, nos termos do teor do artigo 5.º, n.º 3, alínea e), da Directiva 2001/29, é decisivo que as excepções ou as limitações ao direito de reprodução sejam utilizadas para efeitos de segurança pública. O critério relevante é por isso saber se a reprodução é objectivamente adequada para efeitos de segurança pública [56].

154. Além disso, importa reter que um pedido de buscas, o qual se destina a encontrar uma pessoa sequestrada ou o seu sequestrador, foi efectuado para efeitos de segurança pública na acepção do artigo 5.º, n.º 3, alínea e), da Directiva 2001/29.

155. Ademais um Estado-Membro não ultrapassa os limites estabelecidos pelo artigo 5.º, n.º 3, alínea e), da Directiva 2001/29, quando considera que a segurança pública continua a ser afectada, mesmo no caso de um pedido de buscas efectuado há muito tempo. Com efeito, não se pode excluir que uma pessoa que é procurada, só seja encontrada anos após o pedido de buscas.

156. No entanto, apesar do facto de uma autoridade de segurança pública nacional ter no passado lançado um anúncio de buscas e de, neste contexto, ter disponibilizado imagens para publicação, já não é possível considerar que existe uma adequação objectiva para efeitos de segurança pública quando este anúncio já foi efectuado. Por conseguinte, o órgão jurisdicional de reenvio terá de verificar quais os fins prosseguidos com o anúncio de busca inicial e se estes fins não foram já atingidos com a fuga de Natascha K. e o suicídio imediatamente subsequente do seu sequestrador.

157. Caso o órgão jurisdicional de reenvio chegue à conclusão de que com as buscas se prosseguiam ainda outros fins, que não foram atingidos, como por exemplo, a busca de um potencial co-autor [57], terá ainda que verificar se a publicação da fotografia controvertida nos jornais e na revista era objectivamente adequada para contribuir para esse outro fim das busca. É certo que não se excluí que artigos de jornal, nos quais não se faça propriamente um anúncio de busca, sejam também objectivamente adequados a contribuir para uma busca das autoridades de segurança

56 — Para além do presente processo, portanto, importa assinalar que o conceito de segurança pública nos termos do artigo 5.º, n.º 3, alínea e), da Directiva 2001/29 não compreende apenas o grupo de casos dos pedidos de busca.

57 — As demandadas no processo principal invocam este argumento.

pública. No entanto, no artigo deve pelo menos estabelecer uma relação com uma busca que continua em curso. Além disso, a publicação das imagens tem que ser objectivamente adequada para contribuir para esse outro fim da busca. Nesta situação, o órgão jurisdicional de reenvio teria assim que verificar se a publicação de fotografias com oito anos e um retrato-robô da sequestrada pode ser objectivamente adequada para se encontrar um potencial co-autor, cuja utilização das referidas fotografias não permitiu descobrir 8 anos antes.

158. Caso o órgão jurisdicional de reenvio, aplicando o referido critério, chegar à conclusão que os pressupostos do artigo 5.º, n.º 3, alínea e), da Directiva 2001/29 estão preenchidos, deverá ainda verificar se os requisitos do teste dos três níveis foram respeitados. No caso em apreço, dever-se-á em particular examinar se o terceiro nível deste teste foi igualmente observado, ou seja, se os legítimos interesses do titular do direito não foram irrazoavelmente prejudicados. Isto deve ter-se especialmente em consideração quando a reprodução das fotografias controvertidas serviu, em primeira linha, para ilustrar um artigo sobre Natascha K. e a colaboração com o pedido de buscas feito pelas autoridades de segurança pública tenha ficado relegado para segundo plano em relação a este fim.

c) Quanto à segunda parte da terceira questão prejudicial

159. Com a segunda parte da terceira questão prejudicial, o órgão jurisdicional de reenvio pretende saber se os *media* podem decidir eles próprios que a publicação de imagens é feita para efeitos de segurança pública, ou seja, se os *media* podem invocar directamente o artigo 5.º, n.º 3, alínea e), da Directiva 2001/29, passando ao lado das autoridades de segurança pública competentes.

160. A resposta a esta questão deve ser negativa.

161. Como acima se expôs [58], o artigo 5.º, n.º 3, alínea e), da Directiva 2001/29 prevê que os Estados-Membros *podem* prever excepções ou limitações aos direitos de autor para efeitos de segurança pública. Um Estado-Membro não está assim nos termos desta disposição obrigado sequer a introduzir uma tal restrição. Se a introduzir, pode configurá-la no âmbito dos limites estabelecidos pelo Direito da União. Compete, assim, ao Estado-Membro apreciar, em que casos abrangidos pelo artigo 5.º, n.º 3, alínea e), da Directiva 2001/29 se justifica uma restrição dos direitos de autor.

58 — V., n.º 148 a 150 das presentes conclusões.

162. Por conseguinte, os *media* não podem desde logo invocar directamente o artigo 5.º, n.º 3, alínea e), da Directiva 2001/29 para justificar a reprodução de fotografias protegidas por direitos de autor, dado que esta disposição não é para tal suficientemente precisa e incondicional.

d) Quanto à terceira parte da terceira questão prejudicial

165. Não é necessário responder à terceira parte da terceira questão prejudicial, dado que esta apenas foi colocada no caso de a segunda parte da terceira questão prejudicial ser respondida afirmativamente.

163. O argumento das demandadas no processo principal relativo à liberdade de imprensa, porque as suas possibilidades de informar foram restringidas, não pode ser acolhido. O artigo 5.º, n.º 3, alínea e), da Directiva 2001/29 concede aos Estados-Membros poderes para proteger a segurança pública. Por conseguinte, não tem por objecto a ponderação entre a protecção da criação intelectual e da liberdade de imprensa. Esta ponderação é antes manifestada no artigo 5.º, n.º 3, alínea c) (liberdade de imprensa) e d) (liberdade de citação) da Directiva 2001/29 e deve, por isso, ser tida em conta na interpretação destas disposições.

C — *Quanto à segunda questão prejudicial*

166. A segunda questão submetida pelo órgão jurisdicional de reenvio diz respeito ao artigo 5.º, n.º 3, alínea d), da Directiva 2001/29. Nos termos desta disposição, os Estados-Membros podem prever excepções ou limitações ao direito de reprodução no caso de citações para fins como a crítica ou a análise, desde que relacionadas com uma obra já legalmente tornada acessível ao público. Outros pressupostos são que seja indicada a fonte, incluindo o nome do autor, excepto quando tal se revele impossível, e desde que sejam efectuadas de acordo com os usos e na medida justificada pelo fim a atingir.

164. Em suma, importa assim declarar que os *media* não podem invocar directamente o artigo 5.º, n.º 3, alínea e), da Directiva 2001/29 para justificar a reprodução de fotografias protegidas por direitos de autor.

167. O órgão jurisdicional de reenvio pretende em primeiro lugar, saber se esta disposição não se aplica quando o próprio artigo de imprensa que efectua a citação não é uma obra literária protegida por direitos de autor. Em

segundo lugar, coloca a questão de saber se a disposição pode ser aplicada quando não se acrescentou à obra citada o nome do autor ou do artista intérprete ou executante.

1. Argumentos dos intervenientes no processo

168. As demandadas no processo principal consideram que a *primeira parte da segunda questão prejudicial* é inadmissível por não ser pertinente para a resolução da causa, dado que o órgão jurisdicional de reenvio não esclareceu se os artigos estavam ou não protegidos por direitos de autor.

169. Quanto ao fundo, a demandante no processo principal e o Governo italiano alegam que o facto de o próprio artigo de imprensa que cita uma obra não ser uma obra literária protegida por direitos de autor obsta à aplicação do artigo 5.º, n.º 3, alínea d), da Directiva 2001/29. Segundo o Governo italiano, a redacção da disposição aponta em favor desta tese. Além disso, o Governo italiano e a demandante invocam os objectivos relativos ao elevado nível de protecção da propriedade intelectual e uma remuneração adequada do autor pela utilização do seu trabalho.

170. Em contrapartida, as demandadas no processo principal, o Governo austríaco e a Comissão consideram que não constitui um pressuposto do artigo 5.º, n.º 3, alínea d), da Directiva 2001/29 que o artigo de imprensa que efectua a citação seja ele próprio uma obra literária protegida por direitos de autor, dado que também neste caso se pode justificar um direito de citação. A Comissão remete a este respeito, para a redacção da disposição e para a circunstância de as excepções estabelecidas no artigo 5.º da Directiva 2001/29 serem taxativas. Além disso, há que estabelecer um equilíbrio adequado entre a protecção da propriedade intelectual e o interesse público numa livre utilização da obra por via de citação.

171. A título subsidiário, as demandadas no processo principal e o Governo espanhol alegam que um artigo de imprensa curto também pode estar protegido por direitos de autor.

172. Quanto à *segunda parte da segunda questão prejudicial*, a demandante no processo principal, os Governos austríaco, italiano e espanhol bem como a Comissão afirmam que o artigo 5.º, n.º 3, alínea d), da Directiva 2001/29 não se aplica, quando na obra citada ou no outro material protegido não tenha sido correctamente indicado o nome do autor, excepto quando tal se revele impossível. O Governo austríaco remete para os termos claros da disposição.

173. Segundo as demandadas no processo principal, esta questão é inadmissível, porque a resposta já resulta do teor da disposição. Quanto ao fundo, alegam que o artigo 5.º, n.º 3, alínea d), da Directiva 2001/29 também se aplica quando à obra citada ou ao outro material protegido não tenha sido acrescentado o nome do autor ou do artista intérprete. De resto, segundo o curso normal das coisas, também não lhes foi possível conhecer o nome ou o nome comercial da demandante no processo principal. A agência da qual obtiveram as fotografias controvertidas, já as tinha designadamente recebido um tempo antes, sem qualquer indicação, da polícia para fins de busca ou em conferência de imprensa.

174. Em contrapartida, a demandante no processo principal e o Governo italiano sustentam que a transmissão das imagens controvertidas pela agência noticiosa não exonerou as demandadas no processo principal da designação do verdadeiro autor.

175. *Além disso,* os intervenientes no processo também se pronunciaram em relação aos outros pressupostos do artigo 5.º, n.º 3, alínea d), da Directiva 2001/29. A demandante no processo principal, os Governos austríacos e espanhol e a Comissão observam que esta disposição só se aplica quando as fotografias tenham sido usadas a título de citação, ou seja, quando lhes seja atribuída uma função documental. Para tal não é suficiente que tenham sido apenas usadas para chamar a atenção dos leitores sobre a notícia.

176. Segundo o Governo austríaco e a Comissão, nos termos do artigo 5.º, n.º 3, alínea d), da Directiva 2001/29, também a citação de fotografias inteiras pode ser permitida, quando isso seja necessário para o fim da citação. Neste caso, o teste dos três níveis nos termos do artigo 5.º, n.º 5, da Directiva 2001/29 adquire particular importância. O Governo italiano e a Comissão têm dúvidas sobre se, no processo principal, os pressupostos do teste dos três níveis estão preenchidos, em particular, o segundo e o terceiro níveis.

177. Em contrapartida, as demandadas no processo principal afirmam que os outros pressupostos do artigo 5.º, n.º 3, alínea d), da Directiva 2001/29 também estão preenchidos. Em particular, a publicação foi efectuada de acordo com os usos, na medida em que receberam as fotografias publicadas de terceiros de confiança. Além disso, deve ser tido em conta o direito à liberdade de expressão.

2. Apreciação jurídica

178. Como resulta do despacho de reenvio, a segunda questão prejudicial também deve ser compreendida à luz da posição que o OGH adoptou da sua decisão sobre o procedimento

cautelar [59]. Nesta, o OGH expôs que, nos termos das disposições do direito nacional, é possível uma livre utilização a título de citação em jornais e revistas, mas a citação de imagens inteiras só é permitida se for necessária para o fim da citação e o valor económico da fotografia não seja significativamente reduzido.

a) Quanto à primeira parte da segunda questão prejudicial

179. Com a sua primeira parte da segunda questão prejudicial, o órgão jurisdicional de reenvio pretende saber se o artigo 5.º, n.º 3, alínea d), da Directiva 2001/29 é aplicável quando o próprio meio de informação em que a citação se encontra não goza de protecção por direitos de autor.

180. Esta questão é relevante para a decisão do litígio. Ao contrário do que defendem as demandadas no processo principal, não é necessário que o órgão jurisdicional de reenvio verifique antes de mais se o artigo está protegido por direitos de autor. O pedido de decisão prejudicial não tem designadamente um carácter subsidiário no sentido de que um tribunal nacional deve esclarecer todas as outras questões controvertidas antes de submeter ao Tribunal de Justiça uma questão sobre a interpretação do Direito da União.

181. Neste contexto, importa igualmente assinalar, antes de mais, que a possibilidade de restrição prevista pelo artigo 5.º, n.º 3, alínea d), da Directiva 2001/29 é facultativa para os Estados-Membros e que estes dispõem, em princípio, de um poder discricionário para decidir se prevêem ou não estas restrições no direito nacional e como as configuram no âmbito do quadro estabelecido pelo Direito da União, tendo sempre em conta as reservas já expostas no n.º 148 destas conclusões.

182. Perante este pano de fundo, a questão submetida pelo órgão jurisdicional de reenvio deve ser entendida no sentido de que este pretende saber se um Estado-Membro ultrapassa o quadro estabelecido por esta disposição de Direito da União, quando não impõe, nos termos do direito nacional, como pressuposto do direito de citação que o artigo que procede à citação seja ele próprio protegido por direitos de autor.

183. A resposta a esta questão deve ser negativa.

184. Em primeiro lugar, o teor do artigo 5.º, n.º 3, alínea d), da Directiva 2001/29 não prevê tal pressuposto restritivo.

59 — V. o n.º 38 destas conclusões.

185. Em segundo lugar, da directiva também não se depreende a existência de outros elementos que sugiram que este pressuposto existe. Ao invés, da relação sistemática com as outras possibilidades de restrição previstas no artigo 5.º, n.º 3, da Directiva 2001/29 resulta que não as mesmas não assentam na ideia fundamental de que a restrição dos direitos de autor de uma obra só pode ser permitida em favor de uma outra obra.

186. Em terceiro lugar, o fim desta disposição não me parece igualmente militar em favor de tal interpretação. A possibilidade de restrição nos termos do artigo 5.º, n.º 3, alínea d), da Directiva 2001/29 deve ser entendida no contexto do interesse numa discussão intelectual livre. A mesma serve, em particular, para a concretização da liberdade de expressão e de imprensa. Declarações, que estão elas próprias protegidas por direitos de autor, podem todavia ser abrangidas pelo âmbito de protecção destes direitos fundamentais.

187. Em quarto lugar, da Convenção de Berna conforme alterada, que consistiu a base conceptual da possibilidade de restrição prevista pelo artigo 5.º, n.º 3, alínea d), da Directiva 2001/29 [60] e à luz da qual este deve, por isso, ser interpretado, também não resultam elementos em favor de tal interpretação restritiva.

60 — V., artigo 10.º, n.º 1, da Convenção de Berna conforme alterada.

188. Em quinto lugar, o teste dos três níveis nos termos do artigo 5.º, n.º 5, da Directiva 2001/29 também não impõe que sejam privilegiadas apenas citações em obras protegidas por direitos de autor. A este respeito, pode desde logo remeter-se para os argumentos já referidos. Além disso, não se vislumbra que a exploração normal de uma fotografia protegida por direitos de autor seja mais fortemente prejudicada por citações em obras não protegidas por direitos de autor do que por citações em obras literárias protegidas por direitos de autor.

189. Como conclusão importa assim reter que não constitui pressuposto imperativo do artigo 5.º, n.º 3, alínea d), da Directiva 2001/29 que o artigo no qual se encontra a citação na acepção desta disposição esteja ele próprio protegido por direitos de autor.

190. Dado que o artigo 5.º, n.º 3, alínea d), da Directiva 2001/29 é facultativo para os Estados-Membros, estes são em princípio livres de configurar o direito de citação nos termos do direito nacional de forma mais restritiva do que os limites do Direito da União prevêem. Ao fazê-lo, devem ter contudo em conta outros requisitos do Direito da União entre os quais se contam a liberdade de expressão e de imprensa.

b) Quanto à segunda parte da segunda questão prejudicial

191. Com a sua segunda parte da segunda questão prejudicial, o órgão jurisdicional de reenvio pretende saber se a excepção nos termos do artigo 5.º, n.º 3, alínea d) pode ser aplicada, quando a autora da fotografia publicada não foi mencionada nos artigos. Esta questão deve ser igualmente entendida no sentido de que o órgão jurisdicional de reenvio quer saber se um Estado-Membro ultrapassa os limites estabelecidos pelo artigo 5.º, n.º 3, alínea d), da Directiva 2001/29, quando nos termos do direito nacional uma citação também pode ser efectuada sem a indicação do nome do autor da obra citada.

192. Contrariamente ao defendido pelas demandadas no processo principal, a questão prejudicial é admissível. Do artigo 104.º, n.º 3, segundo parágrafo, do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça resulta que as questões prejudiciais não são inadmissíveis mesmo quando a sua resposta não suscite nenhuma dúvida razoável, podendo ser decididas por despacho.

193. Quanto ao fundo esta questão apresenta dois elementos. Dado que o nome do autor nos termos do artigo 5.º, n.º 3, alínea d), da Directiva 2001/29 só deve ser mencionado quando tal não se revele impossível, levanta-se desde logo a questão de saber quando é existe uma impossibilidade na acepção desta disposição (i). Além disso, coloca-se a questão de saber que consequências jurídicas deve um Estado-Membro prever quando a indicação não era impossível e o nome do autor não foi contudo indicado (ii).

i) Quanto à impossibilidade de indicar o autor

194. No artigo 5.º, n.º 3, alínea d), da Directiva 2001/29 não se define quando é que a indicação da fonte e do autor se revela impossível.

195. Por um lado, segundo o teor desta disposição exige-se uma impossibilidade. Por conseguinte, não é suficiente uma falta de razoabilidade. Isto aponta no sentido de um critério bastante rigoroso. Os objectivos do nível elevado de protecção e da remuneração adequada subjacentes à Directiva 2001/29 também militam nesse sentido [61]. Além disso, resulta da palavra «se revele» [62], que se deve esperar da parte de quem efectua uma citação pelo menos um certo esforço com vista a averiguar a fonte e o nome do autor.

61 — V., o quarto, nono e décimo considerandos da Directiva 2001/29.

62 — Em inglês «turns out to be», em francês «s'avère», em neerlandês «blijkt», em português «se revele», em esloveno «se […] izkaže», em espanhol «resulte». Menos clara na versão italiana «in caso di».

196. Por outro lado, importa tomar em consideração que o direito de citação se destina a concretizar a liberdade de expressão e de imprensa. Por conseguinte, não se podem impor à impossibilidade exigências tão altas que tornem praticamente impossível aplicar o direito de citação no caso de não ser possível identificar um autor.

197. A questão de saber se a indicação do autor é impossível na acepção do artigo 5.º, n.º 3, alínea d), da Directiva 2001/29 deve ser apreciada tendo em conta todas as circunstâncias do caso em apreço.

198. Por conseguinte, no caso em apreço, o órgão jurisdicional de reenvio terá que ter em particular em conta que as fotografias controvertidas foram utilizadas no âmbito de um pedido de buscas. Num tal caso, quem cita pode com efeito confiar sem mais que quem está na posse efectiva de uma fotografia também detém os direitos sobre ela. Além disso, deverá exigir-se à pessoa que faz uma citação num tal caso que proceda a investigações se o nome do autor não resultar da fotografia. Com efeito, em regra, o nome do autor não está inscrito nas fotografias utilizadas nas buscas policiais.

199. Em favor de um nível elevado de exigência em relação à obrigação que incumbe às demandadas no processo principal aponta ainda o teste dos três níveis nos termos do artigo 5.º, n.º 5, da Directiva 2001/29. O segundo e o terceiro níveis do teste exigem que não se entre em conflito com uma exploração normal da obra e que não se prejudiquem irrazoavelmente os legítimos interesses do titular do direito. O caso vertente caracteriza-se pelo facto de o direitos de autor da demandante no processo principal já terem sido violados por medidas de busca da polícia, ou seja, medidas para efeitos de segurança pública e de estas medidas terem levado a que as fotografias controvertidas fossem reproduzidas sem o seu consentimento e sem que fosse indicada nas imagens como autora. Para que o direito de autor nesse caso não seja completamente privado do seu valor, só em casos excepcionais se poderá, a meu ver, admitir que quem cita possa alegar que a indicação do autor era impossível, sem ter procedido às correspondentes investigações.

200. Sem querer antecipar a apreciação do caso concreto, que cabe ao órgão jurisdicional de reenvio efectuar, atendendo às informações relativas aos factos constantes do despacho de reenvio, parece-me evidente que a indicação do nome da demandante não se revelou impossível para as demandadas no processo principal.

ii) Quanto às consequências jurídicas da não verificação de uma impossibilidade

201. Caso o órgão jurisdicional de reenvio chegue à conclusão de que a indicação do nome da autora não se revelou impossível, coloca-se a questão de saber quais são

as consequências jurídicas que um Estado-Membro deve prever neste caso. Uma possível abordagem é a de que a publicação neste caso é inadmissível sem o consentimento do autor. Outra solução possível é a de a publicação permanecer admissível, mas o autor ter direito a que o seu nome seja mencionado.

202. Só me parece compatível com o artigo 5.º, n.º 3, alínea d), da Directiva 2001/29, a posição segundo a qual a citação sem designação do nome e sem o consentimento do autor constitui uma publicação inadmissível.

203. Neste sentido aponta, em primeiro lugar, o facto de um Estado-Membro só poder prever um direito de citação, na medida em que a fonte, incluindo o nome do autor, seja indicada. Isto sugere que se trata de um pressuposto que deve ser imperativamente respeitado por um Estado-Membro que faz uso do poder concedido pelo artigo 5.º, n.º 3, alínea d), da Directiva 2001/29.

204. Em segundo lugar, esta interpretação é confirmada pela circunstância de este pressuposto ser referido em relação a outros pressupostos desta disposição que por seu turno devem ser imperativamente observados. A este respeito, trata-se dos pressupostos que exigem que as citações sejam efectuadas de acordo com os usos e na medida justificada pelo fim a atingir.

205. Em terceiro lugar, neste sentido militam também o sentido e a finalidade do pressuposto. Em princípio, um autor poderá determinar o uso da sua obra. O artigo 5.º, n.º 3, alínea d), da Directiva 2001/29 possibilita, é certo, a um Estado-Membro restringir os direitos do autor no interesse da liberdade de expressão e de imprensa. No entanto, o autor deve conservar um mínimo de controlo através da obrigação que se designe a fonte e o seu nome. Deste modo, ele deverá, entre outras coisas, controlar se o uso da sua obra ultrapassa o uso de uma citação admitida. Uma posição segundo a qual uma reprodução fosse admitida sem a designação do nome e apenas existisse um direito à designação do nome, acarretaria o risco de que o autor não pudesse exercer este controlo com eficácia.

206. Os argumentos antes mencionados apontam no sentido de que se considere a indicação do nome como um pressuposto imperativo da possibilidade de restrição concedida nos termos do artigo 5.º, n.º 3, alínea d), da Directiva 2001/29. Uma inobservância deste pressuposto leva assim a que

a reprodução não possa ser justificada com base neste preceito [63].

iii) Conclusão

207. Em conclusão, importa declarar que o quadro estabelecido pelo artigo 5.º, n.º 3, alínea d), da Directiva 2001/29 para as citações sem necessidade de consentimento é excedido quando o nome da autora de uma fotografia não é indicado, não obstante isso não se tenha revelado impossível. Uma indicação não se revela ser impossível, quando quem efectua a citação não toma todas as medidas para averiguar o autor, que se considerem adequadas atendendo às circunstâncias do caso concreto.

c) Observações complementares

208. A segunda questão prejudicial respeita apenas a dois pontos que são relevantes no âmbito do artigo 5.º, n.º 3, alínea d), da Directiva 2001/29. No entanto, dado que, no processo de reenvio, o Tribunal de Justiça pode dar ao órgão jurisdicional de reenvio todas as indicações que sejam úteis para a resolução do litígio do processo principal [64], desejo, para além das duas questões parciais levantadas pelo tribunal nacional, abordar três outros aspectos que dizem respeito aos limites do quadro imposto pelo Direito da União nos termos do artigo 5.º, n.º 3, alínea d), e do artigo 5.º, n.º 5, da Directiva 2001/29. Trata-se, antes de mais, de saber em que circunstâncias se pode admitir a existência de uma citação na acepção do artigo 5.º, n.º 3, alínea d), da Directiva 2001/29 (i). A seguir, coloca-se a questão de saber se uma citação integral pode constituir uma citação na acepção desta disposição (ii). Por último, pretendo ainda debruçar-me sobre os limites que a esta possibilidade de restrição se impõem através do pressuposto de que as citações sejam efectuadas de acordo com os usos e do teste dos três níveis (iii).

i) Citações para fins como a crítica ou a análise

209. O artigo 5.º, n.º 3, alínea d), da Directiva 2001/29 dispõe que os Estados-Membros podem prever excepções ou limitações no caso de citações para fins como a crítica ou a

63 — Neste sentido também Götting, H.-P., in Löwenheim, U., *Handbuch des Urheberrechts*, Beck 2010, § 32 n.º 12.

64 — V., n.º 117 das presentes conclusões.

análise. É assim decisivo que com a reprodução seja prosseguido um fim de citação.

ii) Citação integral

210. O conceito de «contrato» não é definido. Segundo o uso corrente da língua, é extremamente importante para uma citação que a propriedade intelectual alheia seja reproduzida sem alteração de forma reconhecível. Isso não é suficiente, conforme clarificam os exemplos referidos no artigo 5.º, n.º 3, alínea d), da Directiva 2001/29, segundo os quais as citações devem ser efectuadas para fins como a crítica ou a análise. Ao invés, é necessária uma referência à obra citada sob forma de descrição, comentário ou avaliação. Por conseguinte, a citação deve constituir uma base de discussão.

211. Cabe ao órgão jurisdicional de reenvio verificar se as demandadas no processo principal prosseguiram esse fim com a publicação das fotografias controvertidas. No entanto, não se pode afirmar a existência de uma citação, quando nos artigos falte a necessária referência ao conteúdo. Em particular, quando as fotografias controvertidas se destinassem apenas a ser utilizadas como «provocação» para chamar a atenção dos leitores, sem que estas fotografias tenham mesmo sido discutidas no texto que as acompanha, não se pode admitir a existência de um fim de citação na acepção do artigo 5.º, n.º 3, alínea d), da Directiva 2001/29.

212. Além disso, coloca-se a questão de saber em que medida o artigo 5.º, n.º 3, alínea d), da Directiva 2001/29 também abrange citações integrais. Segundo o seu significado habitual, uma citação é, em princípio, apenas um extracto de um texto. No entanto, no caso das fotografias não me parece estar excluído que uma citação integral possa ser uma citação na acepção do desta disposição. No caso de este tipo de obra, uma reprodução integral pode ser necessária para estabelecer a requerida referência de conteúdo. Se, nos termos do artigo 5.º, n.º 3, alínea d), da Directiva 2001/29, apenas partes de fotografias pudessem ser publicadas, o âmbito de aplicação desta disposição a fotografias seria consideravelmente restringido.

213. Dado que a citação integral implica uma ingerência não irrelevante nos direitos de autor, neste caso, os outros pressupostos, como o de que a citação seja efectuada de acordo com os usos e o relativo ao teste dos três níveis nos termos do artigo 5.º, n.º 5, da Directiva 2001/29, adquirem uma importância especial.

iii) Outros pressupostos

214. O órgão jurisdicional de reenvio também deverá averiguar no processo principal se a publicação das fotografias controvertidas foi efectuada de acordo com os usos e preenche os pressupostos do teste dos três níveis nos termos do artigo 5.º, n.º 5, da Directiva 2001/29. Neste contexto, há que ter especialmente em atenção se, através da citação integral das fotografias controvertidas nos jornais, nas revistas e nas páginas de Internet das demandadas no processo principal, se restringiram consideravelmente as possibilidades de venda daquelas e se os interesses da demandante no processo principal foram com isso irrazoavelmente prejudicados.

X — Conclusão

215. Com base nas considerações acima referidas, proponho ao Tribunal de Justiça responder do seguinte modo às questões prejudiciais:

1. O conceito de nexo estreito nos termos do artigo 6.º, n.º 1, do Regulamento (CE) n.º 44/2001 do Conselho, de 22 de Dezembro de 2000, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial deve ser interpretado no sentido de que pressupõe uma situação de facto unitária e uma relação jurídica suficiente entre a acção contra o demandado, que tem o seu domicílio no território em que está situado o tribunal (acção-âncora), e a outra acção. Não se pode considerar que, num caso como o caso vertente, existe uma situação de facto unitária quando os comportamentos controvertidos do demandado na acção-âncora e do outro demandado constituem um comportamento paralelo não concertado. Uma relação jurídica suficiente pode igualmente existir quando à acção-âncora e à outra acção são aplicáveis direitos nacionais distintos que não estão totalmente harmonizados.

2. a) O artigo 5.º, n.º 3, alínea d), da Directiva 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de Maio de 2001, relativa à harmonização de certos aspectos

do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação deve ser interpretado no sentido de que um Estado-Membro pode autorizar a citação de uma obra também sem o consentimento do autor, quando o artigo de imprensa que procede à citação não esteja ele próprio protegido por direitos de autor.

2. b) Além disso, esta disposição exige imperativamente que quem efectua a citação indique o nome do autor de uma fotografia protegida por direitos de autor, na medida em que isso não se tenha revelado impossível. Uma indicação não se revela ser impossível, quando quem efectua a citação não toma todas as medidas para descobrir o autor, que se considerem adequadas atendendo às circunstâncias do caso concreto.

3. a) O artigo 5.º, n.º 3, alínea e), da Directiva 2001/29 deve ser interpretado no sentido de que um Estado-Membro no caso de um pedido de busca, para efeitos de segurança pública na acepção desta disposição, pode autorizar a reprodução de fotografias protegidas por direitos de autor pelos *media* também sem o consentimento do autor, na medida em que os fins prosseguidos com a busca não tenham sido atingidos e a reprodução seja objectivamente adequada a prosseguir estes fins.

3. b) Os *media* não podem invocar directamente esta disposição para justificar uma reprodução sem o consentimento do autor.

4. Nos termos do artigo 6.º da Directiva 93/98/CEE do Conselho, de 29 de Outubro de 1993, relativa à harmonização do prazo de protecção dos direitos de autor e de certos direitos conexos ou da Directiva 2006/116/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Dezembro de 2006, relativa ao prazo de protecção do direito de autor e de certos direitos conexos, um retrato fotográfico goza de protecção em matéria de direitos de autor se constituir uma obra original resultante da criação intelectual do fotógrafo, o que pressupõe que o fotógrafo, através

da utilização da margem de configuração existente, lhe tenha dado um toque pessoal.

A publicação de um retrato-robô, que foi elaborado com base num retrato fotográfico protegido por direitos de autor, representa uma reprodução na acepção do artigo 2.º, alínea a), da Directiva 2001/29, quando os elementos, que constituem a criação intelectual original do modelo, também estão incorporados no retrato-robô.