Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
MACIEJ SZPUNAR
apresentadas em 8 de fevereiro de 2017 [1]

Processo C-610/15

Stichting Brein
contra
Ziggo BV,
XS4ALL Internet BV

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

«Direito de autor e direitos conexos — Diretiva 2001/29/CE — Artigo 3.º, n.º 1 — Comunicação ao público — Conceito — Sítio *web* de indexação que permite a partilha de obras protegidas sem autorização dos titulares dos direitos — Artigo 8.º, n.º 3 — Utilização por um terceiro dos serviços de um intermediário para violar o direito de autor — Injunção»

Introdução

1. «[…] the file being shared in the swarm is the treasure, the BitTorrent client is the ship, the.torrent file is the treasure map, The Pirate Bay provides treasure maps free of charge and the tracker is the wise old man that needs to be consulted to understand the treasure map» [2].

2. Foi com esta analogia digna de proteção pelo direito de autor que o juiz australiano Justice Cowdroy explicou o funcionamento da partilha de ficheiros infringindo os direitos de autor com a ajuda do protocolo *bittorrent* [3]. No presente processo, o Tribunal de Justiça é chamado a definir os fundamentos jurídicos e a extensão da eventual responsabilidade por estas infrações cometidas pelos «fornecedores de mapas», ou seja, por sítios *web* como The Pirate Bay (a seguir «TPB»). De facto, o TPB é um dos maiores e mais conhecidos sítios de partilha de ficheiros contendo obras musicais e cinematográficas. Esta partilha é feita gratuitamente e, no que respeita à grande maioria destas obras, violando os direitos de autor.

3. A Comissão Europeia, cuja opinião me parece partilhada pelo Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte, sustenta que a responsabilidade dos sítios *web* deste tipo é uma questão de aplicação do direito de autor que não pode ser resolvida pelo direito da União, mas antes no quadro dos sistemas jurídicos internos dos Estados-Membros. Tal abordagem faria, porém, depender esta responsabilidade e finalmente, o âmbito dos direitos pertencentes aos respetivos titulares, das

1 — Língua original: francês.

2 — «O ficheiro partilhado é o tesouro, o cliente *bittorrent* é o navio, o ficheiro *torrent* é o mapa que indica onde se encontra o tesouro, The Pirate Bay fornece os mapas gratuitamente e o *tracker* é o velho sábio que é necessário consultar para compreender o mapa.» (a tradução é minha).

3 — Decisão da Federal Court of Australia, de 4 de fevereiro de 2010, Roadshow Films Pty Ltd v iiNet Limited (N.º 3) [2010] FCA 24, n.º 70. Esta passagem também foi citada por M. van Peursem, advogado-geral no Hoge Raad der Nederlanden (tribunal supremo dos Países Baixos) no processo principal.

soluções, muito divergentes, adotadas pelos diferentes sistemas jurídicos nacionais. Ora, isto comprometeria o objetivo da legislação da União no domínio do direito de autor, relativamente abundante, que é justamente harmonizar o âmbito dos direitos de que gozam os autores e outros titulares no seio do mercado único. É por resta razão que a resposta aos problemas suscitados pelo presente processo deve, a meu ver, ser procurada antes no direito da União.

4. Quero também sublinhar liminarmente que a problemática do presente processo se distingue, na minha opinião, de modo substancial, da de dois casos recentes relativos ao direito de comunicação de obras ao público na Internet, a saber, os processos que deram origem aos acórdãos Svensson e o.[4] e GS Media[5]. Com efeito, estes processos diziam respeito à comunicação secundária de obras já acessíveis na Internet por uma pessoa que era ela própria produtora do conteúdo em linha, ao passo que o presente processo respeita à comunicação original efetuada numa rede *peer-to-peer* (rede descentralizada). Não penso que o raciocínio seguido pelo Tribunal de Justiça naqueles processos possa ser diretamente aplicado no litígio em causa no processo principal.

Quadro jurídico

5. Nos termos do artigo 12.º da Diretiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de junho de 2000, relativa a certos aspetos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio eletrónico, no mercado interno («Diretiva sobre o comércio eletrónico», sob a epígrafe «Simples transporte ("*Mere conduit*")»[6]:

«1. No caso de prestações de um serviço da sociedade da informação que consista na transmissão, através de uma rede de comunicações, de informações prestadas pelo destinatário do serviço ou em facultar o acesso a uma rede de comunicações, os Estados-Membros velarão por que a responsabilidade do prestador não possa ser invocada no que respeita às informações transmitidas […]

[…]

3. O disposto no presente artigo não afeta a possibilidade de um tribunal ou autoridade administrativa, de acordo com os sistemas legais dos Estados-Membros, exigir do prestador que previna ou ponha termo a uma infração.»

6. Nos termos do artigo 14.º desta diretiva, sob a epígrafe «Armazenagem em servidor»:

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

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

ou

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

4 — Acórdão de 13 de fevereiro de 2014, C-466/12, EU:C:2014:76.

5 — Acórdão de 8 de setembro de 2016, C-160/15, EU:C:2016:644.

6 — JO 2000, L 178, p. 1.

[…]

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

7. O artigo 3.º da Diretiva 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de maio de 2001, relativa à harmonização de certos aspetos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação [7], sob a epígrafe «Direito de comunicação de obras ao público, incluindo o direito de colocar à sua disposição outro material», dispõe, no seu n.º 1:

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

8. O artigo 8.º desta diretiva, sob a epígrafe «Sanções e vias de recurso», prevê, no seu n.º 3:

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

9. O artigo 2.º da Diretiva 2004/48/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de abril de 2004, relativa ao respeito dos direitos de propriedade intelectual [8], sob a epígrafe «Âmbito de aplicação», dispõe, no seu n.º 2:

«A presente diretiva não prejudica as disposições específicas, previstas na legislação comunitária, relativas ao respeito pelos direitos e às exceções no domínio do direito de autor e direitos conexos, nomeadamente […] na Diretiva 2001/29/CE, nomeadamente [no seu artigo] 8.°»

10. Nos termos do artigo 11.º desta diretiva, sob a epígrafe «Medidas inibitórias»:

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

Matéria de facto, tramitação processual e questões prejudiciais

11. A demandante no processo principal, Stichting Brein, é uma fundação de direito neerlandês cujo objeto principal é a luta contra a exploração ilegal de obras protegidas por direitos de autor e direitos conexos e a proteção dos interesses dos titulares destes direitos neste domínio.

12. As demandadas no processo principal, Ziggo BV e XS4ALL Internet BV (a seguir «XS4ALL»), são sociedades de direito neerlandês cuja atividade consiste, nomeadamente, em fornecer acesso à Internet aos consumidores. Segundo as informações constantes das observações escritas da Stichting Brein, são os dois principais fornecedores de acesso à Internet no mercado neerlandês.

7 — JO 2001, L 167, p. 10.
8 — JO 2004, L 157, p. 45.

13. A Stichting Brein pede que sejam decretadas injunções contra a Ziggo e a XS4ALL, nos termos das disposições do direito neerlandês que transpõem o artigo 8.º, n.º 3, da Diretiva 2001/29[9], ordenando-lhes que impeçam o acesso dos destinatários dos seus serviços aos endereços Internet do sítio *web* TPB, um motor de partilha de ficheiros *peer-to-peer*. Este pedido baseia-se no facto de ser através deste motor de partilha que os destinatários dos serviços das demandadas no processo principal, utilizando os referidos serviços, cometem infrações aos direitos de autor em larga escala, partilhando ficheiros que contêm obras protegidas (principalmente obras musicais e cinematográficas) sem autorização dos titulares desses direitos.

14. Este pedido, julgado procedente em primeira instância, foi julgado improcedente em sede de recurso, essencialmente com o fundamento de que, em primeiro lugar, são os destinatários dos serviços das demandadas no processo principal e não o TPB, que estão na origem das infrações aos direitos de autor e, em segundo lugar, que o impedimento de acesso solicitado não é proporcionado ao objetivo pretendido, a saber, a proteção eficaz dos direitos de autor. A Stichting Brein interpôs recurso de cassação desta última decisão para o órgão jurisdicional de reenvio.

15. Nestas circunstâncias, o Hoge Raad der Nederlanden (Tribunal Supremo dos Países Baixos) decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

«1) Existe comunicação ao público, na aceção do artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva sobre direitos de autor, feita pelo administrador de um sítio Internet, quando esse sítio *Web* não contém obras protegidas, mas um sistema […] onde é indexada e categorizada, para os utilizadores, metainformação sobre obras protegidas que se encontram nos computadores dos utilizadores, com o auxílio da qual os utilizadores podem localizar e carregar (*upload*) ou descarregar (*download*) as obras protegidas?

2) Em caso de resposta negativa à [primeira] questão […]: Os artigos 8.º, n.º 3, da Diretiva sobre direitos de autor (Diretiva 2001/29/CE) e o artigo 11.º da Diretiva relativa ao respeito dos direitos de propriedade intelectual (Diretiva 2004/48/CE) permitem requerer uma injunção contra um intermediário, na aceção das referidas disposições, quando o intermediário facilita a prática de violações por terceiros nas condições referidas na [primeira] questão […]?»

16. A decisão de reenvio deu entrada no Tribunal de Justiça em 18 de novembro de 2015. Foram apresentadas observações escritas pelas partes no processo principal, pelos governos espanhol, italiano, português e do Reino Unido e pela Comissão. As partes no processo principal, os Governos espanhol e francês e a Comissão estavam representados na audiência realizada em 27 de outubro de 2016.

Análise

17. Com as duas questões prejudiciais que suscitou no presente processo, o órgão jurisdicional de reenvio coloca, na realidade, a questão da responsabilidade dos operadores de sítios de indexação das redes *peer-to-peer* por violações dos direitos de autor cometidas mediante a utilização destas redes. Será possível considerar que estes operadores são eles próprios causadores destas violações, o que implicaria a sua responsabilidade direta (primeira questão)? Ou então, mesmo que não sejam diretamente responsáveis, pode ser ordenado o impedimento do acesso aos seus sítios Internet, o que, como explicarei adiante, exige uma forma de responsabilidade indireta (segunda questão)?

18. Começarei a análise por um resumo breve do modo de funcionamento das redes *peer-to-peer* e do seu papel na violação dos direitos de autor.

9 — A saber, o artigo 26.ºd da Auteurswet (Lei relativa aos direitos de autor dos Países Baixos) e o artigo 15.º da Wet op de naburige rechten (Lei relativa aos direitos conexos).

Observações liminares — as redes «peer-to-peer»

19. Apesar de a Internet ter sido concebida como uma rede de computadores funcionando de modo independente, a expressão mais espetacular da Internet, a *World Wide Web*, funciona segundo um modelo diferente, a saber, uma arquitetura centralizada designada «servidor-cliente». Neste modelo, o conteúdo (habitualmente uma página *web*) é depositado num servidor e pode ser consultado pelos utilizadores através dos seus computadores, designados «clientes», e do seu suporte lógico de cliente (um navegador Internet). É fácil conceber que essa arquitetura da *World Wide Web* torna relativamente fácil o controlo da legalidade dos conteúdos e a luta contra os conteúdos ilegais: basta apreender o servidor ou conseguir que o respetivo administrador suprima o conteúdo incriminado. Convém também notar que a legislação respeitante aos serviços da sociedade de informação, ou seja, principalmente a Internet, é particularmente adaptada a este modelo de funcionamento, prevendo nomeadamente a inexistência de responsabilidade dos prestadores intermediários no que respeita aos conteúdos, mas impondo-lhes certas obrigações de cooperação na luta contra conteúdos ilegais.

20. As redes *peer-to-peer* são organizadas segundo um princípio diferente. Neste modelo, o computador de cada utilizador, ou seja, cada par (*peer*), é não apenas um cliente que recebe as informações, mas também um servidor que as armazena e as coloca à disposição de outros pares. A rede é, portanto, descentralizada (sem servidores centrais) e apresenta uma «geometria variável», pois só os pares-servidores ligados formam a rede num determinado momento (contrariamente a uma rede «tradicional», na qual os servidores estão habitualmente ligados permanentemente e só os clientes se ligam e desligam temporariamente). Tal configuração da rede apresenta muitas vantagens, nomeadamente no que respeita à otimização da utilização de capacidades de armazenagem e de transmissão de dados. Uma rede deste tipo, graças à sua arquitetura descentralizada, também é mais resistente aos ataques e às intervenções das autoridades ou dos titulares de direitos de autor. É difícil, em especial, suprimir o conteúdo de uma rede *peer-to-peer*, já que o mesmo se encontra em diferentes servidores pertencentes a pessoas singulares distintas em diversos países.

21. As redes *peer-to-peer* prestam-se a diversas utilizações, tais como as mensagens em linha, a telefonia, a distribuição de suportes lógicos e até aplicações militares. Todavia, a utilização mais divulgada é a partilha de ficheiros.

22. Trata-se apenas de ficheiros contendo dados ilegais, como as obras partilhadas com infração dos direitos de autor? Não. Nas redes *peer-to-peer* podem ser partilhados ficheiros de diversa natureza, nomeadamente contendo dados que não estão protegidos por direitos de autor, obras difundidas com o consentimento dos titulares ou até pelos próprios autores, obras cuja proteção já caducou (pelo menos no que respeita aos direitos materiais) ou ainda obras sob licença livre.

23. Todavia, segundo os dados apresentados pela Stichting Brein e não contestados, se bem entendo, no processo principal, 90 a 95% dos ficheiros partilhados na rede do TPB contêm obras protegidas e distribuídas sem o consentimento dos seus titulares. Este número parece ser válido para a maior parte das redes *peer-to-peer* populares. A justificação é que os conteúdos legais têm os seus próprios canais de distribuição, quer sejam profissionais ou amadores (os sítios Internet clássicos, as lojas em linha, as redes sociais, etc.). As redes *peer-to-peer*, pelo contrário, são frequentemente utilizadas para partilhar conteúdos que de outro modo não estariam disponíveis gratuitamente para o público. Frequentemente os administradores destas redes não escondem sequer este objetivo, tendo algumas destas redes sido criadas com o objetivo confessado de contornar os direitos de autor julgados abusivos [10]. Por resta razão, as redes *peer-to-peer* foram alvo da luta antipirataria logo após a sua criação, travada principalmente nos Estados Unidos, onde estas redes ganharam rapidamente popularidade. O serviço Napster foi a primeira grande rede *peer-to-peer* desmantelada por infrações dos direitos de autor [11].

10 — Por exemplo, o TPB foi fundado pelos membros do Piratbyrån, uma organização sueca contra os direitos de autor.

11 — Decisão do United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, de 12 de fevereiro de 2001, A&M Records, Inc. v. Napster, Inc. (239 F.3d 1004).

24. Depois do Napster, apareceram novas gerações de redes *peer-to-peer*. Atualmente as mais populares, pelo menos no mercado europeu, são as redes baseadas no protocolo *bittorrent*. Esta tecnologia, através de um suporte lógico livremente acessível em linha (designado «cliente *bittorrent*»), permite descarregar o mesmo ficheiro, dividido em pequenas parcelas, a partir de diversos computadores pares. Graças a esta fragmentação do ficheiro descarregado, os computadores dos pares na origem do descarregamento (designados então «*seeders*») que fazem a função de servidores, bem como as suas conexões Internet, não são saturados, o que permite o descarregamento rápido de ficheiros relativamente volumosos. Dado que o número de pares que possuem e partilham o mesmo ficheiro é essencial para a rapidez do descarregamento, na tecnologia *bittorrent* cada fragmento do ficheiro descarregado é proposto simultaneamente para descarregamento a outros pares que estejam à procura do mesmo ficheiro («leechers»). Dito de outro modo, cada computador cliente que descarrega o ficheiro torna-se automaticamente um servidor que o coloca à disposição dos outros pares.

25. Não vou entrar mais detalhadamente no funcionamento técnico das redes *peer-to-peer*, do qual é fácil encontrar descrições pormenorizadas [12]. Com efeito, como em todos os casos relativos às tecnologias da informação, o desenvolvimento técnico antecipa-se facilmente aos processos legislativos ou judiciais, com o risco de tornar obsoletas, mesmo antes da sua adoção, as soluções jurídicas baseadas num determinado *statu quo* tecnológico [13]. A meu ver, o que deve procurar-se para resolver um caso como o do processo principal é a substância jurídica de certos atos, independente das modalidades técnicas em que esses atos se inserem. Ora, o que é importante deste ponto de vista é o papel desempenhado pelos sítios como o TPB na partilha de ficheiros nas redes *peer-to-peer*.

26. Este papel é efetivamente crucial. A utilização de qualquer rede *peer-to-peer* assenta na possibilidade de encontrar pares disponíveis para partilhar o ficheiro pretendido. Estas informações, quer tenham tecnicamente a forma de ficheiros *torrent*, de «ligações *magnet*» ou outra, encontram-se em sítios *web* como o TPB. Estes sítios oferecem não apenas um motor de busca, mas frequentemente, como é o caso do TPB, índices de obras contidas nestes ficheiros, ordenadas em diferentes categorias, por exemplo «100 best» ou «os mais recentes». Por isso, nem sequer é necessário procurar uma obra concreta, bastando fazer uma escolha entre as que são propostas, como no catálogo de uma biblioteca (ou, para ser mais preciso, de uma audioteca ou videoteca, pois se trata principalmente de obras musicais ou cinematográficas). Estes sítios também dão frequentemente informações complementares, nomeadamente as que se referem à estimativa da duração do descarregamento, bem como ao número de *seeder*s e de *leechers* ativos para um determinado ficheiro.

27. Embora, como defendem as demandadas no processo principal, seja assim teoricamente possível encontrar ficheiros propostos para partilha numa rede *peer-to-peer* sem passar por um sítio do tipo do do TPB, na prática, a procura destes ficheiros termina geralmente num sítio deste tipo ou num sítio que agrega os dados de várias redes *peer-to-peer*. O papel de sítios como o do TPB é, portanto, praticamente incontornável no funcionamento destas redes, em todo o caso para um utilizador comum da Internet.

12 — Pode citar-se como primeira referência a Wikipédia, fonte perfeitamente pertinente em matéria de Internet (entradas «*peer-to-peer*», « *bittorrent*», «The Pirate Bay»). V. também a decisão da justiça australiana referida na nota 3, n.os 43 a 78, bem como L. Edwards, *The Role and Responsibility of Internet Intermediaries in the Field of Copyright and Related Rights*, documento preparado pela Organização Mundial da Propriedade Intelectual, disponível no seu sítio Internet sob o n.º WIPO-ISOC/GE/11/REF/01/EDWARDS.

13 — Assim, depois da apresentação do pedido prejudicial no presente processo, o sítio do TPB, para além da possibilidade de descarregamento de ficheiros, dotou-se de uma opção de fluxo contínuo (*streaming*) de obras partilhadas na rede *peer-to-peer*, através de um novo suporte lógico. Esta modalidade foi apresentada na audiência pelo representante da Stichting Brein.

Quanto à primeira questão prejudicial

28. Com a sua primeira questão prejudicial, o órgão jurisdicional de reenvio pretende saber, em substância, se o facto de o operador de um sítio Internet permitir encontrar ficheiros que contêm obras protegidas por direitos de autor, que são propostas para partilha numa rede *peer-to-peer*, indexando os metadados relativos a estes ficheiros e fornecendo um motor de busca, constitui uma comunicação ao público na aceção do artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 2001/29.

29. Começarei a minha análise desta questão por um breve resumo das disposições legislativas e da jurisprudência relativas ao direito de comunicação ao público.

Direito de comunicação ao público

30. No que respeita à difusão das suas obras, os autores gozavam tradicionalmente do direito exclusivo de autorizar ou proibir, por um lado, a distribuição de cópias destas obras e, por outro, a sua representação ao público presente no local da representação. Exemplos típicos são os concertos e os espetáculos de teatro.

31. A aparição dos meios técnicos de comunicação, tendo o primeiro sido o som através da radiodifusão, tornou necessário proteger os direitos de autor no que respeita a esta possibilidade de exploração das suas obras. Este direito foi introduzido pela primeira vez no direito internacional pelo artigo 11—Bis da Convenção de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas (a seguir «Convenção de Berna») [14]. Atualmente, o artigo 11-Bis da Convenção de Berna, na versão revista pelo ato de Paris de 24 de julho de 1971, modificada em 28 de setembro de 1979, prevê que os autores gozam do direito exclusivo de autorizar a radiodifusão ou a comunicação pública das suas obras por qualquer outro meio que sirva à difusão sem fio dos sinais, sons ou imagens, bem como a comunicação «secundária» da obra radiodifundida, quando essa comunicação seja feita por outro organismo que não o de origem [15].

32. Esta regulamentação do direito de comunicação pública foi concebida e é particularmente adaptada à comunicação do tipo «linear», para reproduzir a terminologia da Diretiva 2010/13/UE [16]. Neste modelo de comunicação o sinal é enviado para o destinatário [daí o termo inglês «push»] que apenas pode recebê-lo (ou não) no momento em que é difundido. Por isso, é relativamente fácil determinar em que momento se estabelece a comunicação, quem está na origem da mesma e quais são os destinatários, ou seja, o público. É o modelo clássico de funcionamento da rádio e da teledifusão.

33. Com a chegada da televisão a pedido (*video on demand*) e depois, principalmente da Internet, apareceu um novo modo de comunicação, no qual o conteúdo da comunicação apenas é colocado à disposição dos potenciais utilizadores, podendo estes utilizá-lo no momento e no local pretendidos. Neste modelo, só no momento em que o utilizador decide receber o conteúdo é que o sinal lhe é efetivamente enviado (*pull*). Existia uma dúvida quanto à questão de saber se este modo de proceder correspondia ao conceito de «comunicação pública» na aceção da Convenção de Berna [17].

14 — Ato de Berlim de 1908.

15 — A atual redação do artigo 11-Bis da Convenção de Berna resulta do Ato de Bruxelas de 26 de junho de 1948. (versão portuguesa no sítio *web*: http://www.gddc.pt/siii/docs/dec73-1978.pdf; consulta em 2 de abril de 2017)

16 — Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho, de 10 de março de 2010, relativa à coordenação de certas disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros respeitantes à oferta de serviços de comunicação social audiovisual (JO 2010, L 95, p. 1). Trata-se de um serviço de comunicação social audiovisual linear no tempo, quer dizer, que só pode ser recebida no próprio momento da difusão [v. o artigo 1.º, n.º 1, alínea e), da Diretiva 2010/13].

17 — V., nomeadamente, von Lewinski, S., Walter, M., *European Copyright Law. A Commentary*, Oxford University Press 2010, pp. 973 a 980.

34. A Convenção de Berna foi completada, nomeadamente para adaptar as suas disposições ao progresso técnico, pelo Tratado da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI) sobre direito de autor, adotado em Genebra em 20 de dezembro de 1996 (a seguir «TDA») [18]. Foi nela expressamente introduzido o conceito de «colocação à disposição do público». Com efeito, o artigo 8.º do TDA prevê o direito exclusivo dos autores de autorizarem qualquer comunicação ao público das suas obras, por fios ou sem fios, «incluindo a colocação das suas obras à disposição do público por forma a torná-las acessíveis a membros do público a partir do local e no momento por eles escolhido individualmente». Esta disposição não se limita, portanto, à comunicação por rádio ou teledifusão, mas abrange qualquer meio técnico de comunicação. Também não se limita à comunicação linear, mas abrange a colocação do conteúdo à disposição para receção diferida no tempo. É precisamente esta última modalidade de comunicação pública que é especialmente pertinente no caso da Internet, nomeadamente das redes *peer-to-peer*.

35. O artigo 8.º do TDA foi transposto para o direito da União pelo artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 2001/29, disposição cuja interpretação é pedida no presente processo. Esta disposição reproduz de modo quase idêntico a formulação adotada no TDA.

36. A Diretiva 2001/29 não contém, todavia, nenhuma definição do conceito de «comunicação pública» nem do conceito de «colocação à disposição do público». Por isso, foi o Tribunal de Justiça que teve de esboçar os contornos desta definição. Segundo a jurisprudência, são indispensáveis dois elementos para haver uma comunicação ao público: o ato de comunicação e a presença de público [19].

37. No que respeita ao primeiro elemento, o Tribunal de Justiça sublinha o papel incontornável desempenhado pelo utilizador e o caráter deliberado da sua intervenção. Com efeito, o referido utilizador pratica um ato de comunicação ao intervir, com pleno conhecimento das consequências do seu comportamento, para dar aos seus clientes acesso a uma obra protegida, designadamente quando, sem esta intervenção, estes clientes não poderiam, em princípio, desfrutar da obra difundida [20].

38. Convém acrescentar, como já observei acima, que, no caso de colocação à disposição do público de uma obra para receção no momento pretendido pelos destinatários, o ato de comunicação deve ser apreciado tomando em conta a especificidade deste modo de comunicação. Assim, contrariamente à comunicação efetuada por iniciativa do ator na origem dessa comunicação, no caso de colocação à disposição, a transmissão efetiva da obra só ocorre potencialmente e por iniciativa do destinatário. Todavia, a faculdade do titular dos direitos de autor de se opor a essa comunicação realiza-se no momento da colocação à disposição, independentemente da questão de saber se e quando ocorreu a transmissão efetiva [21].

39. No que respeita ao segundo elemento, o da presença do público, o mesmo implica, segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, dois requisitos. Segundo o primeiro requisito, a comunicação deve ser destinada a um número indeterminado mas importante de potenciais destinatários. Este critério é normalmente preenchido no caso de um sítio *web* acessível, em princípio, a todos os utilizadores da Internet [22].

18 — Tratado aprovado em nome da Comunidade Europeia pela Decisão 2000/278/CE do Conselho, de 16 de março de 2000 (JO 2000, L 89, p. 6).

19 — V., por último, o acórdão de 8 de setembro de 2016, GS Media (C-160/15, EU:C:2016:644, n.º 32 e jurisprudência referida).

20 — Acórdão de 8 de setembro de 2016, GS Media (C-160/15, EU:C:2016:644, n.º 35).

21 — V., neste sentido, acórdão de 13 de fevereiro de 2014, Svensson e o. (C-466/12, EU:C:2014:76, n.º 19).

22 — V., neste sentido, acórdão de 13 de fevereiro de 2014, Svensson e o. (C-466/12, EU:C:2014:76, n.º 22).

40. O segundo requisito exige que o público visado pela comunicação seja um «público novo». No entender do tribunal de Justiça, no que respeita à colocação à disposição na Internet, a comunicação não é feita a um público novo quando respeita a uma obra já colocada à disposição do público, em livre acesso, noutro sítio Internet. Com efeito, em tal situação, a comunicação visa, pelo menos potencialmente, o mesmo público que o visado pela colocação à disposição original, a saber, a totalidade dos utilizadores da Internet [23].

41. Esta liberdade dos utilizadores da Internet está, no entanto, sujeita a uma limitação. Com efeito, segundo o Tribunal de Justiça, na aplicação do critério do público novo, deve tomar-se em consideração não o público que efetivamente tem acesso à obra, mas apenas o público que foi tomado em consideração pelo titular dos direitos de autor na comunicação inicial. Pelo contrário, se a obra foi, de facto, disponibilizada, mas sem o consentimento do titular dos direitos, não foi tomado em conta nenhum público pelo referido titular, qualquer nova colocação à disposição visa, portanto, necessariamente um público novo e deve, por isso, ser considerada uma comunicação ao público para efeitos do artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 2001/29 [24].

42. No entanto, não há que apreciar se a comunicação é destinada a um público novo quando é efetuada através dum modo técnico específico, ou seja, de um meio técnico diferente do utilizado pela comunicação inicial [25]. Por isso, nesse caso, há sempre uma comunicação ao público na aceção da Diretiva 2001/29.

43. Estes elementos devem agora ser apreciados no contexto das redes *peer-to-peer*.

Comunicação ao público nas redes peer-to-peer

44. A meu ver, é inegável que, quando obras protegidas por direitos de autor são partilhadas numa rede *peer-to-peer*, ocorre a colocação destas obras à disposição.

45. Em primeiro lugar, as obras são postas à disposição nos computadores dos utilizadores da rede, de modo a que qualquer outro utilizador possa descarregá-las. O facto de, no sistema *bittorrent*, os ficheiros que contêm estas obras serem fragmentados e descarregados por parcelas a partir de diversos computadores é uma particularidade técnica irrelevante. Com efeito, o objeto da proteção dos direitos de autor não é um ficheiro, mas a obra. Ora, as obras são postas à disposição na sua totalidade e encaminhadas para os utilizadores que as descarregam também na totalidade, salvo acidente técnico.

46. Em segundo lugar, os potenciais utilizadores de uma rede *peer-to-peer* aberta, como a do TPB, constituem sem qualquer dúvida um número indeterminado e importante de pessoas.

47. Finalmente, em terceiro lugar, independentemente de se tratar de um meio técnico específico, o critério do público novo está também preenchido, em todo o caso no que respeita a obras partilhadas sem o consentimento dos autores. Com efeito, como já observei no n.º 41 das presentes conclusões, o critério do público novo deve ser apreciado com referência ao público tomado em consideração pelo autor quando este deu o seu consentimento [26]. Ora, se o autor da obra não consentiu em que esta fosse partilhada numa rede *peer-to-peer*, os utilizadores da referida rede constituem por definição um público novo [27].

23 — V. acórdão de 13 de fevereiro de 2014, Svensson e o. (C-466/12, EU:C:2014:76, n.ºs 24 a 27).

24 — Acórdão de 8 de setembro de 2016, GS Media (C-160/15, EU:C:2016:644, n.º 43).

25 — Acórdão de 7 de março de 2013, ITV Broadcasting e o. (C-607/11, EU:C:2013:147, n.º 39).

26 — V., nomeadamente, acórdãos de 13 de fevereiro de 2014, Svensson e o. (C-466/12, EU:C:2014:76, EU:C:2014:76, n.º 24), e de 8 de setembro de 2016, GS Media (C-160/15, EU:C:2016:644, n.ºs 37 e 42).

27 — O que também resulta, de modo implícito, do n.º 43 do acórdão de 8 de setembro de 2016, GS Media (C-160/15, EU:C:2016:644).

48. Resta determinar quais são as pessoas que, numa rede *peer-to-peer*, estão na origem da colocação à disposição das obras que nela são partilhadas: os seus utilizadores ou o operador de um sítio de indexação como o TPB.

49. Os utilizadores, ao instalarem nos seus computadores e ao executarem o suporte lógico de partilha (o *bittorrent client*), ao fornecerem ao TPB as *torrents* que permitem procurar os ficheiros existentes nos seus computadores e ao deixarem os seus computadores ligados para que possam estar ativos na rede, colocam deliberadamente as obras que possuem à disposição dos outros utilizadores da rede.

50. No entanto, estas obras não estariam acessíveis e o funcionamento da rede não seria possível, ou, pelo menos, seria muito mais complexo e de utilização menos eficaz sem sítios como o TPB que permitem encontrar e aceder às obras. Os operadores destes sítios *web* organizam, portanto, o sistema que permite aos utilizadores aceder a obras postas à disposição por outros utilizadores. O seu papel pode, por conseguinte, ser considerado necessário [28].

51. É verdade que um sítio *web* desse tipo se limita a estabelecer um repertório dos conteúdos existentes na rede *peer-to-peer*, ou seja, os metadados relativos às obras propostas para partilha pelos utilizadores da rede. O operador do sítio *web*, por conseguinte, não tem em princípio nenhuma influência sobre a aparição de uma obra nessa rede. É apenas um intermediário que permite aos utilizadores partilhar conteúdos em *peer-to-peer*. Por isso, não se lhe pode atribuir o papel decisivo na comunicação ao público de uma determinada obra enquanto não souber que a mesma foi colocada à disposição ilegalmente ou enquanto agir lealmente para remediar essa ilegalidade logo que advertido dela. Porém, a partir do momento em que esse operador tem conhecimento de que a colocação à disposição foi feita violando os direitos de autor e não atua para impossibilitar o acesso à obra em questão, pode considerar-se que o seu comportamento tem por finalidade permitir expressamente a continuação da colocação à disposição ilegal dessa obra e, portanto, é deliberado.

52. Faço questão de precisar que este conhecimento de causa do operador do sítio deve ser efetivo. É esse o caso, designadamente, numa situação em que este operador tenha sido expressamente avisado pelo titular dos direitos do caráter ilícito das informações apresentadas no sítio. [29] Por isso, não seria apropriado imputar a esse sítio *web* a presunção de conhecimento de causa semelhante à que o Tribunal de Justiça declarou no acórdão GS Media relativamente às pessoas que tinham colocado uma ligação hipertextual com um fim lucrativo [30]. Com efeito, uma tal presunção implicaria impor aos operadores dos sítios de indexação das redes *peer-to-peer*, que funcionam normalmente com fins lucrativos, uma obrigação geral de vigilância dos conteúdos indexados.

53. A intervenção destes operadores preenche, assim, os critérios do caráter necessário e deliberado enunciados na jurisprudência do Tribunal de Justiça. [31] Por isso, no meu entender, deve considerar-se que estes operadores, simultânea e conjuntamente com os utilizadores da rede, também estão na origem da colocação à disposição do público de obras que são partilhadas na rede sem o consentimento dos titulares dos direitos de autor, se estiverem conscientes dessa ilegalidade e não reagirem para impossibilitar o acesso a estas obras.

54. Deve, portanto, responder-se à primeira questão prejudicial que o facto de o operador de um sítio Internet permitir encontrar ficheiros que contêm obras protegidas por direitos de autor que são propostas para partilha numa rede *peer-to-peer*, indexando esses ficheiros e fornecendo um motor de busca, constitui uma comunicação ao público na aceção do artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 2001/29, se esse operador tiver conhecimento de que uma obra é colocada à disposição na rede sem o consentimento dos titulares dos direitos de autor e não reagir para impossibilitar o acesso a essa obra.

28 — V., também, a este respeito, os n.os 26 e 27 das presentes conclusões.

29 — Segundo as informações constantes dos autos, é esse o caso do sítio do TPB no processo principal.

30 — Acórdão de 8 de setembro de 2016 (C-160/15, EU:C:2016:644, n.º 51).

31 — Acórdão de 8 de setembro de 2016, GS Media (C-160/15, EU:C:2016:644, n.º 35 e jurisprudência referida).

Quanto à segunda questão prejudicial

Observações liminares

55. A segunda questão prejudicial foi suscitada pelo órgão jurisdicional de reenvio para a hipótese de o Tribunal de Justiça vir a responder negativamente à primeira questão, à qual proponho seja dada uma resposta afirmativa. Porém, se o Tribunal de Justiça não partilhasse a minha análise acima exposta, seria necessária a análise da segunda questão prejudicial. Por isso, vou também propor uma resposta a essa segunda questão.

56. Na segunda questão prejudicial são mencionados quer o artigo 8.º, n.º 3, da Diretiva 2001/29 quer o artigo 11.º da Diretiva 2004/48. Todavia, nos termos do artigo 2.º, n.º 2, da Diretiva 2004/48, bem como, mais diretamente, nos termos da última frase do artigo 11.º desta diretiva, as suas disposições aplicam-se sem prejuízo das disposições da Diretiva 2001/29, em especial do seu artigo 8.º Na minha opinião, decorre daí que, no que respeita às matérias reguladas pelo artigo 8.º da Diretiva 2001/29, esta disposição prima sobre o artigo 11.º da Diretiva 2004/48. Daí resulta que só o artigo 8.º, n.º 3, da Diretiva 2001/29 é pertinente para a resposta à segunda questão prejudicial. De qualquer modo, estas duas disposições têm um teor semelhante.

57. Com esta segunda questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, se o artigo 8.º, n.º 3, da Diretiva 2001/29 deve ser interpretada no sentido de que permite proferir, mediante petição, uma injunção contra um fornecedor de acesso à Internet, ordenando-lhe que impeça aos seus utilizadores o acesso a um sítio de indexação de uma rede *peer-to-peer* através do qual são cometidas infrações aos direitos de autor, mesmo que o operador deste sítio não comunique ele próprio ao público as obras que são colocadas à disposição na referida rede.

Aplicabilidade de medidas ao abrigo do artigo 8.º, n.º 3, da Diretiva 2001/29 aos sítios como o TPB

58. Recorde-se que, nos termos do artigo 8.º, n.º 3, da Diretiva 2001/29, os titulares dos direitos de autor devem poder solicitar uma injunção contra intermediários cujos serviços sejam utilizados por terceiros para violar os seus direitos.

59. No processo principal, é pacífico que as demandadas, na qualidade de fornecedoras de acesso à Internet, são intermediários na aceção da referida disposição.

60. Na minha opinião, também é claro que os serviços destes intermediários são utilizados por terceiros para violar os direitos de autor. Com efeito, verificou-se que certos utilizadores destes serviços utilizam a rede *peer-to-peer* para nela partilharem obras sem a autorização dos titulares dos direitos de autor. Esta partilha constitui uma colocação à disposição do público de uma obra sem autorização do titular dos direitos de autor e, por consequência, uma violação destes direitos.

61. A particularidade do processo principal é que a medida pedida, a saber, o impedimento do acesso ao sítio *web* do TPB, afetará não apenas os utilizadores que cometem infrações aos direitos de autor mas também o sítio do TPB, que não poderá oferecer os seus serviços aos utilizadores ligados à Internet por intermédio das demandadas no processo principal.

62. É verdade que a possibilidade de ordenar tal medida foi admitida pelo Tribunal de Justiça no seu acórdão UPC Telekabel Wien [32]. No entanto, nesse processo, tratava-se de bloquear o acesso a um sítio Internet cujo operador tinha sido considerado ele próprio causador da infração aos direitos de autor. Com efeito, as obras colocadas ilegalmente à disposição do público encontravam-se no sítio Internet em causa e eram descarregadas pelos utilizadores a partir desse sítio. Foi nesse contexto que o Tribunal de Justiça pôde decidir que o operador do referido sítio *web* utilizava os serviços do fornecedor de acesso à Internet às pessoas que consultavam o sítio para cometer infrações dos direitos de autor.

63. A situação no presente processo é muito diferente, já que, estando provado que o TPB não efetua ele próprio a comunicação ao público das obras sem o consentimento dos titulares dos direitos de autor, também não se pode concluir que utiliza os serviços dos fornecedores de acesso a Internet aos utilizadores da rede *peer-to-peer* para cometer infrações dos direitos de autor.

64. Ora, a hipótese referida no artigo 8.º, n.º 3, da Diretiva 2001/29 pressupõe a existência de um nexo entre o objeto da injunção pedida e a infração dos direitos de autor. Uma medida de bloqueamento de um sítio Internet implica que tenha sido constatada a responsabilidade do operador do referido sítio por uma infração dos direitos de autor com o auxílio dos serviços do intermediário ao qual a injunção é dirigida. É nesta condição que esse operador tem a qualidade de terceiro que viola os direitos de autor na aceção do artigo 8.º, n.º 3, da Diretiva 2001/29.

65. Se o operador em causa não efetua ele próprio o ato abrangido pelo direito exclusivo do autor (por exemplo a comunicação ao público), essa infração só pode ser indireta. Tendo em conta que a responsabilidade por este tipo de infrações não está harmonizada no direito da União, deve a mesma estar expressamente prevista pelo direito nacional. Compete aos órgãos jurisdicionais nacionais verificar se essa responsabilidade existe no seu direito interno.

66. Se essa responsabilidade puder ser imputada ao operador de um sítio *web* de indexação numa rede *peer-to-peer* na qual são partilhadas obras sem autorização dos titulares dos direitos de autor, deve considerar-se que esse operador utiliza os serviços dos fornecedores de acesso à Internet cujos clientes partilham os ficheiros nessa rede, por analogia com uma pessoa que comete diretamente ela própria uma infração dos direitos de autor.

67. Esta conclusão não é posta em causa pelo facto de um sítio como o TPB poder entrar na categoria dos prestadores de serviços de alojamento cuja responsabilidade pelas informações armazenadas está, em princípio, excluída ao abrigo do artigo 14.º, n.º 1, da Diretiva 2000/31. Com efeito, esta imunidade é condicional, sendo concedida apenas se o prestador não tivesse conhecimento do caráter ilegal das informações armazenadas ou da atividade realizada com estas informações e na condição de, logo que advertido desta ilegalidade, agir imediatamente para retirar as informações em causa ou impossibilitar o acesso às mesmas.

68. Se o prestador intermediário não preenche estas condições, quer dizer, se tinha conhecimento da ilegalidade das informações armazenadas mas não agiu para as retirar ou impossibilitar o acesso às mesmas, pode ser considerado indiretamente responsável por estas informações.

32 — Acórdão de 2 de março de 2014 (C-314/12, EU:C:2014:192).

69. É esse o caso, nomeadamente, do operador de um sítio *web* de indexação de uma rede *peer-to-peer* que tivesse conhecimento ou tivesse sido advertido de que os ficheiros *torrent* fornecidos pelos utilizadores da rede permitiam partilhar obras colocadas à disposição nesta rede sem a autorização dos titulares dos direitos de autor e não tivesse agido para retirar estes ficheiros. Ora, é evidente no processo principal que é este o caso do TBP. O artigo 14.º da Diretiva 2000/31 não obsta, por conseguinte, à sua responsabilidade pelas infrações dos direitos de autor que resultam dessa colocação à disposição.

70. Deve ainda apreciar-se a conformidade de uma medida desse tipo com os direitos fundamentais.

Conformidade do bloqueamento do acesso a um sítio Internet com os direitos fundamentais

71. As medidas tomadas ao abrigo do artigo 8.º, n.º 3, da Diretiva 2001/29 devem ser conformes com os direitos fundamentais aplicáveis [33]. A questão desta conformidade no que respeita a uma medida que ordena o bloqueamento, aos utilizadores dos serviços de um fornecedor de acesso à Internet, da possibilidade de consultarem um sítio reconhecido como responsável de uma violação dos direitos de autor foi analisada pelo Tribunal de Justiça de modo aprofundado no acórdão UPC Telekabel Wien [34]. O Tribunal de Justiça admitiu uma medida desse tipo à luz dos direitos fundamentais, impondo três condições [35].

72. Em primeiro lugar, o prestador destinatário da injunção deve poder escolher os meios técnicos aplicados para se conformar com a mesma e deve poder libertar-se das suas obrigações demonstrando que tomou todas as medidas necessárias para o efeito. Trata-se de condições impostas ao direito nacional, cujo respeito cabe aos órgãos jurisdicionais nacionais fiscalizar.

73. Em segundo lugar, as medidas tomadas não devem privar inutilmente os utilizadores da Internet da possibilidade de acederem licitamente às informações disponíveis. Ora, é evidente que uma medida de bloqueamento de um determinado sítio *web* priva os utilizadores da Internet do acesso a informações que nele estão disponíveis, quer sejam lícitas ou não.

74. A apreciação da legalidade de tal medida deve então fazer-se, a meu ver, caso a caso, analisando a proporcionalidade entre, por um lado, a medida e a privação de acesso às informações que dela decorre e, por outro, a importância e a gravidade das infrações aos direitos de autor cometidas através do referido sítio *web*.

75. No que respeita ao caso do TPB, segundo as informações fornecidas pela demandante no processo principal, que, obviamente, devem ser verificadas pelo órgão jurisdicional de reenvio, mais de 90% dos ficheiros cujo acesso é possibilitado a partir deste sítio contêm obras colocadas à disposição do público sem autorização dos titulares dos direitos de autor. Além disso, os operadores do TPB foram alegadamente advertidos várias vezes do caráter ilícito dos conteúdos do seu sítio e instados a retirá-los, o que se recusaram expressamente a fazer.

76. Na minha opinião, nestas circunstâncias, a privação dos utilizadores da Internet do acesso às informações que decorre da medida de bloqueamento do sítio do TPB seria proporcionada à importância e à gravidade das infrações dos direitos de autor cometidas neste sítio. A minha apreciação baseia-se tanto na proporção dos conteúdos ilegais como na atitude dos operadores do referido sítio *web*. É tanto mais assim quanto, se as obras forem partilhadas licitamente numa rede

33 — Acórdão de 27 de março de 2014, UPC Telekabel Wien (C-314/12, EU:C:2014:192, n.ºs 45 e 46 e jurisprudência referida).

34 — Acórdão de 27 de março de 2014 (C-314/12, EU:C:2014:192, n.ºs 46 a 63).

35 — Acórdão de 27 de março de 2014, UPC Telekabel Wien (C-314/12, EU:C:2014:192, n.º 64).

peer-to-peer, é muito provável que sejam tão facilmente e gratuitamente acessíveis por outros meios ou que possam ser colocadas facilmente à disposição. A situação seria completamente diferente no caso de um sítio Internet no qual os conteúdos ilícitos fossem marginais e cujos operadores cooperassem lealmente para os retirar.

77. É evidente que a análise definitiva sobre a proporcionalidade da medida considerada compete aos órgãos jurisdicionais nacionais.

78. Finalmente, em terceiro lugar, a medida deve ter como efeito impedir, ou, pelo menos, tornar dificilmente realizáveis as consultas não autorizadas de obras protegidas e desencorajar seriamente os utilizadores da Internet que recorrem aos serviços do destinatário da injunção de consultarem estas obras colocadas à sua disposição com violação dos direitos de autor. Noutros termos, a medida deve ter como objetivo parar e prevenir a violação dos direitos de autor e deve ser razoavelmente eficaz na prossecução deste objetivo.

79. No caso vertente, as demandadas no processo principal manifestam dúvidas sérias sobre a eficácia da medida de bloqueamento do acesso ao sítio do TPB. No seu entender, por um lado, esta medida é ineficaz, porque as mesmas obras podem ser encontradas e partilhadas na Internet por outros meios que não o TPB. Por outro, a medida de bloqueamento de um endereço Internet é facilmente contornável por qualquer utilizador da Internet experimentado.

80. Deve, porém, observar-se, em primeiro lugar, que, segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, não é necessário que a proteção da propriedade intelectual seja assegurada de forma absoluta, ou seja, que a medida considerada acabe completamente com as violações dos direitos de autor. Com efeito, basta que essa medida desencoraje seriamente os utilizadores da Internet de cometerem tais violações, dificultando-as [36]. Ora, tendo em conta o papel dos sítios Internet como o TPB no funcionamento das redes *peer-to-peer*, parece-me inegável que o bloqueamento do acesso a um sítio desse tipo impediria ou tornaria difícil, para a maior parte dos utilizadores, encontrar as obras colocadas à disposição numa rede dessa natureza e, portanto, descarregá-las violando os direitos de autor.

81. Em segundo lugar, o facto de outros sítios Internet que não o TPB poderem desempenhar o mesmo papel não diminui a eficácia da medida pedida no processo principal, porque podem ser pedidas medidas semelhantes para impedir, por seu turno, o acesso a esses sítios. Aceitar o raciocínio das demandadas no processo principal significaria admitir que nenhuma medida de prevenção de uma infração da lei seria eficaz porque serão sempre cometidas novas infrações por outras pessoas.

82. Finalmente, em terceiro lugar, deve recordar-se que já foi objeto de apreciação pelo Tribunal de Justiça uma medida certamente mais eficaz, que consistiria em ordenar o bloqueamento do todo o tráfego Internet relativo a obras partilhadas ilicitamente nas redes *peer-to-peer*. O Tribunal de Justiça recusou tal medida, julgando-a demasiado compulsória para os fornecedores de acesso à Internet e que ia longe demais na ingerência nos direitos dos utilizadores [37].

83. Se se devesse recusar agora uma medida menos compulsória para os prestadores de serviços e que constitui uma ingerência menor nos direitos dos utilizadores com o fundamento de que não é suficientemente eficaz, os fornecedores de acesso à Internet estariam definitivamente libertos *de facto* do seu dever de cooperação na luta contra as infrações dos direitos de autor. Ora, as derrogações em matéria de responsabilidade dos prestadores intermediários previstas pela Diretiva 2000/31 constituem um dos elementos do equilíbrio entre os diferentes interesses em jogo instituído, segundo o seu considerando 41, por esta diretiva. A contrapartida destas derrogações, no âmbito desse equilíbrio, é

36 — Acórdão de 27 de março de 2014, UPC Telekabel Wien (C-314/12, EU:C:2014:192, n.os 61 a 63). Segundo o Tribunal de Justiça, mesmo uma medida que não impede diretamente as violações dos direitos de autor mas que exige simplesmente que os utilizadores se identifiquem para aceder à Internet preenche estes critérios [acórdão de 15 de setembro de 2016, Mc Fadden (C-484/14, EU:C:2016:689, n.os 95 e 96)].

37 — Acórdão de 24 de novembro de 2011, Scarlet Extended (C-70/10, EU:C:2011:771, n.os 38 a 52).

não só a inexistência de qualquer cumplicidade dos prestadores intermediários nas infrações da lei, mas também a sua cooperação para evitar ou prevenir estas infrações. Não podem subtrair-se a essa obrigação invocando, consoante as circunstâncias, o caráter demasiado compulsório das medidas ou a sua ineficácia.

84. Por conseguinte, proponho ao Tribunal de Justiça, no caso de resposta negativa à primeira questão prejudicial, que responda à segunda questão que o artigo 8.º, n.º 3, da Diretiva 2001/29 deve ser interpretado no sentido de que permite decretar uma injunção contra um intermediário, ordenando-lhe que bloqueie aos seus utilizadores o acesso a um sítio *web* de indexação de uma rede *peer-to-peer*, se o operador do referido sítio puder, nos termos do direito nacional, ser considerado responsável pelas infrações dos direitos de autor cometidas pelos utilizadores da referida rede, desde que essa medida seja proporcionada à importância e à gravidade das infrações dos direitos de autor cometidas, o que compete ao órgão jurisdicional nacional averiguar.

Conclusão

85. Face ao que fica exposto, proponho ao Tribunal de Justiça que dê a seguinte resposta às questões prejudiciais submetidas pelo Hoge Raad der Nederlanden (Tribunal Supremo dos Países Baixos):

«O facto de o operador de um sítio Internet permitir encontrar ficheiros que contêm obras protegidas por direitos de autor que são propostas para partilha numa rede *peer-to-peer*, indexando esses ficheiros e fornecendo um motor de busca, constitui uma comunicação ao público na aceção do artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de maio de 2001, relativa à harmonização de certos aspetos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação, se esse operador tiver conhecimento de que uma obra é colocada à disposição na rede sem o consentimento dos titulares dos direitos de autor e não reagir para impossibilitar o acesso a essa obra.»