



UNIVERSIDADE D
COIMBRA

Beatriz Marques Almeida

**DIREITOS DE AUTOR NAS PLATAFORMAS DE
PARTILHA DE CONTEÚDOS EM REDE**

**Dissertação no âmbito do Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses orientada pelo
Professor Doutor Alexandre Libório Dias Pereira e apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade de Coimbra**

Janeiro de 2022



FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE D
COIMBRA

**Direitos de Autor nas Plataformas de Partilha de Conteúdos em
Rede**

Copyright in Online Content-Sharing Platforms

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do
2.º Ciclo de Estudos em Ciências Jurídico-Forenses (conducente ao grau de Mestre),
orientada pelo Professor Doutor Alexandre Libório Dias Pereira

BEATRIZ MARQUES ALMEIDA

Coimbra, 2022

Agradecimentos

Dirijo um profundo e sentido agradecimento ao Professor Doutor Alexandre L. Dias Pereira, por representar eximamente as suas funções de orientador, e depositar uma confiança inabalável nas minhas capacidades, essencial nos momentos em que a minha me faltou; e a todos os que foram tornando o percorrer deste caminho um pouco mais leve.

Resumo

Motivados pelo tratamento do problema das violações de direitos de autor nas plataformas de partilha de conteúdos em rede pela Diretiva (UE) 2019/790, procedemos a uma análise do panorama legislativo e jurisprudencial da matéria, levantando-se problemas relacionados com a insegurança jurídica criada por legislação europeia desatualizada e fragmentada, e um tratamento jurisprudencial exageradamente complexo e incoerente.

Sustentamos que a diretiva não soluciona os problemas levantados nesta sede, por se entender que o foco na responsabilização dos intermediários e reforço na exclusividade não garantem a remuneração justa dos titulares, pelo caminho introduzindo insegurança jurídica, abrindo caminho a sufocos de direitos fundamentais, entrando em conflito com a proibição de obrigação geral de vigilância, e tendo implicações nos critérios para a prática de um ato de comunicação ao público. Analisam-se alternativas fundadas na criação de um sistema unificado de responsabilização de prestadores, e uma exceção para o «*user generated content*» a que corresponde uma compensação aos titulares, cobrada às plataformas e gerida por entidades de gestão coletiva.

Apresentamos algumas sugestões de transposição, baseadas nas orientações da Comissão Europeia e inspiradas nas propostas de transposição de outros Estados-Membros, e baseadas na necessidade de atribuir segurança jurídica à matéria, e garantir os direitos fundamentais postos em causa, nomeadamente no que toca à liberdade de expressão dos utilizadores, e a remuneração justa dos titulares, através da imposição de limites às tecnologias de reconhecimento de conteúdos, da criação de incentivos a que as plataformas mantenham utilizações livres disponíveis, e do foco na gestão coletiva e licenças coletivas com efeitos alargados.

Palavras-chave: Direitos de Autor; Diretiva (UE) 2019/790; Artigo 17.º; Prestadores de Serviços em Linha; Comunicação ao Público; Exceção UGC; Transposição.

Abstract

Motivated by the Directive (EU) 2019/790's approach to online content sharing platforms' liability, we bring forth an analysis of how this issue has been handled by legislation and in courts, in which we find problems relating to legal uncertainty, created by the outdated and fragmented European legislation, and a complex and incoherent approach by the courts.

We conclude that the directive doesn't solve the problems that have been raised, since a focus on intermediary liability and strengthening exclusivity won't guarantee fair remuneration of right-holders, while it also introduces legal uncertainty, opens way for fundamental rights' abuses, conflicts with the prohibition of a general monitoring obligation, and brings forth implications on the criteria for the practice of an act of communication to the public. We analyse alternatives based on the introduction of a unified intermediary liability system, and a user generated content exception counterbalanced by right-holder compensation, paid for by platforms and managed by rights management organizations.

We present some suggestions for the directive's transposition, based on the European Commission's guidance paper, inspired by other member-states' proposals, and based on the need to ensure legal certainty in this subject and protect the fundamental rights at play, namely freedom of expression, and the rightholders' fair remuneration, through imposing limits to content ID technology, creating incentives for platforms to leave content protected by an exception available, and focus on collective rights management and collective licensing with an extended effect.

Keywords: Copyright, Directive (EU) 2019/790; Article 17.º; Online Service Providers; Communication to the Public; User Generated Content Exception; Transposition; Value-gap.

Siglas e abreviaturas

Ac. – Acórdão

Acs. – Acórdãos

Al. – Alínea

Als. – Alíneas

ANACOM – Autoridade Nacional de Comunicações

CDADC – Código de Direitos de Autor e Direitos Conexos

CDFUE – Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia

Cons. – Considerando(s)

DL – Decreto-lei

EM – Estados-Membros

EGC – Entidades de Gestão Coletiva

Ibid. - *Ibidem*

N.º – Número

N.ºs – Números

Par. – Parágrafo(s)

TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia

UE – União Europeia

UGC – *User Generated Content*

Índice

Agradecimentos.....	3
Resumo.....	4
Abstract	5
Siglas e abreviaturas	6
Índice.....	7
Introdução	9
CAPÍTULO I - O PANORAMA ANTERIOR À DIRETIVA (UE) 2019/790.....	11
1. A Legislação – a Diretiva 2000/31/CE, a Diretiva 2001/29/CE, e a Diretiva 2004/48/CE.....	11
2. Jurisprudência Relevante.....	16
2.1. A jurisprudência do TJUE.....	16
2.2. A jurisprudência dos Estados-Membros	28
CAPÍTULO II – A DIRETIVA (UE) 2019/790 E AS PLATAFORMAS DE PARTILHA DE CONTEÚDOS EM REDE	33
1. O Pacote da Comissão – Uma Primeira Proposta de Diretiva.....	33
2. Doutrina Relevante.....	34
3. A Evolução da Diretiva	37
4. A Diretiva (UE) 2019/790	38
5. Doutrina e Jurisprudência Relevantes	41
5.1. O Direito de Comunicação ao Público.....	42
5.2. A Proibição de Obrigação Geral de Vigilância e os Direitos Fundamentais.....	43
5.3. Soluções alternativas.....	47
CAPÍTULO III – A TRANSPOSIÇÃO.....	52
1. A Orientações da Comissão para a Transposição do art. 17.º	52

2. Os Contributos dos Estados-Membros	57
3. A Transposição Portuguesa	63
3.1. A Proposta de Lei 114/XIV/3.....	63
3.2. Sugestões para a Transposição	65
Conclusão	69
Bibliografia.....	71
Legislação	78
Jurisprudência.....	81

Introdução

Anteriormente à proliferação dos serviços digitais, a aparente demarcação clara, por uma multiplicidade de critérios, dos diferentes meios de comunicação tradicionais (imprensa, televisão e rádio) assentava apenas num único critério – a diversa tecnologia utilizada¹. A utilização massiva de computadores e redes informáticas e a *proliferação de novos serviços de disponibilização de conteúdos nessas redes*² determinou a substituição das tecnologias analógicas dos meios de comunicação tradicionais por tecnologias digitais, que cria a possibilidade de aceder a todos os meios de comunicação tradicionais por meios digitais. Tal fenómeno tem forte impacto no direito de autor, uma vez que permite uma mais fácil, rápida e eficaz partilha de conteúdos protegidos³, que se entende não se ter feito acompanhar por um crescimento proporcional das receitas da indústria de conteúdos, dando origem à chamada *value gap*: o «*diferencial entre o valor correspondente ao aproveitamento dos conteúdos protegidos por parte dos utilizadores, com o consumo desses conteúdos, e o valor auferido pelos criadores e pelos titulares de direitos sobre esses conteúdos, quando entidades diferentes, enquanto contrapartida daquele aproveitamento*»⁴, absorvido pelos prestadores de serviços que disponibilizam as plataformas em que o conteúdo é partilhado.

A rápida adaptação destes serviços digitais ao fluxo de preferências dos utilizadores tem contribuído para uma evolução destes a uma velocidade supersónica, num sentido em que permitem a partilha de quantidades massivas de conteúdos, e influem cada vez mais nestes⁵ (através da sua organização, seleção, categorização, *etc.*), com o objetivo de obtenção de lucro, questionando-se a possibilidade de fazerem estes uma exploração económica de conteúdos protegidos, e deverem ser responsabilizados pelos conteúdos protegidos carregados ilicitamente nas suas plataformas⁶.

Surgindo, em 2019, um novo tratamento desta questão pela União Europeia, sob a forma da Diretiva (UE) 2019/790⁷, parece-nos relevante uma análise transversal do

¹ SOFIA DE VASCONCELOS CASIMIRO, “A convergência dos meios de comunicação e o direito de autor: tempos de mudança”, *Revista de Direito Intelectual*, 2016, n.º 1, p. 180

² *Ibid.*, p. 181

³ *Ibid.*, p. 183

⁴ SOFIA DE VASCONCELOS CASIMIRO, “Em defesa do artigo 17.º da Diretiva relativa aos direitos de autor e direitos conexos no mercado único digital: contextualização de uma evolução inevitável”, *Revista de Direito Intelectual*, 2019, n.º 2, pp. 57-77

⁵ *Ibid.*, p. 61

⁶ *Ibid.*, p. 62

⁷ Diretiva (UE) 2019/790 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de abril de 2019.

tratamento deste tipo de prestadores, sobrevoando o panorama anterior à Diretiva, num levantamento dos principais problemas encontrados neste contexto, analisando a evolução e implicações da nova Diretiva, eventuais alternativas e propostas de transposição, procurando averiguar se as respostas dadas resolvem o problema essencial no âmago desta questão - a ausência de remuneração justa pela comunicação ao público de conteúdos protegidos aos titulares de direitos sobre estes - sem agredir de forma insustentável os direitos fundamentais dos intervenientes.

CAPÍTULO I - O PANORAMA ANTERIOR À DIRETIVA (UE) 2019/790

Começamos por abordar o tratamento jurídico que tem sido dado ao problema através da responsabilização destes prestadores, analisando o panorama legislativo que parece aplicar-se, e sobrevoando a abordagem jurisprudencial ao tema, tanto por parte do TJUE como pelos tribunais de alguns EM.

1. A Legislação – a Diretiva 2000/31/CE, a Diretiva 2001/29/CE, e a Diretiva 2004/48/CE

As plataformas que aqui analisamos têm vindo, como veremos, a alegar repetidamente prestar um serviço de armazenagem em servidor, que consiste no «*armazenamento de informações prestadas por um destinatário do serviço*» (art. 14.º da Diretiva 2000/31/CE⁸), para se lhes aplicar a isenção de responsabilidade que a Diretiva estabelece.

O cons. 42 da Diretiva esclarece esta noção, determinando que a isenção aqui estabelecida apenas se aplica aos casos em que a atividade exercida se limita ao processo técnico de exploração e abertura do acesso a uma rede de comunicação na qual as informações prestadas por terceiros são transmitidas ou temporariamente armazenadas com o propósito exclusivo de tornar a transmissão mais eficaz, devendo tal atividade ser *puramente técnica, automática e passiva*, implicando que o prestador de serviços da sociedade de informação não tem *conhecimento ou controlo* da informação armazenada.

Especificamente quanto aos termos da isenção, o art. 14.º faz a mesma depender de que o prestador não tenha *conhecimento efetivo* da atividade ilegal, e não tenha *conhecimento de factos ou de circunstâncias* que evidenciam atividade ilegal; ou, *a partir do momento em que tenha conhecimento da ilicitude, atue com diligência* para retirar ou bloquear as informações. O cons. 46 contém uma ideia importante: determina que o prestador deve agir com diligência para retirar ou bloquear os conteúdos a partir do momento em que tenha conhecimento efetivo da ilicitude, *ou tenha sido alertado para esta*. Parece estar aqui implicado que o conhecimento efetivo não parece ter que resultar necessariamente

⁸ Diretiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de junho de 2000.

de um qualquer alerta sobre a existência do conteúdo ilícito, podendo resultar de análises da iniciativa do prestador, e podendo estas ainda ser exigidas em algumas circunstâncias, como desde já determina o cons. 48, que abre a possibilidade aos EM de prever em legislação nacional a exigência aos prestadores que «*exerçam deveres de diligência que podem razoavelmente esperar-se deles, no sentido de detetarem e prevenirem determinados tipos de atividades ilegais*». O cons. 46 determina que a remoção ou bloqueio dos conteúdos deve respeitar o princípio da liberdade de expressão, e ainda que podem os Estados-Membros fixar *requisitos específicos prévios à remoção ou à impossibilitação de acesso à informação*. Esta isenção não afeta a possibilidade de serem impostas medidas inibitórias de diversa natureza (cons. 45).

Estabelece-se ainda neste âmbito que não deve ser imposta aos prestadores uma *obrigação geral de vigilância* sobre as informações transmitidas e armazenadas, ou de «*procurar ativamente factos ou circunstâncias que indiquem ilicitudes*» (art. 15.º). Esta proibição apenas diz respeito a obrigações de natureza geral, e não já a obrigações de vigilância em casos específicos, não afetando, nomeadamente decisões de autoridades nacionais (cons. 47).

A transposição ocorre em diploma avulso – DL 7/2004⁹. É aqui introduzido um esquema de resolução provisória de litígios deste âmbito, a cargo da entidade de supervisão respetiva, justificando-o o legislador com a «*extrema urgência que pode haver numa composição prima facie*» (ponto 3), naturalmente sem prejuízo da resolução definitiva do litígio por via judicial.

Em relação ao capítulo III do Decreto-lei, relativo à responsabilidade dos prestadores de serviços em rede, observamos que começa por estabelecer como subsidiário deste diploma o regime comum de responsabilidade (art. 11.º), e parte da regra de ausência de dever geral de vigilância ou de investigação de eventuais ilícitos pelos prestadores (art.12.º). O art. 13.º estabelece alguns deveres aos prestadores para com as entidades de supervisão competentes, sendo que a alínea a) e b) aproveitam as possibilidades abertas pelo art. 15.º da Diretiva, enquanto a alínea c) impõe a obrigação de «*cumprir prontamente as*

⁹ Decreto-lei 7/2004, de 7 de janeiro.

determinações destinadas a prevenir ou pôr termo a uma infração, nomeadamente no sentido de remover ou impossibilitar o acesso a uma informação».

Especificamente quanto aos serviços de armazenagem em servidor, que o legislador apelida aqui de «*armazenagem principal*», determina-se que só são estes responsáveis nos termos comuns pela informação que armazenam se tiverem «*conhecimento da atividade ou informação cuja ilicitude for manifesta e não retirar[em] ou impossibilitar[em] logo o acesso a essa informação*»(art. 16.º, n.º 1). Parece-nos estranho o uso do adjetivo *manifesta* para caracterizar a ilicitude da atividade ou informação que se considera determinar a responsabilização do prestador, uma vez que não nos parece que o *conhecimento efetivo* exigido pela Diretiva se concretize de forma mais definitiva quão mais óbvia ou menos dissimulada se considere a ilicitude da atividade ou informação. Haverá então ilicitudes mais sub-reptícias excluídas do âmbito deste artigo, que a diretiva pretendia ver abrangidas?

O n.º 2 do art. 16.º determina que há responsabilidade civil do prestador sempre que este, perante as circunstâncias que conhece, *tenha ou deva ter consciência do carácter ilícito da informação*.

O art. 18.º prevê a solução provisória de litígios já referida, que se aplica aos prestadores de serviços de armazenagem em servidor. O legislador português entendeu não ser o prestador obrigado a remover conteúdo contestado por força da mera arguição de violação por um interessado, se a ilicitude não for manifesta. Neste caso o interessado poderá recorrer à entidade de supervisão respetiva, que deverá dar uma solução provisória ao litígio dentro de 48 horas (art. 18.º, n.º 2), da mesma forma que o pode fazer quem tiver interesse na manutenção daquele conteúdo em linha, contra uma decisão do prestador de remover ou impossibilitar o acesso ao conteúdo (art. 18.º, n.º 3). Não recai responsabilidade sobre a entidade de supervisão, ou sobre o prestador por ter ou não retirado o conteúdo ou impossibilitado o acesso a mera solicitação, quando não for manifesto se há ou não ilicitude, independentemente do sentido da decisão da entidade de supervisão (art. 18.º, n.º 6). Importa questionar se a ausência de responsabilização pela remoção de conteúdos lícitos poderá eventualmente levar à violação da liberdade de expressão dos utilizadores, uma vez que, sabendo-o o prestador, e considerando que, caso mantenha o conteúdo, poderá vir a ser responsabilizado, poderá optar por uma política de excesso de zelo, na dúvida retirando

sempre os conteúdos cuja ilicitude seja arguida por um interessado – o chamado *delete first discuss later*.

Relativamente às sanções determinadas neste diploma, estão previstas, no art. 37.º, n.º 2, contraordenações sujeitas a coima de €5000 a €10000, valores que nos parecem francamente desajustados à dimensão de alguns dos prestadores que se pretende sancionar¹⁰. Mais se prevê nos arts. 38.º e 39.º algumas sanções acessórias à coima e providências provisórias, a decretar pela entidade de supervisão.

A Diretiva 2001/29/CE¹¹ uniformiza, no seu art. 3.º, a noção de direito de comunicação ao público, e concretiza a noção de disponibilização de obras em linha como dimensão deste último, e a que se considerará violada com a partilha de conteúdos protegidos em plataformas como as que aqui estudamos, bem como prevê, no seu art. 5.º n.º 3, as exceções ou limitações a este direito que os EM podem adotar (não estando a matéria uniformizada neste âmbito).

Relevam aqui as disposições comuns que prevê sobre as sanções, recursos e medidas inibitórias a estabelecer pelos EM, de que o TJUE tem lançado mão em alguns casos referentes a prestadores de serviços da sociedade de informação.

O art. 8.º da Diretiva estabelece que as sanções e vias de recurso a estabelecer pelos EM deverão ser adequadas para as violações dos direitos e obrigações previstos nesta diretiva, bem como eficazes, proporcionadas e dissuasivas, devendo os EM ainda tomar todas as medidas necessárias para assegurar a aplicação efetiva destas (art. 8.º, n.º 1). Estabelece também que deve ser garantida pelos EM aos titulares a possibilidade de *«solicitar uma injunção contra intermediários cujos serviços sejam utilizados por terceiros para violar um direito de autor ou direitos conexos»* (art. 8.º, n.º 3), mesmo nos casos em que os atos realizados pelos intermediários se encontrem isentos ao abrigo do art. 5.º desta diretiva. Tal porque se entende aqui que, no meio digital, os serviços intermediários *«poderão ser cada vez mais utilizados por terceiros para a prática de violações»*, estando

¹⁰ Veja-se que, só nos últimos 3 meses de 2020, a receita que o YouTube gerou, através de publicidade, chegou aos \$6.000.000.000: MARTIN COULTER, *YouTube is a powerhouse for Google, with revenue up 46% to almost 7 billion*, Business Insider, 3 de fevereiro de 2021 (25/06/2021), disponível em: <https://www.businessinsider.com/youtube-google-revenue-results-covid-19-2021-2>

¹¹ Diretiva 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de maio de 2001.

estes intermediários frequentemente numa melhor posição para porem termo a tais atividades ilícitas (cons. 59).

A transposição desta Diretiva ocorre através de uma alteração ao CDADC, pela lei n.º 50/2004, de 24 de agosto. A uniformização da noção de comunicação ao público pela Diretiva levou a algumas alterações às utilizações abrangidas pela proteção dos direitos de autor do Código, nomeadamente através da alteração de fundo da alínea j) do n.º 2 do art. 68.º (cujo texto que nesta constava passa agora a ler-se na alínea l)), em que se lê que assiste ao autor o direito exclusivo de fazer ou autorizar, por si ou pelos seus representantes «*a colocação da obra à disposição do público, por fio ou sem fio, por forma a torná-la acessível a qualquer pessoa a partir do local e no momento por ela escolhido*», e onde encontramos a consagração expressa da noção de colocação de obras à disposição em rede como dimensão do direito de comunicação ao público, bem ainda se vendo atualizado o catálogo de utilizações livres do CDADC.

É introduzido o art. 227.º, em transposição do art.º 8.º da Diretiva, prevendo as medidas inibitórias disponíveis aos titulares dos direitos contra a sua violação, tanto contra violações já perpetradas como quando existam *fundadas razões* de que estas se vão produzir *de forma iminente*, contra os intermediários a que recorra um terceiro para infringir estes direitos, sem prejuízo da faculdade de os titulares de direitos notificarem os prestadores dos factos ilícitos no sentido de os combaterem.

O regime português de tutela dos Direitos de Autor resulta principalmente da transposição da Diretiva 2004/48/CE¹². A Diretiva estabelece, no seu art. 3.º, que os EM devem estabelecer «*as medidas, procedimentos e recursos necessários para assegurar o respeito pelos direitos de propriedade intelectual abrangidos pela presente diretiva*», devendo estes ser justos e equitativos, não devendo ser desnecessariamente complexos ou onerosos, comportar prazos que não sejam razoáveis ou implicar atrasos desnecessários, bem como deverão ser ainda eficazes, proporcionados e dissuasivos, e «*aplicados de forma a*

¹² Diretiva 2004/48/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de abril de 2004.

evitar que se criem obstáculos ao comércio ilícito e a prever salvaguardas contra os abusos».

Concretamente quanto aos serviços intermediários, vem reservada a possibilidade de os titulares dos direitos requererem uma *medida inibitória* contra os intermediários cujos serviços sejam utilizados na violação de um direito de propriedade intelectual, o que, quanto aos direitos de autor e direitos conexos, estaria já previsto no n.º 3 do art. 8.º da Diretiva 2001/29/CE, sendo que esta prevê já um nível global de harmonização, pelo que aquele não deve prejudicar este (cons. 23).

No que nos toca, vemos introduzido na legislação nacional por esta transposição o art. 210.º-G, referente a providências cautelares¹³. Estas podem então decretadas contra *qualquer intermediário cujos serviços estejam a ser utilizados por terceiros para violar direitos de autor ou direitos conexos*, nos termos do art. 227.º. O requerente pode então pedir ao tribunal para decretar providências adequadas a inibir qualquer violação iminente, ou proibir a continuação da violação, sendo que para tal há que haver *«violação ou fundado receio de que outro cause lesão grave e dificilmente reparável do direito de autor ou dos direitos conexos»* (art. 210.º-G, n.º 1). Pode ainda ser decretada, oficiosamente ou a pedido do requerente, uma sanção pecuniária compulsória com vista a assegurar a execução destas providências (art. 210.º-G, n.º 4).

2. Jurisprudência Relevante

2.1. A jurisprudência do TJUE

Começamos por abordar a questão relativa à aplicação do regime dos prestadores de serviços de armazenagem em servidor aos prestadores que aqui analisamos, concretamente para aproveitarem da isenção de responsabilização concedida pelo art. 14.º da Diretiva 2000/31/CE, dissecando o tipo de papel que o TJUE entende que deverá ter um prestador para se lhe aplicar este regime.

¹³ Pela lei n.º 16/2008, de 1 de abril.

No caso *Google France*¹⁴ o TJUE estabelece que a isenção que prevê o art. 14.º aplica-se a prestadores que não tenham desempenhado um *papel ativo* suscetível de facultar «um conhecimento ou controlo dos dados armazenados»¹⁵. Determina que caberá ao órgão jurisdicional nacional, «que é quem está em melhores condições para conhecer as modalidades concretas do fornecimento do serviço nos processos principais»¹⁶ aferir se o papel exercido pelo prestador em apreço corresponde ao estabelecido no cons. 42, ou se por outro lado se poderá considerar o *papel ativo* aqui caracterizado.

Já em *L’Oreal v eBay*¹⁷ o TJUE esclarece um pouco do que pretende significar esse conceito de papel ativo que criou, determinando que o prestador o desempenha quando «presta uma assistência que consiste em otimizar a apresentação das propostas de venda em causa ou em as promover»¹⁸. Sujeita ainda a segunda parte da al. a) do n.º 1 do art. 14.º ao critério do *operador económico diligente*¹⁹.

Vejamos ainda dois importantes acs. acerca da imposição de sistemas de filtragem que monitorizem os conteúdos partilhados para encontrar conteúdos que violem direitos de autor e a sua compatibilidade com a proibição de imposição do dever geral de vigilância do art. 15.º da Diretiva 2000/31/CE.

Em *Scarlet Extended SA v SABAM*²⁰ é apreciada a recusa de um fornecedor de internet de instalar um *software* de filtragem de ficheiros partilhados pelos utilizadores, de forma a impedir o intercâmbio de ficheiros que violem direitos de autor, num processo movido pela Sociedade de Autores, Compositores e Editores da Bélgica (SABAM), em que esta instalação foi ordenada pelo tribunal nacional.

O TJUE entende aqui que a aplicação de qualquer medida sancionatória e inibitória permitida aos EM pela legislação da UE neste âmbito (aos quais é permitido, no

¹⁴ ECLI:EU:C:2010:159

¹⁵ Par. 120 *Google France*.

¹⁶ Par. 119 *Google France*.

¹⁷ ECLI:EU:C:2011:474.

¹⁸ Par. 123 *L’Oreal v eBay*.

¹⁹ Par. 124 *L’Oreal v eBay*.

²⁰ ECLI:EU:C:2011:771.

entendimento da jurisprudência anterior do TJUE, impor não só medidas que visem fazer cessar as violações já cometidas, como também prevenir novas violações) deve respeitar os artigos 12.º e 15.º da Diretiva 2000/31/CE, não podendo implicar a imposição de uma obrigação geral de vigilância (designadamente através de medidas que obriguem «*a proceder a vigilância ativa da totalidade dos dados relativos a cada cliente a fim de prevenir qualquer violação futura*»²¹).

Entendeu então o tribunal que o sistema de filtragem, que classificou como controvertido, imposto a *Scarlet* configura um sistema que impõe uma observação ativa da totalidade das comunicações eletrónicas efetuadas na sua rede, na medida em que implica a identificação, em *todas* as comunicações de *todos* os clientes, dos ficheiros que fazem parte do tráfego *peer-to-peer*, para nestas encontrar ficheiros protegidos, identificando quais são partilhados ilicitamente, devendo estas partilhas ser *previamente* bloqueadas²², pelo que exige uma obrigação geral de vigilância, proibida pela pelo art. 15.º, n.º 1 da Diretiva 2000/31/CE.

Entende ainda que, na ponderação dos direitos fundamentais em causa, há que, na aplicação destas medidas, assegurar um *justo equilíbrio* entre a proteção dos direitos de autor²³ e a liberdade de empresa de que beneficiam estes serviços²⁴, entendendo o TJUE que a medida inibitória em apreço impõe obrigações complexas, onerosas, permanentes e exclusivamente a expensas suas ao prestador²⁵, não assegurando este justo equilíbrio exigido. Considera ainda que esta medida é suscetível de violar o direito dos utilizadores à proteção dos dados pessoais, bem como a sua liberdade de receber ou enviar informações²⁶, e ainda a liberdade de informação, por poder o sistema não conseguir distinguir conteúdo ilícito de lícito à luz das exceções previstas pela legislação da UE.

Em *SABAM v Netlog*²⁷ o TJUE chega às mesmas conclusões, remetendo para este caso, já aqui em relação a *Netlog*, uma plataforma de rede social em linha em que os

²¹ Par. 36 *Scarlet Extended SA v SABAM*.

²² Par. 38 *Scarlet Extended SA v SABAM*.

²³ Art. 17.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

²⁴ Art. 16.º da CDFUE.

²⁵ Par. 48 *Scarlet Extended SA v SABAM*.

²⁶ Respetivamente, arts. 8.º e 11.º da CDFUE.

²⁷ ECLI:EU:C:2012:85.

utilizadores podem partilhar fotos e vídeos, que classifica como prestador de um serviço de armazenagem em servidor.

Como sabemos, a Diretiva 2000/31/CE estabelece uma *isenção* de responsabilização, sendo que os concretos termos de responsabilização dos prestadores por atos de comunicação ao público dos utilizadores das suas plataformas resultariam das disposições nacionais de cada EM a este respeito. Tem-se verificado, porém, nos últimos anos uma nova construção da responsabilização de prestadores de serviços em rede pelo TJUE, através de uma evolução do conceito de comunicação ao público, no sentido de lhes imputar responsabilidade *indireta* por atos de comunicação ao público dos utilizadores das plataformas que disponibilizam, sendo que tem esta vindo a depender de diferentes graus de *intervenção* dos prestadores nos atos dos utilizadores. Tal reinterpretação vem em linha com a já costumária tendência do TJUE em entender a comunicação ao público como conceito amplo e tecnologicamente neutro, no sentido de abranger os novos *media*²⁸.

No caso *Svensson*²⁹ o tribunal reforça que a prática de um ato de comunicação ao público implica essencialmente dois critérios cumulativos: a prática de um *ato de comunicação* de uma obra, e que a obra seja comunicada a *um público*³⁰. Sustenta-se aqui que a disponibilização, num *website*, de hiperligações que dão acesso a conteúdos protegidos sem qualquer restrição dão acesso *direto* a esses conteúdos aos utilizadores³¹, e esta disponibilização deve ser considerada um ato de comunicação ao público, uma vez que basta, para tal, que os conteúdos sejam disponibilizados a um público de forma a que este lhes consiga aceder, independentemente do facto de aproveitar, ou não, essa oportunidade³², e o público a que são comunicados os conteúdos deve ser constituído por uma quantidade indeterminada e relativamente grande de pessoas³³.

²⁸ ALEXANDRE L. DIAS PEREIRA, “Comunicação ao Público: um «grande direito» na jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia?”, in *Direito da Propriedade Intelectual & Novas Tecnologias*, Coimbra, Gestlegal, 2019, pp. 9-23, p. 12.

²⁹ Ac. do Tribunal de Justiça (Quarta Secção) de 13 de fevereiro de 2014 *Nils Svensson* e outros contra *Retriever Sverige AB* (C-466/12).

³⁰ Par. 16 *Svensson*.

³¹ Par.18 *Svensson*.

³² Par. 19 *Svensson*.

³³ Par. 21 e 22 *Svensson*.

Sustenta-se, no entanto, que não se exige autorização do titular para a prática destes atos, uma vez que, quando este ato é praticado utilizando as mesmas técnicas que a comunicação original, só se exige autorização do titular quando se expõe os conteúdos a um público novo (que não teria sido considerado na partilha original)³⁴; não sendo o caso, pois os *websites* das hiperligações partilhadas não impunham qualquer restrição de acesso aos conteúdos, estando disponível para o mesmo público que este segundo *website* em que as hiperligações se encontravam publicadas³⁵.

No caso *GS Media*³⁶ o Tribunal depara-se com uma questão semelhante, mas em que a primeira comunicação ao público ocorre sem o consentimento do titular. O Tribunal translada para aqui as considerações anteriores, que entende exigirem uma apreciação caso a caso³⁷, interligando, nesta circunstância, um conjunto de fatores adicionais: a noção de «*público novo*»³⁸, a natureza deliberada da intervenção do prestador em causa³⁹, e os fins lucrativos do ato em apreciação⁴⁰. Assim, não se pode considerar estar em causa um ato de comunicação ao público caso a pessoa que disponibiliza e organiza as hiperligações para *websites* com conteúdos protegidos num novo *website* o faça sem fins lucrativos, desde que não se prove que sabia ou podia razoavelmente saber que o conteúdo em causa foi comunicado em rede sem o consentimento do titular⁴¹ (considerando-se haver conhecimento do prestador quando tenha sido notificado pelo titular de que a primeira partilha não foi autorizada, ou quando a hiperligação publicada permite ultrapassar medidas tecnológicas de restrição de acesso ao website em que os conteúdos estão disponibilizados), sendo que só desta forma se pode considerar que os conteúdos estão expostos a um novo público⁴², parecendo impor-se que o conhecimento exigido ao prestador abranja também o facto de estar a disponibilizar conteúdos a utilizadores que, *sem a sua intervenção, não teriam, em*

³⁴ Par. 24 *Svensson*.

³⁵ Par. 26 *Svensson*.

³⁶ ECLI:EU:C:2016:644.

³⁷ Par. 33 *GS Media*.

³⁸ Par. 37 *GS Media*.

³⁹ Par. 35 *GS Media*.

⁴⁰ Par. 38 *GS Media*.

⁴¹ Par. 47 *GS Media*.

⁴² Par. 52 *GS Media*.

*princípio, acesso a estes*⁴³. Sendo o ato praticado com fins lucrativos, parece presumir-se este conhecimento do responsável pela partilha das hiperligações⁴⁴.

No caso *Filmspeler*⁴⁵ o Tribunal importa novamente a ponderação de fatores que vem construindo nas decisões anteriores, sustentando que o prestador em causa faz mais do que meramente providenciar uma plataforma através da qual é possível praticar atos de comunicação ao público, uma vez que instala na sua plataforma meios para aceder a *websites* em que os conteúdos protegidos estão disponibilizados sem o consentimento do autor, sem os quais os utilizadores teriam *dificuldade* em aceder a estes conteúdos, com *pleno conhecimento das consequências das suas ações*⁴⁶. Desloca-se a ponderação do fator do caráter deliberado da intervenção (demonstrado pelo conhecimento (factual ou presumido) de que as hiperligações em causa dão acesso a conteúdo disponibilizado em rede ilicitamente⁴⁷) para o primeiro critério da análise, importando este agora também para a averiguação da prática de um *ato de comunicação*.

No caso *Ziggo*⁴⁸ o tribunal reforça as conclusões do anterior⁴⁹, aqui já não no que toca a hiperligações, mas quanto à plataforma *The Pirate Bay*, estabelecendo que esta intervém com pleno conhecimento das consequências das suas ações para dar acesso a conteúdos protegidos⁵⁰, sendo que essa intervenção (sem a qual os utilizadores teriam *dificuldade* a aceder a estes conteúdos) vem sob a forma de indexação e classificação em diferentes categorias dos conteúdos partilhados, verificadas pelos administradores da plataforma, facultando inclusive um motor de busca, não se podendo considerar que está em

⁴³ Par. 35 *GS Media*.

⁴⁴ Par. 51 e 55 *GS Media*.

⁴⁵ ECLI:EU:C:2017:300.

Consultamos também: JANE C. GINSBURG, *The Court of Justice of the European Union Creates na EU Law of Liability for Facilitation of Copyright Infringement: Observations on Brein v. Filmspeler [C-527/15] (2017) and Brein v. Ziggo [C-610/15] (2017)*, SSRN, 22 de agosto de 2017 (20/01/2022), disponível em:

https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3024302

⁴⁶ Par. 41 *Filmspeler*.

⁴⁷ Par. 49 *Filmspeler*.

⁴⁸ ECLI:EU:C:2017:456.

Vimos também: JANE C. GINSBURG, Ob. Cit.

⁴⁹ Par. 36 a 39 *Ziggo*.

⁵⁰ Par. 37 *Ziggo*.

causa uma mera disponibilização de meios materiais para permitir ou realizar uma comunicação do cons. 27 da Diretiva 2001/29/CE⁵¹.

O tribunal retoma o fator do público novo, e liga-o novamente aqui à ideia de conhecimento por parte do prestador de que faculta acesso a obras quanto às quais, sem a sua intervenção, os seus utilizadores não teriam, em princípio, acesso, sublinhando que não só os administradores da plataforma foram informados de que esta dá acesso a obras publicadas sem a autorização dos titulares, como ainda anunciam nos fóruns e *blogs* da plataforma que o objetivo desta prende-se precisamente com esta missão. O tribunal reforça ainda que, sendo que grande parte dos ficheiros *torrent* partilhados na plataforma dão acesso a conteúdos partilhados sem o consentimento do titular, o prestador não podia ignorar que a plataforma providencia este acesso⁵² – talvez por este conhecimento ser tão evidente, o tribunal não aplica a presunção de conhecimento associada ao fim lucrativo dos atos em causa, apesar de o mencionar⁵³.

Este conhecimento difere um pouco do exigido para o primeiro critério, sendo que, para que se considere que o prestador pratica um ato de comunicação parece exigir-se um conhecimento específico em relação às obras em questão pelo menos suficiente para as inserir em categorias; já para se considerar cumprido o critério de público novo, e portanto, que o prestador pratica ele próprio um ato de comunicação ao público, e não facilita apenas outros atos, parece implicar-se a exigência de um conhecimento geral da prática de atos ilícitos por utilizadores através da plataforma⁵⁴. O grau de especificidade exigido pelo tribunal é inconsistente e de difícil compreensão, particularmente tendo em conta que no caso *Filmspeler* parece exigir-se apenas conhecimento geral de que as hiperligações conduziam a *websites* com conteúdos ilícitos, não se exigindo que o prestador soubesse que conteúdos específicos eram disponibilizados nestes, mas não deixa de se desvelar aqui uma tentativa de harmonização pelo tribunal de uma responsabilidade indireta de prestadores de serviços em rede os atos de comunicação ao público praticados por outrem.

Esta decisão diz respeito a um prestador que, como é de conhecimento geral, tinha como claro objetivo a partilha de conteúdo protegido, tendo mesmo ignorado vários avisos

⁵¹ Par. 38 *Ziggo*.

⁵² Par. 45 *Ziggo*.

⁵³ Par. 46 *Ziggo*.

⁵⁴ JANE C. GINSBURG, Ob. Cit., p. 7.

de que tal acontecia na sua plataforma. Mas quais serão as conclusões do tribunal quando o prestador em causa não demonstra essa intenção, aplicando mesmo esforços no sentido de combater as violações de direitos de autor que ocorrem através da sua plataforma?

Em junho de 2021 chegam ao TJUE dois casos de extrema relevância que, apesar de ainda não aplicarem a Diretiva (UE) 2019/790, nos parece útil analisar à luz desta, pelo que nos reservamos a uma comparação mais aprofundada em momento oportuno. Nos casos em apreço está em causa o carregamento de conteúdo protegido por direitos de autor por utilizadores não titulares dos mesmos nas plataformas exploradas pelo *YouTube* e pela *Cyando*⁵⁵, e versam também sobre a isenção do art. 14.º da Diretiva 2000/31/CE e a imposição de injunções a intermediários.

O Tribunal importa também para aqui a construção que cria nos processos anteriores em relação aos critérios do conceito de comunicação ao público⁵⁶, mas agora procurando reforçar a importância da garantia de um equilíbrio justo entre os direitos dos titulares e dos utilizadores, tendo particularmente em atenção a liberdade de expressão e informação⁵⁷.

Faz-se agora uma construção curiosa dos critérios que se avançou em casos anteriores: introduz-se um conjunto de elementos semelhantes aos anteriormente avançados, juntando-os num mesmo critério. Pratica um ato de comunicação ao público o prestador que «contribua, além da mera colocação à disposição da plataforma, para dar ao público acesso aos tais conteúdos em violação dos direitos de autor»⁵⁸ – tal sucede, nomeadamente, quando o operador tem *conhecimento concreto* da colocação à disposição ilícita de um conteúdo protegido na sua plataforma e *se abstém de o retirar com diligência*; quando o operador,

⁵⁵ ECLI:EU:C:2021:503.

Acompanhamos também: JULIA REDA/JOSCHKA SELINGER, *YouTube/Cyando – an Important Ruling for Platform Liability – Part I*, Kluwer Copyright Blog, 1 de julho de 2021 (20/01/2022), disponível em: <http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2021/07/01/youtube-cyando-an-important-ruling-for-platform-liability-part-1/>

e também: SOFIA DE VASCONCELOS CASIMIRO, “A responsabilidade das plataformas digitais pelos conteúdos de terceiros: o reposicionamento do direito de comunicação ao público no Acórdão YouTube e Cyando (processos C-682/18 e C-683/18)”, *Revista de Direito Intelectual*, 2021, n.º 2, pp. 271-278.

⁵⁶ Par. 80 *YouTube/Cyando*.

⁵⁷ Par. 64 e 65 *YouTube/Cyando*.

⁵⁸ Par. 102 *YouTube/Cyando*.

embora sabendo, ou devendo saber, que, *de um modo geral*, são partilhados conteúdos ilícitos na sua plataforma, *se abstém de implementar medidas técnicas adequadas*; ou, ainda, quando *contribui para a seleção dos conteúdos partilhados*, fornecendo ferramentas especificamente a esta *partilha ilícita*, ou *promovendo conscientemente tais partilhas*⁵⁹. O tribunal esclarece então que o mero conhecimento, quer concreto quer geral, não é suficiente para se considerar que o prestador intervém *deliberadamente* para dar acesso a obras protegidas⁶⁰ – há que se ter também absterido de tomar medidas para impedir esse acesso na sua plataforma⁶¹, que não parecem ter que constituir necessariamente tecnologias de filtragem de conteúdos, que já vimos o TJUE considerar anteriormente incapazes de atingir um equilíbrio justo entre os direitos fundamentais em causa. Diferencia assim também as plataformas em apreço das que são construídas com o objetivo claro de partilhar conteúdos protegidos ilicitamente. O Tribunal, curiosamente, rejeita veementemente a aplicação da presunção de caráter deliberado da intervenção do prestador que tenha fins lucrativos, entendendo que esta não se pode sequer deduzir da decisão do caso *GS Media*⁶².

O Tribunal avança também algumas considerações em relação a características das plataformas em apreço que poderão ser relevantes aos tribunais nacionais para averiguar se estas praticam atos de comunicação ao público, sendo particularmente benevolente com as plataformas nestas considerações, parecendo sugerir que não se deve considerar que estas praticam atos de comunicação ao público⁶³.

Acerca da questão de as plataformas usufruírem da exceção do art. 14.º, n.º 1 da Diretiva 2000/31/CE⁶⁴, o tribunal recorda a importância do caráter de *neutralidade* do prestador para a determinação da aplicação da isenção e determina que uma plataforma *que se considere realizar atos de comunicação ao público não pode* usufruir da exceção do art. 14.º, n.º 1 da Diretiva 2000/31/CE⁶⁵, por, além da mera colocação à disposição da

⁵⁹ Par. 102 *YouTube/Cyando*.

⁶⁰ Par. 81 *YouTube/Cyando*.

⁶¹ Par. 85 *YouTube/Cyando*.

⁶² Par. 86 *YouTube/Cyando*.

⁶³ Par. 91 a 101 *YouTube/Cyando*.

⁶⁴ Acompanhamos: JULIA REDA/JOSCHKA SELINGER, *YouTube/Cyando – an Important Ruling for Platform Liability – Part 2*, Kluwer Copyright Blog, 1 de julho de 2021 (20/01/2022), disponível em: <http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2021/07/01/youtube-cyando-an-important-ruling-for-platform-liability-part-2/>

⁶⁵ Par. 107 *YouTube/Cyando*.

plataforma, contribuir para facultar ao público acesso a conteúdos ilícitos, necessariamente não poder preencher as condições de aplicação impostas por este artigo⁶⁶.

O tribunal esclarece que um papel ativo na acessão destas disposições deverá implicar conhecimento ou controlo do conteúdo dos carregamentos dos utilizadores (as plataformas em causa não «*criam, seleccionam, visualizam nem controlam*» os conteúdos carregados)⁶⁷ – mas, como vimos, à prática de atos de comunicação ao público basta-se, para se considerar deliberada a ação dos prestadores, que tenham conhecimento, de um modo geral, que são partilhados conteúdos ilícitos na sua plataforma, e se abstenham de aplicar medidas de controlo: pretende o tribunal sugerir uma ficção de que os prestadores que praticam atos de comunicação ao público representam um papel ativo, mesmo que não cumpram os pressupostos, ou pretende que esta exigência de controlo seja idêntica à do caráter deliberado da ação dos prestadores para a prática de atos de comunicação ao público? Não se afigura clara uma resposta a esta questão nas considerações do tribunal.

O TJUE recorda as características das plataformas que considera relevantes e enumerou nos parágrafos n.º 91 a 101 (que parecem apontar para a neutralidade destas plataformas), e reforça que as medidas técnicas que o *Youtube* aplica para identificação de conteúdos suscetíveis de violar direitos de autor não implicam que assumam um papel ativo – naturalmente, não seria particularmente aconselhável responsabilizar plataformas pela violação de direitos de autor com base em medidas que aplicam para a combater.

Em relação às concretas exigências para aplicação da isenção, o Tribunal entende que, para afastar não basta o conhecimento, de maneira geral, de que a plataforma também é utilizada para partilhar conteúdos ilícitos⁶⁸ por considerar não bastar para preencher a condição do art. 14.º, n.º 1, al. a) da Diretiva e excluir a isenção, devendo o caráter ilícito da atividade resultar de um *conhecimento efetivo, ou ser evidente*, e só é possível ao prestador cumprir as obrigações impostas em relação a conteúdos concretos⁶⁹; entendendo que as ferramentas automatizadas de organização e recomendação do conteúdo da plataforma *YouTube* não basta para tal⁷⁰. Já quanto à segunda parte da alínea entende o tribunal, como

⁶⁶ Par. 108 *YouTube/Cyando*.

⁶⁷ Par. 109 *YouTube/Cyando*.

⁶⁸ Par. 111 *YouTube/Cyando*.

⁶⁹ Par. 113 *YouTube/Cyando*.

⁷⁰ Par. 114 *YouTube/Cyando*.

anteriormente, que se basta ao critério do *operador económico diligente*⁷¹. A mera existência de uma notificação, apesar de dever ser tida em conta, não basta para se considerar que há conhecimento concreto, por se exigir que esta contenha elementos suficientes para permitir que o operador *certifique*, sem exame jurídico aprofundado, *o carácter ilícito do conteúdo e a compatibilidade de uma eventual retirada com a liberdade de expressão*⁷².

Importam também algumas notas quanto à relação que o Tribunal estabelece entre a imposição de injunções e as disposições relativas à isenção de responsabilização⁷³. O Tribunal começa por esclarecer que podem ser impostas injunções a prestadores que preenchem as condições de aplicação da isenção, e portanto não são responsabilizados⁷⁴. Estabelece-se que o procedimento prévio de recurso possibilitado aos EM pelo art. 14.º, n.º 3 da Diretiva 2000/31/CE pode impor condições prévias à imposição de injunções ao abrigo do art. 8.º, n.º 3 da Diretiva 2001/29/CE relacionadas com a notificação do prestador em relação a carregamentos ilícitos na sua plataforma, permitindo estas até evitar que um intermediário fique sujeito a injunções e despesas judiciais sem sequer ter sido notificado do carregamento de conteúdo ilícito na sua plataforma antes da abertura do processo judicial, e não se entendendo perturbar o equilíbrio de valores em causa nestas disposições ou impor uma obrigação geral de vigilância à luz do estabelecido em acs. anteriores⁷⁵. Cabe contudo aos órgãos jurisdicionais nacionais garantir que, quando tal condição é aplicada, não resulta em que a «*cessação efetiva da violação seja diferida no tempo de forma que provoque danos desproporcionados a esse titular*»⁷⁶, não se esclarecendo o que esta expressão se pretende significar.

O foco do Tribunal em relação ao que considera impor uma obrigação geral de vigilância parece estar então no conteúdo processado, e não no conteúdo que se procura no

⁷¹ Par. 115 *YouTube/Cyando*.

⁷² Par. 115 e 116 *YouTube/Cyando*.

⁷³ Consultamos: CHRISTINA ANGELOPOULOS, *YouTube and Cyando, Injunctions against Intermediaries and General Monitoring Obligations: Any Movement?*, Kluwer Copyright Blog, 9 de agosto de 2021 (20/01/2022), disponível em:

<http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2021/08/09/youtube-and-cyando-injunctions-against-intermediaries-and-general-monitoring-obligations-any-movement/>

⁷⁴ Par. 131 *YouTube/Cyando*.

⁷⁵ Par. 119 a 143 *YouTube/Cyando*.

⁷⁶ Par. 143 *YouTube/Cyando*.

processo, sendo que qualquer medida que implique o processamento de todo o conteúdo carregado, mesmo que em busca de uma específica obra, implica uma violação desta proibição.

Curiosamente o Advogado-Geral do caso discordou totalmente deste entendimento. Este sustenta, na sua opinião do caso⁷⁷, que ao abrigo da legislação em vigor, estes prestadores não praticam, em princípio, atos de comunicação ao público, pelo mero ato de dar acesso ao público a conteúdos protegidos, entendendo que, apesar de ter o TJUE interpretado o art. 3.º da Diretiva 2001/29, nos casos anteriores, no sentido de responsabilizar terceiros num regime de responsabilidade *indireta*, não só não se pode considerar este entendimento harmonizado, por dizer respeito apenas a estes específicos casos, como não pode também, no seu entendimento, ser esta conclusão retirada deste artigo, resultando responsabilidade indireta apenas de disposições nacionais de responsabilidade civil. Assim é por algumas razões: entende que a noção de *papel essencial* na comunicação ao público que tem construído o TJUE deve entender-se preenchida pelo interveniente com o papel *mais fundamental* na comunicação ao público – ou seja, em princípio, o utilizador, apenas se entendendo que o prestador representa também este papel quando apresenta os conteúdos partilhados como próprios; além disto, os mecanismos de organização e otimização implementados nas plataformas em apreço não são incompatíveis com o facto de meramente disponibilizarem meios materiais, de acordo com o cons. 27 da Diretiva 2001/29/CE, por não se considerar necessário que se disponibilizem *meros* meios materiais, podendo ser estes sofisticados, e podendo as plataformas aplicar medidas no sentido da otimização do conteúdo carregado; veja-se também que, para o preenchimento do art. 3.º, exige-se, por força do cons. 23, a transmissão de uma obra ao público, não se abrangendo quaisquer outros atos – não basta, então, que seja facultado acesso das obras ao público, exigindo-se que esse acesso torne possível a transmissão destes conteúdos, a pedido de um membro do público (não se entendendo preenchido este requisito nos casos apreciados). Não deixa de importar questionar se não estará o TJUE, com estas construções, a «*interpretar praeter legem a noção de comunicação ao público segundo ditames marcadamente funcionais*»⁷⁸, numa

⁷⁷ Disponível em:

<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=228712&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=4871844#>

⁷⁸ ALEXANDRE L. DIAS PEREIRA, Ob. Cit., p. 21.

tentativa de salvaguardar os direitos dos titulares face a novas formas de exploração – o próprio tribunal, no caso *Svensson*, entende que o conceito de comunicação ao público não pode incluir mais operações do que as abrangidas pelo art. 3.º, n.º 1 da Diretiva 2001/29/CE.⁷⁹

O Advogado-Geral entende também que a isenção do art. 14.º é de aplicação horizontal, podendo, em princípio, aplicar-se a prestadores que se considerem praticar atos de comunicação ao público, desde que essa comunicação diga respeito a conteúdos carregados por utilizadores, e se vejam cumpridos os requisitos de aplicação da isenção.

2.2. A jurisprudência dos Estados-Membros

Também na jurisprudência dos EM estas questões têm sido frequentemente abordadas. No caso espanhol *Telecinco v. YouTube*⁸⁰ o tribunal denota que requerer que os utilizadores cedam licenças de utilização do conteúdo que publicam à plataforma não é incompatível com o papel de mero intermediário, mais apontando para a existência de vários tipos de intermediários, com diferentes níveis de intervenção nos conteúdos partilhados. Entende que o *YouTube* não executa «funções editoriais», uma vez que seria impossível a plataforma controlar todos os vídeos nela publicados, e a seleção dos vídeos favorecidos é automática, seguindo parâmetros objetivos, pelo que não se pode considerar uma função editorial.

Em relação à exigência de *conhecimento efetivo*, o tribunal considera que os titulares de direitos de autor sobre o conteúdo partilhado sem autorização devem identificar com precisão os específicos conteúdos não autorizados para se entender preenchido o requisito de conhecimento efetivo pelo prestador. O Tribunal assenta a justificação para a não aplicação das medidas cautelares requeridas na ressalva de que estas não devem prejudicar a isenção do art. 14.º da Diretiva 2000/31/CE.

⁷⁹ Par. 37 *Svensson*.

⁸⁰ *Telecinco v. YouTube*, 20 de septiembre de 2010, Juzgado de lo Mercantil número 7 de Madrid, procedimiento número 150/2008.

Acompanhou-se também: MIGUEL PEGUERA, *Telecinco v. YouTube: the ruling in its context*, ISP Liability, 26 de setembro de 2010, (16/03/2021) disponível em:

<https://ispliability.wordpress.com/2010/09/26/telecinco-v-youtube-the-ruling-in-its-context/>

Já em Itália a tendência tem sido muito diferente. Em 2009, numa ação intentada pela *Reti Televisive Italiane*⁸¹, uma produtora italiana de programas televisivos, o *YouTube* é responsabilizado pelo tribunal pelo carregamento de conteúdos protegidos por direitos de autor sem autorização do titular, uma vez que se considerou que tinha conhecimento da ilicitude dos conteúdos carregados, podendo este conhecimento ser efetivo, ou limitar-se à capacidade de verificar a licitude do conteúdo carregado, pelo que não se exige anterior notificação da ilicitude do carregamento para que a plataforma possa ser responsabilizada. Considerou já aqui o tribunal que o *YouTube* faz *mais* do que mera armazenagem de conteúdos, dado que a plataforma tem capacidade de controlar e remover o conteúdo nesta carregado⁸².

Também nos processos *Reti Televisive Italiane S.p.A. v Italia On Line S.r.l.*⁸³ e *Reti Televisive Italiane S.p.A. v Yahoo! Italia S.r.l. and Yahoo! Inc.*⁸⁴, dois prestadores de serviços em linha são responsabilizados pelo carregamento não autorizado de conteúdos protegidos por direitos de autor nas suas plataformas por utilizadores, não entendendo o Tribunal que se lhes pudesse aplicar a isenção de responsabilização do art. 16.º do *Decreto legislativo 9 aprile 2003, n.º 70*⁸⁵, que transpõe o art. 14.º da diretiva 2000/31/CE, porque entende que os prestadores não cumprem o papel neutro e passivo para o qual se vem entendido adequada a isenção, executando uma atividade que o tribunal apelidou de armazenagem *ativa* em servidor⁸⁶, nos mesmos termos do já estabelecido nas decisões do TJUE acerca da mesma matéria.

⁸¹ *Tribunale di Roma, ordinanza 16 dicembre 2009, Reti Televisive Italiane S.p.A. c. YouTube Llc.*

⁸² CAROLINE CASALONGA e ANI GEVORKIAN, “The liability battle over online video-sharing platforms”, *Intellectual Property Magazine*, setembro de 2012, p. 45.

⁸³ *Tribunale di Milano, Reti Televisive Italiane S.p.A. v Italia On Line S.r.l. sentenza n. 7680/11.*

⁸⁴ *Tribunale di Milano, Reti Televisive Italiane S.p.A. v Yahoo! Italia S.r.l. and Yahoo! Inc., sentenza n. 10893/2011.*

Acompanhamos também: ENRICO BONADIO E MAURO SANTO, “Court os Milan holds video sharing platforms liable for copyright infringement”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2012, vol. 7, n.º 1, pp. 14-16.

⁸⁵ Disponível em:

<https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.legislativo:2003;70>

⁸⁶ ENRICO BONADIO E MAURO SANTO, *Ob. Cit.*, p. 15.

Já em França, o Supremo Tribunal adotou um determinado entendimento num primeiro momento, vindo em casos posteriores a contrariá-lo⁸⁷. Em 2010, o Supremo Tribunal francês, numa decisão sobre um caso em que um utilizador carregou num seu *blog* pessoal, cujo servidor era fornecido pela *Tiscali*, conteúdos protegidos por direitos de autor⁸⁸, entendeu que os serviços prestados pela *Tiscali* (que incluíam inserção e gestão de conteúdos publicitários nas páginas pessoais dos utilizadores) excediam o núcleo de funções de um mero intermediário, não se lhe podendo aplicar a isenção de responsabilização da Diretiva 2000/31/CE⁸⁹.

Posteriormente, em 2011, entendeu já, num caso em que a produtora *Nord-Ouest Production* pretendia ver retirado da plataforma da *Dailymotion* (uma plataforma de carregamento de conteúdos audiovisuais) um filme sobre o qual retém direitos de autor⁹⁰, que este prestador se deveria considerar um intermediário com funções de armazenagem em servidor, pela definição da transposição francesa da Diretiva 2000/31/CE⁹¹, na medida em que as operações técnicas que efetua não implicam uma escolha por sua parte do conteúdo carregado, e a exploração comercial da plataforma através da venda de áreas publicitárias não implica a capacidade de influenciar o conteúdo carregado. Assim, o tribunal entendeu que poderá aplicar-se a isenção, e uma vez que não se vêm cumpridos os pressupostos para que não se aplique (o tribunal entendeu que as informações prestadas pela produtora eram insuficientes), aplicou-se nesta situação a isenção de responsabilidade.

No seguimento destas decisões, em 2012, o Tribunal de Paris, numa ação intentada pela TF1⁹² (uma das maiores produtoras de conteúdos televisivos de França) contra o *YouTube*, entendeu irrelevante a seleção e promoção do conteúdo carregado na plataforma pelos utilizadores por parte do *YouTube*, e o benefício económico que a plataforma retira do

⁸⁷ Seguindo a análise de CHRISTINE GATEAU, WINSTON MAXWELL e DAVID TAYLOR, *The French Supreme Court confirms that Dailymotion and an aggregator of RSS flows are both hosting services providers*, Lexology, 1 de Março de 2011, (18/03/2021) disponível em:

<https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=1fc53c40-cb31-440f-937f-8d2de627c752>

⁸⁸ *Cour de cassation, première chambre civile, 14 janvier 2010 (06-18.855) "telecom italia (tiscali) / dargaud lombard, lucky comics"*.

⁸⁹ Transposta pela *Loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986*, na sua adenda de transposição da diretiva, aplicável a este caso, mas substituída em 2004 pela *Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004*.

⁹⁰ *Cour de cassation, première chambre civile, Arrêt n° 165 du 17 février 2011 (09-67.896) "Dailymotion v Carion, Nord-Ouest Production et al."*.

⁹¹ Como já vimos, pela *Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique*.

⁹² *Tribunal de grande instance de Paris 3ème chambre, 1ère section Jugement du 29 mai 2012 "TF1 v YouTube"*.

carregamento destes conteúdos não autorizados, uma vez que este aufere rendimento com a venda de espaços publicitários, e não diretamente como resultado do carregamento dos conteúdos não autorizados⁹³. Concluiu que, não tendo o *YouTube* um papel ativo na prestação do serviço de armazenagem em servidor, no sentido esclarecido pelo TJUE, poderá usufruir da isenção de responsabilização atribuída à atividade de armazenagem em servidor pelo art. 14.º da Diretiva 2000/31/CE, desde que não tenha tido conhecimento efetivo da ilicitude. Entendeu ainda que não se podia considerar que a plataforma tivesse conhecimento efetivo da ilicitude antes de ser notificada⁹⁴.

Em relação à adequação dos sistemas de controlo existentes às exigências da Diretiva, o Tribunal entende que a plataforma cumpre o exigido pela Diretiva, uma vez que dispõe de um sistema de reclamação para que os utilizadores possam alertar a plataforma para carregamentos não autorizados, e apresenta ainda avisos para a proibição de carregamento de conteúdos protegidos sem autorização do titular. Em relação ao prazo para remoção dos conteúdos, o tribunal considerou o prazo de 5 dias que o *YouTube* demorou a bloquear os conteúdos não se pode considerar em cumprimento da obrigação determinada pela diretiva 2000/31/CE, não tendo, todavia, responsabilizado a plataforma, uma vez que o acesso a esta é gratuito, e a produtora não apresentou prova de danos⁹⁵.

Já na Alemanha, o Tribunal de Hamburgo, numa ação em 2012, movida por uma associação de gestão de direitos de autor contra o *YouTube*⁹⁶, considerou que a plataforma só deverá ser responsabilizada quando quebra propositadamente certas regras de conduta e obrigações de controlo, havendo obrigação de agir para bloquear os conteúdos apenas após notificação da ilicitude à plataforma⁹⁷. Entende o tribunal, contrariamente à tendência do resto da Europa, que o *YouTube* deverá instalar filtros de deteção de novos carregamentos de conteúdos protegidos que tenham sido já carregados anteriormente na plataforma, e para os quais tenha recebido notificação, com base na identificação de palavras-chave (sendo este um sistema novo, à parte do já implementado de deteção de conteúdos protegidos). O

⁹³ CAROLINE CASALONGA e ANI GEVORKIAN, Ob. Cit., p. 44.

⁹⁴ Ibid., p. 44.

⁹⁵ Ibid., p. 44 e 45.

⁹⁶ *Landgericht Hamburg, Urteil vom 20.04.2012 - 310 O 461/10.*

⁹⁷ CAROLINE CASALONGA e ANI GEVORKIAN, Ob. Cit., p. 45.

tribunal desloca, então, o ónus de monitorização de conteúdo protegido para o *YouTube*, uma vez tendo este recebido notificação do titular de um primeiro carregamento⁹⁸.

Sobrevoada a legislação relevante e os contributos jurisprudenciais mais interessantes para o tema em apreço, concluímos que urge a criação de um sistema jurídico uno que permita abarcar todas as novas realidades de prestadores, de forma a corrigir a extrema insegurança jurídica gerada pela aplicação jurisprudencial dissonante da legislação em vigor.

⁹⁸ Ibid., p. 45.

CAPÍTULO II – A DIRETIVA (UE) 2019/790 E AS PLATAFORMAS DE PARTILHA DE CONTEÚDOS EM REDE

Para responder às necessidades criadas por este vazio legislativo, surge em 2016 a proposta de diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa aos direitos de autor no mercado único digital⁹⁹, integrada no pacote de medidas para a modernização do Direito de Autor na União Europeia, motivadas pela necessidade de modernizar e uniformizar as medidas nesta matéria de uma forma que crie investimento público e privado no mercado europeu, promova as indústrias criativas e coloque os utilizadores num plano central¹⁰⁰.

1. O Pacote da Comissão – Uma Primeira Proposta de Diretiva

Salienta-se a necessidade de adaptar a legislação da UE às alterações no panorama e nos intervenientes da criação e distribuição de obras e outros materiais protegidos, proporcionadas pela evolução das tecnologias digitais, bem como evitar a fragmentação do mercado interno¹⁰¹.

A proposta reforça um esforço para garantir um nível elevado de proteção dos titulares de direitos de autor (cons. 2), propondo-se dirigida ao futuro enquanto atribui segurança jurídica à matéria (cons. 3), visando alcançar um *justo equilíbrio* (cons. 6) entre os direitos e os interesses em causa. Isto porque se aponta a proliferação dos serviços versados como prejudicial à plena exploração do material protegido pelos titulares, particularmente no que toca à obtenção da remuneração adequada pelo uso destas.

Concretamente quanto aos termos de responsabilização dos prestadores visados, vêm definidas as situações em que se consideram abrangidos pelas disposições da presente diretiva – quando «*conservam e facultam ao público acesso a obras ou outro material protegido por direitos de autor carregados pelos utilizadores, excedendo assim a mera disponibilização de instalações físicas*», e «*executando um ato de comunicação ao público*» (cons. 38). Aos prestadores que se inserem nesta categoria impõe-se a obrigação de celebrar acordos de licenciamento com os titulares de direitos, a menos que se aplique a isenção do

⁹⁹ COM (2016) 593 final, Bruxelas, 14.9.2016.

¹⁰⁰ Carta de Missão de *Jean-Claude Juncker*:

https://carloscoelho.eu/img/site_8/dossiers/647/04/04_mission.pdf

¹⁰¹ COM (2016) 593 final, p. 2.

art. 14.º da Diretiva 2000/31/CE. Para que esta não se aplique, devem estes desempenhar um *papel ativo*, por exemplo através da «*otimização da apresentação das obras ou materiais carregados ou da sua promoção*» (cons. 38) - absorvendo-se assim aqui os termos de categorização avançados pelo TJUE nos casos já analisados.

O texto do polémico art. 13.º da proposta dita o dever de adoção de medidas (*adequadas e proporcionadas*) pelos prestadores (que facultam ao público «*grandes quantidades*» de conteúdo protegido) que assegurem o funcionamento dos acordos com os titulares dos direitos, ou impeçam a colocação à disposição dos conteúdos protegidos identificados pelos titulares, em cooperação com estes, mencionando como forma de concretização destas medidas o uso de «*tecnologias efetivas de reconhecimento de conteúdos*»; estes estão sujeitos a estas obrigações mesmo que se lhes aplique a isenção do art. 14.º da Diretiva 2000/31/CE. O cons. 39 avança várias formas de facilitar o uso das tecnologias em causa, através da colaboração entre serviços e titulares de direitos – devem os titulares facultar aos prestadores os dados necessários para a identificação dos seus conteúdos, e devem os prestadores ser *transparentes* com os titulares acerca das tecnologias implantadas.

Os n.ºs 2 e 3 estabelecem os deveres para os EM de, respetivamente, assegurarem que os prestadores estabelecem mecanismos de reclamação e recurso para os utilizadores, para resolução de litígios sobre as medidas implementadas; e de promover a cooperação e diálogo entre prestadores e titulares, para definir melhores práticas relativamente às tecnologias em causa.

2. Doutrina Relevante

A doutrina aponta que o conteúdo do art. 13.º, caso prossiga nestes termos para o conteúdo da diretiva, criará uma insegurança jurídica considerável¹⁰². Destaca-se que do

¹⁰² Acompanhou-se: RETO M. HILTY e VALENTINA MOSCON, *Modernisation of the EU Copyright Rules – Position Statement of the Max Planck Institute for Innovation and Competition*, Research Paper No. 17-12, Munique, Max Planck Institute for Innovation and Competition, 2017, disponível em: <https://www.ip.mpg.de/en/publications/details/modernisation-of-the-eu-copyright-rules-position-statement-of-the-max-planck-institute-for-innovation-and-competition.html> e MARTIN SENFTLEBEN, et al., “The Recommendation on Measures to Safeguard Fundamental Rights and the Open Internet in the Framework of the EU Copyright Reform”, *European Intellectual Property Review*, 2018, n.º 3, pp. 149-163.

cons. 38 da proposta de Diretiva não resulta claro se os prestadores que permitem aos utilizadores o carregamento de conteúdos e os partilham com o público praticam um ato de comunicação ao público nos termos do art. 3.º, n.º 1 da Diretiva 2001/29/CE. Entende-se que tal não esclarece a incerteza jurídica existente, na medida em que, de acordo com a lei já em vigor, e se os prestadores pretenderem salvaguardar-se da prática de eventuais infrações, devem já celebrar acordos¹⁰³. Mais que as complexas e extensas interpretações do TJUE quanto ao que se pode considerar um ato de comunicação ao público não podem ser compatíveis com a conclusão de que este pode resultar do mero ato de providenciar acesso a conteúdos¹⁰⁴.

O artigo é rico em conceitos jurídicos indeterminados, estando ainda formulado de forma praticamente impercetível; não define que serviços estão abrangidos pela nova categoria de prestadores que propõe, ou o que configura ou que peso tem o critério «*grandes quantidades de obras*», nomeadamente no que toca à sua relevância consoante as plataformas tenham ou não fins comerciais¹⁰⁵, bem como não resulta clara a importância a ser dada à exigência de facultar ao público as obras e materiais protegidos, não se entendendo qual o sentido desta referência ao art. 3.º, n.º 1 da Diretiva 2001/29/CE¹⁰⁶.

Em relação à compatibilidade desta proposta com legislação anterior da UE, vemos que a proposta de diretiva pretende não afetar a legislação já existente - assim, em determinadas circunstâncias, e mesmo adotando as medidas exigidas pela proposta, poderá ser aplicável aos prestadores a isenção do art. 14.º da Diretiva 2000/31/CE¹⁰⁷. Entende-se, contudo, que a aplicação generalizada de critérios usados pelo TJUE (nas circunstâncias específicas dos casos analisados) no cons. 38¹⁰⁸ levará a um muito mais alargado afastamento da isenção do que o determinado na interpretação do TJUE¹⁰⁹.

Quanto à tentativa de impor a aplicação de medidas técnicas de reconhecimento de conteúdos, no geral, e portanto, também a este respeito, é proibida a imposição de uma obrigação geral de monitorização. Vimos já o concreto significado desta proibição nos casos

¹⁰³ RETO M. HILTY e VALENTINA MOSCON, Ob. Cit., p. 101.

¹⁰⁴ MARTIN SENFTLEBEN, et al, Ob. Cit., p. 21-23.

¹⁰⁵ RETO M. HILTY e VALENTINA MOSCON, Ob. Cit., p. 101.

¹⁰⁶ Ibid., p. 102.

¹⁰⁷ Ibid., p. 104.

¹⁰⁸ MARTIN SENFTLEBEN, et al, Ob. Cit., p. 16.

¹⁰⁹ Ibid., p. 17.

do TJUE analisados¹¹⁰, no que diz respeito a sistemas de filtragem, e também quanto à sua incompatibilidade com direitos fundamentais, e sendo os sistemas impostos nestas decisões em tudo semelhantes ao que esta proposta tenta impor, não se podem considerar compatíveis com os direitos fundamentais em causa¹¹¹.

Alerta-se para o facto de que estas tecnologias de controlo são muito dispendiosas¹¹², acarretam riscos, e permitem abusos – primeiro pela dificuldade de identificação de certos conteúdos que se entendem constituir exceções, dando mais das vezes resultado a bloqueios incorretos¹¹³, e ainda pelo facto de os pedidos de remoção de conteúdo não terem obrigatoriamente de partir de titulares de direitos sobre o conteúdo em causa, podendo partir de qualquer utilizador, e, particularmente, concorrentes económicos¹¹⁴. A este respeito importam as preocupações levantadas pelo Gabinete do Alto Comissário das Nações Unidas para os Direitos Humanos, que manifestou preocupações em relação à compatibilidade deste artigo com o Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos – no seu relatório¹¹⁵, o relator sustenta que a proposta original de diretiva poderia «*impor um regime de monitorização e de censura prévia dos conteúdos gerados pelos utilizadores inconsistente...*»¹¹⁶ com o terceiro parágrafo do art. 19.º deste pacto.

Colocar a decisão quanto à ilicitude dos conteúdos nas mãos dos titulares de direitos é uma opção preocupante, uma vez que estes têm fortes interesses no bloqueio de conteúdos¹¹⁷. Entende-se, por estas razões, que as decisões quanto à licitude dos conteúdos devem ficar reservadas a juízes¹¹⁸.

Em geral, e em conclusão, por não ser já novo o processo de modernização do direito de autor, tendo sido inicialmente traçado como plano de ação a adoção de diretivas de harmonização, deveria este novo esforço «*harmonizar-se com o quadro jurídico já*

¹¹⁰ Ibid., p. 19 e 20.

¹¹¹ MARTIN SENFTLEBEN, et al, Ob. Cit., p. 13 e 14.

¹¹² Ibid., p. 13.

¹¹³ Ibid., p. 4 e 14.

¹¹⁴ RETO M. HILTY e VALENTINA MOSCON, Ob. Cit., p. 105.

¹¹⁵ DAVID KAYE, *Mandate of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression*, de 13 de junho de 2018, disponível em: <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Opinion/Legislation/OL-OTH-41-2018.pdf>

¹¹⁶ SOFIA DE VASCONCELOS CASIMIRO, Ob. Cit., p. 74.

¹¹⁷ MARTIN SENFTLEBEN, et al, Ob. Cit., p. 13.

¹¹⁸ RETO M. HILTY e VALENTINA MOSCON, Ob. Cit., p. 105.

existente, buscando maior coerência sistemática e conceitual, ao invés de fragmentar noções legais cujo sentido vai sendo clarificado pela jurisprudência do TJUE, que já conta com mais de meia centena de acórdãos neste domínio.»¹¹⁹.

3. A Evolução da Diretiva

Acompanhando a linha temporal da evolução desta proposta¹²⁰, verificamos que é sujeita a várias revisões, vindo a ser aprovada em maio de 2018 uma posição para iniciar negociações com o Parlamento Europeu¹²¹. A versão revista é levada a aprovação do Parlamento, mas é rejeitada em julho de 2018, vindo a ser aprovada uma posição revista em setembro. Após mais dois anos de negociações é finalmente apresentado para aprovação um novo texto revisto (em fevereiro de 2019), tendo sido aprovado pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho em março e abril de 2019, respetivamente. A Diretiva (UE) 2019/790 é publicada a 15 de maio de 2019¹²², para ser transposta até junho de 2021.

O processo legislativo da Diretiva foi marcado por um debate público intenso, particularmente quanto ao teor do art. 13.º; recebido com apreço por grupos representativos de produtores e artistas¹²³, mas com forte indignação pelas plataformas a que se viria a aplicar, tendo estas movido uma campanha nas redes sociais, motivando o acompanhamento de utilizadores e criadores (através de métodos de mobilização de carácter duvidoso¹²⁴) de

¹¹⁹ ALEXANDRE L. DIAS PEREIRA, “A Modernização do Direito de Autor na União Europeia – O pacote legislativo da Comissão”, *Revista de Direito Intelectual*, 2017, n.º 2, p. 13.

¹²⁰ TAMIAMA MADIEGA, *Modernisation of European Copyright Rules: Directive on Copyright in the Digital Single Market*, Comissão de Assuntos Jurídicos do Parlamento Europeu (JURI), 20 de Novembro de 2019 (18/11/2021), disponível em:

<https://www.europarl.europa.eu/legislative-train/theme-legal-affairs-juri/file-jd-directive-on-copyright-in-the-digital-single-market>

¹²¹ A posição pode ser consultada em:

<https://www.consilium.europa.eu/pt/press/press-releases/2018/05/25/copyright-rules-for-the-digital-environment-council-agrees-its-position/>

¹²² Diretiva (UE) 2019/790 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de abril de 2019.

¹²³ Por exemplo, HELEN SMITH, *Copyright Reform in Europe: in Politics We trust*, Music Business Worldwide, 11 de setembro de 2018 (06/09/2021), disponível em:

<https://www.musicbusinessworldwide.com/copyright-reform-in-europe-in-politics-we-trust/>

e PAUL PACIFICO, *Underground Lobbying*, Music Business Worldwide, 11 de setembro de 2018 (06/09/2021), disponível em:

<https://www.musicbusinessworldwide.com/underground-lobbying/>

¹²⁴ Foram movidas campanhas de boicote fundadas em desinformação, mas viram-se também levantadas alegações mais graves quanto à ação dos prestadores neste contexto – MATHEW MOORE, *Google funds website that spams for its causes*, The Times (Reino Unido), 2018, (06/09/2021) disponível em:

boicote ao artigo 13.º da proposta, que a CEO do *YouTube* diz significar «*uma ameaça [para os seus utilizadores] aos seus meios de sustento e à partilha das suas vozes com o mundo*»¹²⁵.

Naturalmente, muitos dos agentes que se moveram contra ou a favor desta proposta têm fortes motivações económicas¹²⁶, ecoando as palavras de Sofia de Vasconcelos Casimiro, «*menos inocentes do que se esperaria num debate tão generalizado sobre um tema central para o futuro das autoestradas da informação*»¹²⁷.

4. A Diretiva (UE) 2019/790

O texto final da Diretiva continua a assentar a solução para o problema em apreço na cooperação entre prestadores e titulares, através da promoção da concessão de autorizações (cons. 61 e art. 17.º, n.º 1) – reservando agora já não recair sobre os titulares de direitos qualquer obrigação para a celebração de acordos, em respeito da liberdade contratual.

Verifica-se já um maior esforço de caracterização da figura de prestador de serviços de partilha de conteúdos em linha – um serviço da sociedade da informação é-o quando seja concebido para «*permitir, como parte da sua utilização normal, o acesso ao público a conteúdos protegidos por direitos de autor ou outro material protegido carregado pelos seus utilizadores*» (cons. 68). Visa-se aqui apenas os serviços que *desempenham um papel importante no mercado de conteúdos em linha*, e aplica-se a serviços cujo principal objetivo (ou um deles) consiste em armazenar e facilitar o acesso do público uma *quantidade significativa* de conteúdos protegidos por direitos de autor carregados pelos seus utilizadores, organizando-os e promovendo-os com fins lucrativos, e a fim de atrair um público mais vasto.

<https://www.thetimes.co.uk/article/google-funds-activist-site-that-pushes-its-views-rg2g5cr6t?CMP=Sprkr- - Editorial- -thetimes- -Unspecified- -TWITTER>

¹²⁵ SUSAN WOJCICKI, *A final update on our priorities for 2018*, Blog oficial do *YouTube*, 22 de outubro de 2018 (06/09/2021), tradução própria, disponível em:

<https://blog.youtube/inside-youtube/a-final-update-on-our-priorities-for>

¹²⁶ A organização *Copyright for Creativity*, que conduziu a campanha “*Save Your Internet*”, uma das principais campanhas de oposição ao art. 17.º, é financiada por uma entidade que representa a Google e outras gigantes tecnológicas – a esse respeito, SOFIA DE VASCONCELOS CASIMIRO, Ob. Cit., p. 74.

¹²⁷ SOFIA DE VASCONCELOS CASIMIRO, Ob. Cit., p. 74.

Delimita-se esta figura também de forma negativa, excluindo serviços com outro objetivo principal que não este, dando também exemplos de serviços que se devem daqui excluir (que de qualquer forma já se considerariam excluídos por definição) (cons. 62 e art. 2.º, n.º 6). Excluem-se ainda os prestadores cujo principal objetivo seja *realizar ou facilitar pirataria*. A avaliação deve ser feita caso a caso, apresentando-se elementos a ter em conta (cons. 63).

É também clarificado nesta versão que os prestadores que se insiram nesta categoria praticam, de facto, um ato de comunicação ao público quando *«oferecem ao público o acesso a obras ou outro material protegido por direitos de autor carregados pelos seus utilizadores»*, e devem, *por isso*, obter autorização dos titulares em causa (cons. 64 e art. 17.º, n.º 1). Estas autorizações estendem-se aos utilizadores que atuem para fins não comerciais, bem como as autorizações facultadas aos utilizadores para fim de partilha nestas plataformas abrangem também o ato de comunicação ao público do prestador (cons. 69).

A Diretiva vem ainda também esclarecer duas grandes questões levantadas quanto à proposta inicial: o regime de responsabilidade específico aqui previsto e as obrigações impostas aos prestadores neste âmbito apenas se aplicam *quando não tenha sido concedida autorização* (cons. 66 e art. 17.º, n.º 4); e, ainda, que quando estes prestadores praticam atos de comunicação ao público o artigo 14.º, n.º 1 da Diretiva 2000/31/CE *não é aplicável*, aplicando-se em detrimento deste o regime de responsabilização específico previsto nesta Diretiva (cons. 65 e art. 17.º, n.º 3).

Quanto a este regime específico de responsabilização, prevêem-se condições menos exigentes para afastar a responsabilidade para *serviços mais recentes e de menor dimensão* (cons. 67 e art. 17.º, n.º 6). Não encaixando os prestadores nesta categoria, aplica-se o regime de responsabilização que passamos a analisar. Estabelece-se desde já como regra que os prestadores a que não seja concedida nenhuma autorização são responsáveis pelos atos não autorizados de comunicação ao público (art. 17.º, n.º 4), sendo as exclusões de responsabilidade previstas na Diretiva excepcionais.

Para excluir a sua responsabilidade, estão os prestadores sujeitos a uma obrigação de envidar todos os esforços para obter uma autorização, conjuntamente com a obrigação de

envidar os melhores esforços de controlo do conteúdo cujo carregamento não lhes foi autorizado, regendo-os pelos *mais elevados padrões de diligência* (cons. 66) – a determinar através de um critério de *operador diligente*, consoante as boas práticas da indústria e eficácia das medidas adotadas, e limitado por um *juízo de proporcionalidade*. Para efeitos de avaliação do cumprimento desta segunda obrigação, deve ter-se em conta diversos elementos; diferentes meios poderão ser *adequados e proporcionais* para diferentes tipos de conteúdos – em alguns casos, a disponibilidade dos conteúdos só poderá mesmo ser evitada mediante notificação dos titulares (cons. 66).

Não provando o cumprimento destas obrigações, os prestadores deverão ser responsabilizados pela disponibilização das obras ou material protegido *apenas* quanto aos quais tenham recebido *informações pertinentes e necessárias* dos titulares (cons. 66 e art. 17.º, n.º 4, al. b)).

Em todo o caso, para afastarem a responsabilização no caso de receção de aviso *devidamente fundamentado* pelos titulares de direitos, devem os prestadores provar que agiram *com diligência* no sentido de bloquear o acesso ou retirar o material protegido objeto de notificação das suas plataformas; devem também provar que envidaram *«todos os esforços»* para impedir o *futuro* carregamento desses específicos materiais (art. 17.º, n.º 4). Estabelece-se ainda uma obrigação de transparência dos prestadores com os titulares (cons. 68 e art. 17.º, n.º 8).

A cooperação entre prestador e titulares não pode resultar na indisponibilidade de conteúdo que não viole direitos de autor e direitos conexos, nomeadamente quando abrangido por uma exceção (cons. 66 e art. 17.º, n.º 7) – determinando-se como obrigatórias nesta sede as exceções de citação, a crítica e a análise, e a utilização para efeitos de caricatura, paródia ou *pastiche*. Tal porque se pretende equilibrar a proteção dos direitos de autor com a garantia da liberdade de expressão e criação, não podendo as medidas adotadas pôr estas em causa. Prevê-se, para proteger estas partilhas, a criação pelos prestadores de mecanismos de reclamação e recurso para utilizadores em caso de litígio, sujeitos a *controlo humano*. Bem ainda se prevê que devem os EM assegurar mecanismos de resolução extrajudicial de conflitos (art. 17.º, n.º 9).

Determina-se ainda que a aplicação deste regime não implica qualquer obrigação geral de monitorização (cons. 66 e art. 17.º, n.º 8).

5. Doutrina e Jurisprudência Relevantes

Apesar de se parecerem ver resolvidos alguns dos problemas apresentados em relação à versão original da Diretiva levantam-se ainda alguns problemas, pelo que cabe analisar alguns contributos doutrinários que nos parecem relevantes.

Entende-se a preponderância da obtenção de autorizações pelos prestadores neste regime problemática, uma vez que será quase impossível obter todas as autorizações necessárias para cobrir os milhões de carregamentos que circulam na plataforma, pelo que o regime de responsabilização na ausência de autorização será aquele a que mais se recorrerá¹²⁸. Este visa o alvo mais fácil, visto que é «*mais simples responsabilizar uns poucos providers importantes do que um número indeterminado infundável de usuários*»¹²⁹.

As obrigações que advêm aos prestadores da falta de autorização assentam em larga medida em conceitos indeterminados, que tanto podem permitir a ponderação devida dos direitos em confronto, como levar à insegurança jurídica que se pretendia evitar¹³⁰ - até o próprio escopo de aplicação do art. 17.º assenta nos conceitos de «*grande número*» e «*papel importante*», não se oferecendo qualquer pista quanto ao que se pretendem significar¹³¹.

Entende-se o regime especial para pequenas empresas digitais, apesar de bem-intencionado, pouco útil, uma vez que, tanto o limite mensal imposto de 5 milhões de visitantes¹³², como o limite de 3 anos¹³³, se consideram demasiado reduzidos.

¹²⁸ CHRISTINA ANGELOPOULOS/JOÃO PEDRO QUINTAIS, “Fixing Copyright Reform: A Better Solution to Online Infringement”, *Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law*, 2019, n.º 10, pp.147-172, par. 4, disponível em: <https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-10-2-2019/4913>

¹²⁹ ALBERTO DE SÁ E MELLO, “A Diretiva (EU) 2019/790, relativa aos direitos de autor e direitos conexos no mercado único digital e os termos para a sua transposição em Portugal”, *Revista de Direito Intelectual*, 2019, n.º 2, pp. 15-33, p. 29.

¹³⁰ SOFIA DE VASCONCELOS CASIMIRO, Ob. Cit., p. 70.

¹³¹ KARINA GRISSE, “After the storm – examining the final version of Article 17 of the new Directive (EU) 2019/790”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2019, Vol. 14, n.º 11, pp. 997-899, P. 888.

¹³² ALEXANDRE L. DIAS PEREIRA, “Os Direitos De Autor No Mercado Único Digital Segundo A Diretiva 2019/790”, *Revista de Direito Intelectual*, 2019, n.º 2, pp. 35-56, p. 50.

¹³³ JOÃO PEDRO QUINTAIS, “The new copyright in the Digital Single Market Directive: a critical look”, *European Intellectual Property Review*, 2020, n.º 1, pp. 28-41.

A forma como esta disposição interage com o direito de comunicação ao público, a proibição de obrigação geral de vigilância e os direitos fundamentais dos utilizadores exigem-nos considerações mais alongadas. Vejamos.

5.1. O Direito de Comunicação ao Público

Resulta relativamente claro que este artigo se deve considerar *lex specialis* em relação ao art. 3.º da Diretiva 2001/29/CE, uma vez que introduz um direito especial de comunicação ao público¹³⁴; e, por definição, os prestadores sobre que a Diretiva versa praticam atos de comunicação ao público apenas por disponibilizarem uma plataforma e acesso a esta, sem se exigir o cumprimento de qualquer outra condição (exceto que a comunicação seja feita *ao público*)¹³⁵. Poderão considerar-se então estas disposições, à luz do art. 3.º da Diretiva 2001/29/CE e da interpretação deste pelo TJUE, uma *mera clarificação*, como determina o cons. 64, podendo considerar-se que a Diretiva «*tem por base e complementa*» (cons. 4) a legislação anterior nesta matéria? Devem as decisões do TJUE que interpretam o conceito de comunicação ao público aplicar-se também necessariamente ao art. 17.º da Diretiva (UE) 2019/790, no que o afetem?¹³⁶

Veja-se, por exemplo, que o TJUE considera, no caso *Cyando*, que um prestador que, embora sabendo, ou devendo saber, que, de um modo geral, são partilhados conteúdos ilícitos na sua plataforma, se abstém de implementar medidas técnicas adequadas, pratica um ato de comunicação ao público, devendo ser responsabilizado nesta sede, enquanto que a Diretiva faz já depender a imputação de responsabilidade neste contexto da circunstância de os titulares terem fornecido aos prestadores informações pertinentes e necessárias (art. 17.º, n.º 4, al. b)). Deverá então daqui extrair-se que os prestadores a que se aplica a Diretiva devem adotar medidas técnicas adequadas, *independentemente* de lhes serem comunicadas informações pertinentes e necessárias pelos titulares, para evitar a imputação de responsabilidade¹³⁷?

¹³⁴ JOÃO PEDRO QUINTAIS, Ob. Cit.

¹³⁵ KARINA GRISSE, Ob. Cit., p. 889.

¹³⁶ KARINA GRISSE, Ob. Cit., p. 890 e 891.

¹³⁷ DÁRIO MOURA VICENTE, *et al.*, “Nótula sobre as Propostas de Lei n.ºs 113/XIV e 114/XIV em matéria de Direito de Autor e Direitos Conexos no Mercado Único Digital”, *Revista de Direito Intelectual*, 2021, n.º 2, p. 193.

Como vimos, o Advogado-geral sustenta, contrariamente à conclusão do TJUE, que não pode resultar da legislação anterior a esta Diretiva que um prestador pratica um ato de comunicação ao público pelo mero ato de dar ao público acesso a conteúdos protegidos. Entende que a responsabilidade direta dos prestadores pela prática de atos de comunicação ao público, ao abrigo do art. 17.º da Diretiva (UE) 2019/790, surge no contexto e por força desta Diretiva, não se podendo considerar mera consequência da interpretação que o art. 3.º da Diretiva 2001/29/CE devia ter recebido desde que surgiu. Em apoio deste entendimento avança a intervenção da Comissão no processo no sentido de que a nova diretiva não clarifica meramente a interpretação *correta* da legislação anterior, criando um *novo regime de responsabilização* de certos prestadores, num reflexo de uma opção política de proteção da criação artística. Releva também que o TJUE dá a entender que os prestadores em apreciação neste caso não praticam atos de comunicação ao público – ora, dificilmente se poderá considerar que um prestador como o *YouTube* não é abrangido pela Diretiva (UE) 2019/790.

Assim, não nos parece razoável considerar que as decisões anteriores do TJUE nesta matéria, e particularmente as considerações deste no caso *Cyando*, devem influir na aplicação da Diretiva (UE) 2019/790, nem que pelo facto de este reservar, no parágrafo n.º 59, que as respostas que dá às questões colocadas não versam sobre este novo regime¹³⁸.

5.2. A Proibição de Obrigação Geral de Vigilância e os Direitos Fundamentais

A flexibilidade conferida pela utilização de conceitos indeterminados, para além de criar insegurança jurídica, poderá ainda dar aso a «abusos e desequilíbrios, com graves danos para a liberdade de expressão e de informação»¹³⁹. Apesar de não se ver explicitamente exigido por estas disposições que as plataformas apliquem medidas técnicas de reconhecimento de conteúdos, tal resulta *lógica e necessariamente* destas¹⁴⁰, devido ao

¹³⁸ DÁRIO MOURA VICENTE, *et al.*, Ob. Cit., p. 194.

¹³⁹ SOFIA DE VASCONCELOS CASIMIRO, Ob. Cit., p. 73.

¹⁴⁰ NUNO SOUSA E SILVA, “Subsídios para a transposição da Diretiva 2019/790”, *Revista de Direito Intelectual*, 2020, n.º 1, pp. 245-272, p. 266.

grande volume de conteúdos carregados pelos utilizadores nestas plataformas¹⁴¹, à exigência apertada de respeitar as boas práticas da indústria, e o facto de estas tecnologias já serem, atualmente, utilizadas¹⁴². De que forma interage esta imposição com as considerações do TJUE em relação aos sistemas de filtragem que entende significarem uma obrigação geral de vigilância?

Esta imposição poderá ainda resultar na criação de um mercado para as tecnologias de reconhecimento de conteúdos, que estas pequenas empresas terão provavelmente que adquirir aos gigantes da internet, já especialistas nestas tecnologias, criando assim um especial encargo para as pequenas empresas, que estes gigantes (que são os principais visados do regime mais exigente) não terão¹⁴³.

São também muitas as questões em relação à compatibilidade desta disposição com a CDFUE, e particularmente com a liberdade de expressão, especialmente então na interação da exigência de «*melhores esforços*» do n.º 4 do art. 17.º com a garantia das exceções e limitações do n.º 7, no que toca aos bloqueios *ex-ante* de utilizações livres por tecnologias de reconhecimento de conteúdos, uma vez que não se entende que tenham a sensibilidade ou o sentido de humor¹⁴⁴ para as detetar. Não se entende, igualmente, o controlo humano capaz de navegar eficazmente uma matéria tão dinâmica e nublosa como esta, quando não conduzido por juízes¹⁴⁵, e mesmo os mecanismos de reclamação que existem já nestas plataformas se revelam morosos e ineficazes¹⁴⁶. Consultando as estatísticas acerca da utilização destes mecanismos pelo *YouTube*¹⁴⁷, verificamos que, apesar de apenas 0,5% dos carregamentos detetados pelo mecanismo de *content ID* terem sido objeto de reclamação por parte dos utilizadores, esta percentagem corresponde a mais de 3,5 milhões de

¹⁴¹ ALEXANDRE L. DIAS PEREIRA, “Os direitos de autor e os desafios da inteligência artificial: copyright *ex machina*?”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 150.º, n.º 4025, novembro-dezembro de 2020, p. 79.

¹⁴² KARINA GRISSE, *Ob. Cit.*, p. 894.

¹⁴³ ALEXANDRE L. DIAS PEREIRA, “Os Direitos De Autor No Mercado Único Digital Segundo A Diretiva 2019/790”, *Revista de Direito Intelectual*, 2019, n.º 2, pp. 35-56, p. 50.

¹⁴⁴ ALEXANDRE L. DIAS PEREIRA, *Ob. Cit.*, p. 55.

¹⁴⁵ CHRISTINA ANGELOPOULOS/JOÃO PEDRO QUINTAIS, *Ob. Cit.*, par. 6.

¹⁴⁶ JULIA ALEXANDER, *Youtubers and Record labels are fighting, and Record Labels keep winning*, *The Verge*, 24 de Maio de 2019 (14/01/2022), disponível em: <https://www.theverge.com/2019/5/24/18635904/copyright-youtube-creators-dmca-takedown-fair-use-music-cover>

¹⁴⁷ Disponíveis em:

<https://blog.youtube/news-and-events/access-all-balanced-ecosystem-and-powerful-tools/>

carregamentos. Destas reclamações, 60% foram decididas a favor dos utilizadores – correspondendo a mais de 2 milhões de carregamentos incorretamente marcados como ilícitos por este mecanismo.

Entendem alguns autores que uma adequada ponderação do princípio da proporcionalidade será suficiente para garantir a compatibilidade com os direitos fundamentais em causa¹⁴⁸, mas de que forma se devem aplicar estas ponderações aos mecanismos de *content ID*?

A este propósito, durante o processo legislativo da Diretiva, a Polónia apresentou várias objeções ao seu conteúdo, particularmente no que toca à compatibilidade do art. 17.º com a liberdade de expressão na internet¹⁴⁹. A 24 de maio de 2019 a Polónia iniciou um processo contra o Parlamento e o Conselho da UE¹⁵⁰, a requerer a anulação das alíneas b) e c) do n.º 4 do art. 17.º da Diretiva, nos segmentos em que se exige o emprego de melhores esforços para prevenir futuros carregamentos de conteúdos protegidos (ou a anulação da totalidade do art. 17.º) Não tendo o TJUE ainda chegado a uma decisão, e reservando-se um alerta quanto às motivações partidárias associadas ao processo (uma vez que esta temática foi utilizada como estandarte da campanha do partido político no poder, tendo o processo sido instaurado dois dias antes das eleições)¹⁵¹, deixamos algumas notas em relação à evolução do processo até então.

A 10 de Novembro de 2021 são ouvidas as partes, com intervenção da Comissão Europeia e os governos de França e Espanha em apoio dos requeridos¹⁵², podendo verificar-se que o TJUE está a encarar as preocupações da Polónia com seriedade. Esta arguiu que o problema essencial da Diretiva se prende com a forma como atribui a responsabilidade no controlo de carregamentos ilícitos às plataformas, que não incorrem em qualquer risco

¹⁴⁸ JOÃO PEDRO QUINTAIS, Ob. Cit., KARINA GRISSE, Ob. Cit., p. 898.

¹⁴⁹ NILS RAUER, *A country by country analysis of EU copyright reform implementation*, Pinsent Masons, 4 de março de 2021 (29/12/2021), disponível em: <https://www.pinsentmasons.com/out-law/analysis/country-by-country-copyright-directive>

¹⁵⁰ Recurso interposto em 24 de maio de 2019 – República da Polónia/Parlamento Europeu e Conselho da União Europeia, C-401/19.

¹⁵¹ SOFIA DE VASCONCELOS CASIMIRO, Ob. Cit., p. 74.

¹⁵² Seguiremos as intervenções a partir da seguinte publicação: PAUL KELLER, *CJEU hearing in the Polish challenge to Article 17: Not even the supporters of the provision agree on how it should work*, Kluwer Copyright Blog, 11 de Novembro de 2020 (29/12/2021), disponível em: <http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2020/11/11/cjeu-hearing-in-the-polish-challenge-to-article-17-not-even-the-supporters-of-the-provision-agree-on-how-it-should-work/>

quando bloqueiam utilizações legítimas, resultando num incentivo à prática de *over-blocking*, que limita de forma insustentável a liberdade de expressão e informação.

Os contra-argumentos dos intervenientes, curiosamente, diferem profundamente: se, por um lado, a Comissão (com a concordância do Parlamento e do Conselho) considera que a obrigação de resultado do n.º 7 prevalece sobre as obrigações do n.º 4 em caso de conflito¹⁵³, por isso defendendo que o conteúdo da Diretiva garante a proteção dos direitos dos utilizadores, já os EM intervenientes¹⁵⁴ entendem que a limitação aos direitos dos utilizadores, sob a forma de bloqueio *ex-ante* de utilizações legítimas, é um *mal necessário* ao cumprimento dos objetivos da Diretiva (entendendo que o prejuízo causado pela disponibilização ilícita temporária de conteúdos protegidos é muito mais significativo do que o causado aos utilizadores pelo bloqueio temporário de utilizações legítimas), e é adequada e suficientemente controlada pelos mecanismos de reclamação e recurso *ex-post* criados. É de salientar que nenhum destes soube apresentar alternativas às medidas técnicas de filtragem para o cumprimento das obrigações de melhores esforços, não conseguindo contrariar o argumento da Polónia de que estas são, na prática, impostas.

A 15 de julho de 2021 é publicada a opinião do Advogado-Geral do caso¹⁵⁵, que entende que, efetivamente, a evolução do mundo digital legitima a transladação do peso do controlo das violações de direitos de autor para as plataformas em que estas acontecem, e a quantidade astronómica de conteúdos partilhados nestas plataformas resultam na inevitabilidade da utilização de mecanismos automáticos de filtragem para controlar carregamentos ilícitos. A limitação da imposição prática destas pela liberdade de expressão dos utilizadores e proibição de uma obrigação geral de vigilância que o artigo impõe, juntamente com a sugestão pelo Advogado-Geral de que a «*generalidade*» desta obrigação

¹⁵³ Concretizado pela introdução de um mecanismo de limite ao bloqueio de conteúdos cuja ilicitude *não é manifesta*, previsto nas Orientações da Comissão à transposição deste artigo, e que veremos com mais pormenor mais à frente.

¹⁵⁴ Que se encontram, como veremos, entre os EM que se opuseram à introdução do critério de ilicitude manifesta pelas orientações da Comissão.

¹⁵⁵ Disponível em:

<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=244201&pageIndex=0&doclang=en&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=2850454>

Também, a este propósito: BERND JUSTIN JÜTTE/GIULIA PRIORA, *On the necessity of filtering online content and its limitations: AG Saugmandsgaard Øe outlines the borders of Article 17 CDSM Directive*, Kluwer Copyright Blog, 20 de julho de 2021 ((29/12/2021), disponível em:

<http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2021/07/20/on-the-necessity-of-filtering-online-content-and-its-limitations-ag-saugmandsgaard-oe-outlines-the-borders-of-article-17-cdsm-directive/>

deverá ser aferida não à luz da quantidade de informação processada, mas antes dos conteúdos específicos procurados nessa informação (consubstanciando um afastamento de interpretações anteriores do TJUE neste âmbito, que entende dever esta aferir-se tendo em conta os conteúdos processados, e no sentido de abraçar os desenvolvimentos tecnológicos destas medidas), resultam na conclusão, por este, que o n.º 4 do art. 17.º impõe obrigações *específicas* de vigilância, necessariamente limitadas por um juízo de proporcionalidade, particularmente no que toca à obrigação de resultado no n.º 7, que por natureza prevalece sobre o anterior, pelo que o bloqueio *ex-ante* de utilizações legítimas *não é permitido* pela leitura conjunta destas disposições, não sendo suficiente para cumprir as imposições do artigo mitigá-lo apenas através do mecanismo de reclamação, que deve servir apenas para as situações em que as garantias *ex-ante* de utilizações legítimas falham.

O advogado-geral entende então que a obrigação de prevenir carregamentos ilícitos (e, portanto, de os bloquear para evitar responsabilização) apenas diz necessariamente respeito a conteúdos manifestamente ilícitos, de forma a evitar o *over-blocking* e os juízos de licitude de carregamentos pelas plataformas, devendo todos os restantes juízos de ilicitude de conteúdos ocorrer em tribunal. A implementação deste critério na prática passará necessariamente pela incorporação de parâmetros que o concretizem nos mecanismos de reconhecimento de conteúdos, devendo os termos destes ser definidos em diálogo entre prestadores e titulares supervisionado por autoridades estatais. Entende, assim, o Advogado-Geral que esta leitura do art. 17.º, e subsequente aplicação de uma forma proporcional, que faça prevalecer o n.º 7 sobre o n.º 4 nas situações de conflito, é compatível com o art. 11.º da CDFUE.

Apesar de esta interpretação poder não coincidir na totalidade com a decisão do TJUE, entendemos pouco provável que este processo resulte na anulação do artigo em apreço, avançando-se aqui pistas úteis quanto aos termos de aplicação deste que o TJUE entenderá compatíveis com os direitos fundamentais em causa.

5.3. Soluções alternativas

Tendo em conta o exposto, e pugnando alguns autores pela insustentabilidade dos problemas que a Diretiva introduz, têm surgido algumas soluções alternativas.

A diretiva aborda o problema que pretende solucionar como um problema *dos intermediários* (e focando a responsabilização nestes), sendo que alguns autores entendem que o problema é o da proliferação de violações de direitos de autor na internet *em geral* – permitida por um quadro legislativo europeu fragmentado e desatualizado nesta matéria¹⁵⁶. Entende-se que uma eficaz clarificação das questões levantadas em relação a estes prestadores que analisamos passaria pela adoção de uma «*abordagem integral e sistemática*»¹⁵⁷ do problema, que unificasse a responsabilização de prestadores de serviços em rede, baseando-a na abordagem do TJUE aos critérios para a prática de um ato de comunicação ao público por estes¹⁵⁸, já analisados, prevendo-se diferentes consequências consoante o grau de envolvimento «*mental*» do prestador (se está em causa *mero conhecimento* ou *verdadeira intenção*)¹⁵⁹.

Identifica-se também a posição precária dos utilizadores, entendendo que os critérios tanto legais como avançados pelo TJUE para a violação dos direitos de reprodução e comunicação ao público são inapropriados à era digital, por se considerarem demasiado amplos, ou de difícil aplicação às realidades ambíguas das partilhas nas plataformas¹⁶⁰. O ténue mitigação encontrada para este problema nas exceções e limitações é estrangulada por uma grande massa destas ser de transposição opcional, e por sofrerem interpretações extremamente restritivas pelo TJUE¹⁶¹, o que contribui ainda para não poderem ser aplicadas a um grande número de obras que resultam de transformações de outras. Não existe, ao nível da UE, direito a transformação uniformizado, e qualquer previsão nacional é limitada pelo mencionado¹⁶².

Tendo em conta, ainda, que a maioria das violações de direitos de autor por utilizadores é incontroável, na prática ou por esse controlo embater em direitos fundamentais, é o titular protegido apenas *em teoria*, por esta expansão de exclusividade não lhe garantir remuneração equitativa¹⁶³. Nesta sede, estando completamente normalizada a

¹⁵⁶ CHRISTINA ANGELOPOULOS/JOÃO PEDRO QUINTAIS, Ob. Cit., par. 7.

¹⁵⁷ SOFIA DE VASCONCELOS CASIMIRO, Ob. Cit., p. 61.

¹⁵⁸ De forma pormenorizada, CHRISTINA ANGELOPOULOS/JOÃO PEDRO QUINTAIS, Ob. Cit., par. 34 a 56.

¹⁵⁹ CHRISTINA ANGELOPOULOS/JOÃO PEDRO QUINTAIS, Ob. Cit., par. 52 e 53.

¹⁶⁰ Ibid., par. 11 a 13.

¹⁶¹ Ibid., par. 14.

¹⁶² Ibid., par. 15.

¹⁶³ Ibid., par. 16.

publicação de UGC, tem vindo a ser sugerida a criação de uma exceção ou limitação obrigatória que permita a utilização de obras em rede¹⁶⁴ que corresponda aos comportamentos expectáveis numa rede social, contraposta a uma compensação, num sistema semelhante ao da compensação equitativa relativa à cópia privada¹⁶⁵, e construído em linha com o conceito autónomo criado pelo TJUE no que toca a esta¹⁶⁶.

Certo é que a escolha pela não previsão de uma exceção relativa ao UGC na Diretiva parece intencional – pretende-se explicitamente preservar a liberdade contratual dos titulares¹⁶⁷. Não obstante, não deixamos de achar necessária, tendo em conta o panorama dos direitos de autor na *Internet*, uma reconstrução do sistema de direitos de autor no sentido de valorizar as utilizações lícitas de obras, enquanto se garante remuneração justa aos titulares de direitos e, particularmente, aos autores¹⁶⁸, fechando a «*value gap*» enquanto se garante um equilíbrio justo entre os interesses em causa¹⁶⁹.

As propostas existentes neste sentido diferem no que toca aos atos que devem considerar-se abrangidos por esta exceção, mas considera-se a abordagem mais interessante a de abranger qualquer ato (quando no contexto de um carregamento de uma pessoa singular¹⁷⁰ numa «*plataforma de partilha de conteúdos*» - tenha-se, prestadores de serviços de armazenagem que permitem o carregamento e partilha de conteúdos protegidos¹⁷¹) de reprodução ou comunicação ao público, especificando-se ainda que abrange utilizações que transformem o conteúdo protegido (harmonizando parcialmente um «*direito de transformação*»), mesmo que numa área cinzenta entre transformação e reprodução¹⁷², desde que *não comerciais* – o que se deve entender abranger utilizações que não compitam diretamente com utilizações dos titulares dos direitos, não prejudicando a sua normal

¹⁶⁴ RETO M. HILTY/VALENTINA MOSCON, Ob. Cit., p. 107, CHRISTINA ANGELOPOULOS/JOÃO PEDRO QUINTAIS, Ob. Cit., par. 67 a 69, MARTIN SENFTLEBEN, et al., Ob. Cit., p. 24, ALEXANDRE L. DIAS PEREIRA, Ob. Cit., p. 55.

¹⁶⁵ RETO M. HILTY/VALENTINA MOSCON, Ob. Cit., p. 107, CHRISTINA ANGELOPOULOS/JOÃO PEDRO QUINTAIS, Ob. Cit., par. 60.

¹⁶⁶ Para mais a este respeito, ALEXANDRE L. DIAS PEREIRA, “Levies in EU copyright law: an overview of the CJEU’s judgements on the fair compensation of private copying and reprography”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2017, Vol. 12, n.º 7, pp. 591-600.

¹⁶⁷ KARINA GRISSE, Ob. Cit., p. 895.

¹⁶⁸ CHRISTINA ANGELOPOULOS/JOÃO PEDRO QUINTAIS, Ob. Cit., par. 60.

¹⁶⁹ *Ibid.*, par. 65.

¹⁷⁰ *Ibid.*, par. 69.

¹⁷¹ *Ibid.*, par. 67.

¹⁷² *Ibid.*, par. 77.

exploração económica da obra¹⁷³, devendo especificar-se não estarem excluídos *atos que geram lucros, mas não significativos*¹⁷⁴, ou *atos com impacto económico*, dado que se entende esvaziar o impacto da exceção excluir atos que, por exemplo, permitem aos utilizadores poupar o que estariam dispostos a gastar para aceder aos conteúdos, caso estes não tivessem sido carregados – a compensação destina-se a cobrir precisamente este prejuízo, desde que marginal¹⁷⁵. Há quem sugira, na mesma linha, a subordinação do exercício de todas as exceções a um teste de balanço económico, semelhante ao do direito da concorrência, podendo tornar-se «*mais eficiente para o sistema a médio e longo prazo*» o surgimento de novos conteúdos que gerem consumo e estimulem inovação, ao invés da ressuscitação de direitos autorais, muitas vezes não explorados, que os limitem¹⁷⁶.

Entende-se ainda que será útil a limitação da exceção à partilha de conteúdos que se encontram disponíveis na internet lícita e gratuitamente¹⁷⁷, por se entender uma base legal clara para a notificação de plataformas pelos titulares, e pelo facto de excluir também claramente a partilha de conteúdos carregados na internet com restrições técnicas de acesso¹⁷⁸.

Tendo em conta a complexidade da cobrança individualizada desta compensação, veem-se construídos, em conjunto com esta compensação, sistemas de cobrança indiretos, através da cooperação entre plataformas e EGC¹⁷⁹, diferindo as propostas no que toca à obrigatoriedade deste sistema: enquanto alguns autores não consideram necessárias licenças obrigatórias para garantir a remuneração adequada dos titulares, entendendo suficiente a uniformização europeia de um sistema de gestão coletiva através de licenças multiterritoriais, semelhante ao agora previsto no art. 12.º da Diretiva (UE) 2019/790¹⁸⁰, outros entendem que este sistema resultaria, invariavelmente, na fragmentação do espectro de licenciamento nos vários EM da UE, pelo menos inicialmente¹⁸¹, pelo que propõem um

¹⁷³ RETO M. HILTY/VALENTINA MOSCON, Ob. Cit., p. 107.

¹⁷⁴ Ibid., par. 82.

¹⁷⁵ Ibid., par. 83.

¹⁷⁶ ALEXANDRE L. DIAS PEREIRA, “Os Direitos De Autor No Mercado Único Digital Segundo A Diretiva 2019/790”, *Revista de Direito Intelectual*, 2019, n.º 2, pp. 35-56, p. 55

¹⁷⁷ RETO M. HILTY/VALENTINA MOSCON, Ob. Cit., p. 108.

¹⁷⁸ CHRISTINA ANGELOPOULOS/JOÃO PEDRO QUINTAIS, Ob. Cit., par. 86.

¹⁷⁹ RETO M. HILTY/VALENTINA MOSCON, Ob. Cit., p. 108.

¹⁸⁰ Ibid., p. 111.

¹⁸¹ CHRISTINA ANGELOPOULOS/JOÃO PEDRO QUINTAIS, Ob. Cit., par. 63.

sistema de gestão coletiva «forçada» sob a forma de licença legal, semelhante ao da compensação equitativa da cópia privada¹⁸², recaindo a obrigação ao pagamento desta então sobre as plataformas cujos utilizadores beneficiam da exceção¹⁸³, que poderão deslocar totalmente esse fardo para os utilizadores ou suportá-lo parcialmente¹⁸⁴ - propondo-se uma rede europeia de organizações de gestão coletiva, eventualmente concentrando alguns aspetos numa entidade central¹⁸⁵. Entre nós, propôs-se já há 30 anos um sistema de autorização prévia generalizada da utilização de obras em computador, desde que previamente difundidas em rede pelos autores, a que corresponderia uma remuneração justa, cujos termos seriam definidos por uma instituição independente, e a distribuição estaria a cargo de entidades de gestão coletiva¹⁸⁶.

Importa, porém, reservar que, em determinadas áreas, os sistemas de gestão coletiva estão extremamente subdesenvolvidos, pelo que esta proposta exigiria forte desenvolvimento destas estruturas para que os benefícios fossem transversais¹⁸⁷. Mais se verifica que a gestão coletiva tem efeitos profundos na configuração prática do direito de autor, e a introdução de um sistema de licenças obrigatórias conduziria à transformação destes direitos de exclusivo em meros direitos de remuneração¹⁸⁸, tendo uma solução semelhante sido rejeitada a nível comunitário, por se entender que a dificuldade na obtenção de autorizações necessárias não se deve considerar justificar a extensão de licenças não voluntárias, ou qualquer outra forma de enfraquecimento dos direitos de propriedade intelectual¹⁸⁹.

Estas parecem-nos, ainda assim, propostas interessantes, tanto numa perspetiva de análise de alternativas, como para inspiração em relação aos termos de transposição da Diretiva, no que esta permite.

¹⁸² ALBERTO DE SÁ E MELLO, *Manual de Direito de Autor e Direitos Conexos*, Coimbra, Almedina, 2020, p. 512.

¹⁸³ *Ibid.*, par. 98 e 99.

¹⁸⁴ *Ibid.*, par. 102.

¹⁸⁵ *Ibid.*, par. 99.

¹⁸⁶ JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil – Direitos de Autor e Direitos Conexos*, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, pp. 483-486 e ALEXANDRE L. DIAS PEREIRA, “Gestão Individual e Coletiva do Direito de Autor e dos Direitos Conexos na Sociedade de Informação”, *Direito da Sociedade da Informação*, Vol. IV, 2003.

¹⁸⁷ CHRISTINA ANGELOPOULOS/JOÃO PEDRO QUINTAIS, *Ob. Cit.*, par. 74.

¹⁸⁸ ALEXANDRE L. DIAS PEREIRA, *Ob. Cit.*

¹⁸⁹ *Ibid.*.

CAPÍTULO III – A TRANSPOSIÇÃO

1. A Orientações da Comissão para a Transposição do art. 17.º

Para promover o diálogo entre os autores e titulares de direitos, e os prestadores, no sentido de melhor colaborarem para cumprir as imposições da Diretiva¹⁹⁰, e em aplicação do art. 17.º, n.º 10, foi organizado um conjunto de reuniões, para as quais foram também convidados representantes dos EM¹⁹¹. Destas reuniões resultou um primeiro documento¹⁹², que recebeu críticas de alguns EM (incluído Portugal)¹⁹³, e de um conjunto de titulares¹⁹⁴.

O documento final, *Orientações sobre o artigo 17.º da Diretiva 2019/790 relativa aos direitos de autor no mercado único digital*¹⁹⁵, é publicado a 4 de junho de 2021 (a dois dias de terminar o prazo de transposição). Em geral, as recomendações vão no sentido de a Diretiva ser transposta de forma fiel ao seu texto, sem quantificar ou especificar os conceitos indeterminados previstos («grande quantidade», «receitas significativas»), uma vez que se entende esta avaliação dever ser feita em Tribunal.

Apesar das críticas recebidas, a Comissão reforça que o art. 17.º se deve considerar *lex specialis* no que diz respeito ao conceito de comunicação ao público, pelo que deverá ser transposto isoladamente no que a este diz respeito, em vez de integrado na legislação nacional que transpõe o art. 3.º da Diretiva 2001/29/CE.

Determina-se que tanto as condições específicas exigidas no art. 17.º, n.º 4 para os prestadores evitarem responsabilidade, como as regras definidas pelos n.ºs 7, 8 e 9 devem ser introduzidas de forma explícita no direito nacional, sendo que estas últimas, por implicarem obrigações de resultado, devem prevalecer sobre outras disposições do art. 17.º, nomeadamente este seu n.º 4. A averiguação do cumprimento das obrigações deste n.º 4 deve

¹⁹⁰ NILS RAUER, Ob. Cit.

¹⁹¹ Veja-se:

<https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/stakeholder-dialogue-copyright>

¹⁹² COMISSÃO EUROPEIA, *Targeted consultation addressed to the participants to the stakeholder dialogue on Article 17 of the Directive on Copyright in the Digital Single Market*, Comissão Europeia, 27 de julho 2020 (29/12/2021), disponível em:

<https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/news/directive-copyright-digital-single-market-commission-seeks-views-participants-stakeholder-dialogue>

¹⁹³ Disponível em:

<https://www.communia-association.org/wp-content/uploads/2020/10/201027non-paper.pdf>

¹⁹⁴ Disponível em:

<https://www.ifpi.org/wp-content/uploads/2020/09/Rightholders-letter-on-Consultation-on-Article-17-Guidance-10-09-20.pdf>

¹⁹⁵ Comunicação da Comissão COM (2021) 288 final, Bruxelas, 04/06/2021.

ser permeada pelo princípio da proporcionalidade (nomeadamente para proteger a liberdade de empresa), estando este também sujeito às limitações dos n.ºs 7, 8 e 9.

O conceito de «*melhores esforços*» na obtenção de autorização do n.º 4 deve ser transposto como conceito autónomo do direito da UE, interpretado à luz da letra e dos objetivos do art. 17.º, devendo a sua averiguação ser feita caso a caso, tendo em conta critérios como as práticas específicas de mercado de diferentes setores (nomeadamente se a gestão coletiva é prática generalizada) ou medidas tomadas pelos EM para facilitar autorizações. Para se considerar cumprida esta exigência, devem os prestadores, no mínimo, «*colaborar proactivamente com os titulares de direitos que possam ser facilmente identificados e localizados, designadamente aqueles que representem um amplo catálogo de obras ou outro material protegido*», sendo que devem sempre, no mínimo, contactar as EGC que atuem em conformidade com a Diretiva 2014/26/UE¹⁹⁶ para obter autorização. Não deve ser expectável que procurem proactivamente contactar titulares não facilmente identificáveis, podendo, para colmatar esta falha, os EM incentivar a criação de um registo de titulares consultável por estes (em conformidade com as regras de proteção de dados),

O conceito de melhores esforços deve também abranger as negociações, devendo estas ser conduzidas pelos prestadores em boa-fé, e devendo os acordos celebrados ser justos – para o efeito se exigindo transparência dos prestadores em relação aos critérios utilizados para identificar e remunerar os conteúdos abrangidos, particularmente quando estes utilizam tecnologias de *content ID*. Pode considerar-se que um prestador que *recusa um acordo em condições justas e que mantenha um equilíbrio razoável entre as partes* não envidou os melhores esforços – não sendo estes obrigados a aceitar acordos injustos. Esta averiguação é feita caso a caso.

Determina-se que os EM podem estabelecer diferentes tipos de autorização, para «*promover o desenvolvimento do mercado de concessão de licenças*», e são incentivados a introduzir mecanismos de mediação. Podem ainda recorrer-se a licenças coletivas individuais e voluntárias e, em certos casos, aplicar também o mecanismo de licenças coletivas com efeitos alargados ao abrigo do art. 12.º da Diretiva.

¹⁹⁶ Diretiva 2014/26/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014.

Em relação aos melhores esforços da alínea b) do n.º 4, deve ter-se em conta na transposição que está sujeito ao princípio da proporcionalidade, e a averiguação do cumprimento deste critério deve ser feita caso a caso – não deve ser expectável que os prestadores apliquem as soluções mais «*dispendiosas e sofisticadas*» se isso, no seu caso específico, for desproporcional. A alínea b) deve ser aplicada de forma tecnologicamente neutra e que se mantenha atual, não podendo ser impostas soluções tecnológicas específicas. Os padrões de diligência profissional do setor podem, contudo, incluir a utilização de tecnologia, ou soluções tecnológicas específicas (cons. 66) – mas os prestadores devem permanecer livres para escolher a solução para cumprirem estas obrigações na sua situação específica, devendo ser deixada flexibilidade para nos acordos se chegar a soluções mutuamente convenientes. Apesar de os mecanismos de reconhecimento de conteúdos através de «*impressões digitais*» serem comumente utilizados entre os principais prestadores (particularmente áudio e vídeo), a aplicação destes não deve ser necessariamente considerada como o padrão de mercado, principalmente para prestadores de menor dimensão.

Diferencia-se a exigência de *informações pertinentes e necessárias* para impedir carregamentos futuros do conceito de *aviso suficientemente fundamentado* para a remoção de conteúdo – a informação exigida para o segundo será muitas vezes insuficiente para impedir carregamentos futuros.

O n.º 7 deve ser lido em conjunto com as disposições em matéria de «*melhores esforços*» do n.º 4, uma vez que é neste contexto que a cooperação referida no primeiro se realiza, pelo que a necessidade de respeitar as utilizações legítimas deve ser tida em conta ao avaliar se o prestador envidou os «*melhores esforços*».

A Comissão reforça que o respeito pelo n.º 7, que entende uma obrigação de resultado que deve prevalecer sobre a obrigação de melhores esforços do n.º 4, não é compatível com o bloqueio *ex-ante* de conteúdos legítimos, e posterior restituição, após reclamação ao abrigo do n.º 9. Entende que tal é particularmente relevante na utilização de tecnologias de *content ID*, uma vez que, atualmente, esta não está suficientemente desenvolvida para reconhecer eficazmente utilizações legítimas, pelo que o reconhecimento de conteúdos ilícitos por estas tecnologias apenas deve resultar no bloqueio (impedir o

carregamento *a priori*) no que toca a carregamentos *manifestamente infratores*, sendo que os que não o forem devem ser colocados em linha (despoletando uma notificação ao autor), e podem estar sujeitos a controlo humano *ex post* quando os titulares se opõem. Cumprido este procedimento com diligência deve resultar uma presunção de cumprimento dos melhores esforços pelos prestadores. Ora, até uma visão conservadora da proibição de obrigação geral de vigilância considerará que um controlo humano de conteúdos antes do seu carregamento viola esta proibição, sendo que o único caso em que o TJUE considerou uma imposição de filtragem compatível com esta proibição dependia de esta ser realizada por sistemas automatizados, e não sujeita a controlo humano de carregamentos individuais¹⁹⁷. Também o controlo humano tem fortes limitações, uma vez que mesmo pessoas altamente qualificadas teriam sérias dificuldades na averiguação correta e rápida da licitude de um conteúdo em todos os sistemas (não harmonizados) de direitos de autor dos EM¹⁹⁸.

De qualquer forma, a Comissão avança um conjunto de sugestões de critérios para determinar se a ilicitude é manifesta, que pretendem excluir carregamentos que terão características que aparentam corresponder a exceções ou limitações. Entendemos questionável que as *nuances* nestes critérios sejam integráveis nas tecnologias de reconhecimento de conteúdo; também a abordagem quantitativa destes se entende pouco correta, uma vez que há situações em que é necessário o carregamento integral de obras para fins de crítica ou citação. O controlo automatizado baseado em critérios quantitativos poderá resultar no bloqueio de utilizações legítimas, mesmo que diminuído em relação à ausência desses critérios. Esta abordagem baseada no conceito de ilicitude manifesta não é necessariamente ilegítima, mas denota-se a sua marcada complexidade, que exige controlo independente por uma entidade externa¹⁹⁹.

Reserva-se também que os prestadores devem exercer especial cuidado no carregamento de conteúdos quanto aos quais os titulares notifiquem, com justificação, poderem causar prejuízos económicos significativos, podendo esse cuidado incluir, quando

¹⁹⁷ ECLI:EU:C:2019:821.

¹⁹⁸ BERND JUSTIN JÜTTE e CHRISTOPHE GEIGER, *The EU Commission's Guidance on Article 17 of the Copyright in the Digital Single Market Directive* (Op-Ed), European Law Blog, 7 de junho de 2021 (02/01/2022), disponível em:

<https://eulawlive.com/op-ed-the-eu-commissions-guidance-on-article-17-of-the-copyright-in-the-digital-single-market-directive-by-bernd-justin-jutte-and-christophe-geiger/#>

¹⁹⁹ Ibid.

razoável, exequível e sem encargos desproporcionados, um controlo humano rápido pelos prestadores *antes do carregamento* desses conteúdos assinalados pelo *content ID*, aplicável a conteúdos particularmente sensíveis ao fator tempo. Presume-se o não cumprimento destas obrigações à luz do n.º 7 se tiverem disponibilizado conteúdos ignorando as informações fornecidas pelos titulares, mesmo que sejam estes não manifestamente infratores.

Entendemos que esta sinalização de conteúdos é um forma fácil de contrariar a regra de que apenas conteúdos manifestamente infratores devem ser imediatamente bloqueados, principalmente tendo em conta que a Comissão não estabelece qualquer tipo de limite ou critério para esta marcação, ficando esta tentativa de equilíbrio dos direitos fundamentais prevista apenas no papel, por ser tão facilmente ultrapassável - é expectável que os titulares marquem a totalidade ou a grande maioria do conteúdo desta forma, esvaziando completamente o princípio em que a Comissão baseia toda a sua defesa do n.º 4 no recurso da Polónia²⁰⁰. Também o Advogado-Geral do caso, apoiante das Orientações da Comissão no que toca à proibição de bloqueio de utilizações legítimas, rejeita veementemente este sistema de marcação de conteúdos pelos titulares. A criação de uma presunção de não cumprimento do critério de melhores esforços caso ignorem as marcações de conteúdos pelos titulares resultará em que qualquer prestador racional simplesmente bloqueie *a priori* qualquer carregamento que contenha partes dos conteúdos marcados pelos titulares²⁰¹.

Difícilmente o TJUE entenderá que os termos das orientações sobre que apresentámos reservas defendem adequadamente os direitos fundamentais dos utilizadores, manifestando a Comissão sensibilidade nesse sentido, uma vez que incluiu nas orientações uma reserva quanto à eventual alteração destas em função da decisão do TJUE nesta matéria²⁰². Entende-se infeliz o *timing* da Comissão nas orientações, particularmente tendo em conta que as propostas existentes se revelam incoerentes entre si²⁰³.

²⁰⁰ JULIA REDA e PAUL KELLER, *European Commission back-tracks on user rights in Article 17 Guidance*, Kluwer Copyright Blog, 4 de junho de 2021 (02/01/2022), disponível em: <http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2021/06/04/european-commission-back-tracks-on-user-rights-in-article-17-guidance/>

²⁰¹ Ibid.

²⁰² Ibid.

²⁰³ BERND JUSTIN JÜTTE/CHRISTOPHE GEIGER, Ob. Cit.

2. Os Contributos dos Estados-Membros

A maioria dos países da UE não concluiu ainda a transposição desta diretiva (provavelmente por procurarem aguardar pelas orientações da Comissão). Ainda assim importa uma breve análise de algumas propostas.

França foi um dos grandes apoiantes da diretiva no processo legislativo, pelo grande peso dos *lobbies* culturais na política francesa²⁰⁴, tendo sido transposto o art. 15.º logo a 24 de julho de 2019. Do resultado podemos extrair algumas conclusões quanto aos perigos da excessiva confiança na cooperação e na liberdade contratual nos sistemas de autorização entre prestadores e titulares - tendo em conta que a lei francesa de transposição do art. 15.^{o205} estabelece que os prestadores têm que requerer autorização dos editores de imprensa para utilizar as suas publicações, a *Google* optou por deixar de utilizar conteúdos de editores que não concedessem gratuitamente a requerida autorização, causando quebras significativas no tráfico de utilizadores aos que não cederam às exigências, e levando-os a acabar por ceder as autorizações sem negociações ou compensações, curiosamente em condições mais desfavoráveis que as negociadas antes da transposição da Diretiva²⁰⁶.

Em relação à transposição das restantes disposições, a pandemia veio atrasar o processo legislativo²⁰⁷; França foi também um dos países a criticar o projeto preliminar das Orientações da Comissão quanto à transposição do art. 17.º. A transposição total da Diretiva termina a 24 de novembro de 2021²⁰⁸, sendo o diploma em que é transposto o art. 17.º publicado a 12 de maio do mesmo ano²⁰⁹.

²⁰⁴ NILS RAUER, Ob. Cit.

²⁰⁵ *Loi n° 2019-775 du 24 juillet 2019 tendant à créer un droit voisin au profit des agences de presse et des éditeurs de presse.*

²⁰⁶ PATRICIA AKESTER, *Editores de imprensa versus Google: Batalha em solo francês*, dn_insider, 7 de setembro de 2020 (29/12/2021), disponível em:

<https://insider.dn.pt/opiniao/editores-de-imprensa-versus-google-batalha-em-solo-frances/25787/>

²⁰⁷ NILS RAUER, Ob. Cit.

²⁰⁸ CREATE, *Evidence on the Implementation of the Copyright in Digital Single Market Directive (Directive (EU) 2019/790)*, CREATE Centre: University of Glasgow & reCreating Europe, disponível em:

<https://www.create.ac.uk/cdsm-implementation-resource-page/>

Este recurso foi de extrema utilidade para acompanhar a evolução da Diretiva e os avanços na transposição, sendo que o acompanhámos em relação a estes últimos.

²⁰⁹ *Ordonnance n° 2021-580 du 12 mai 2021 portant transposition du 6 de l'article 2 et des articles 17 à 23 de la directive 2019/790 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique et modifiant les directives 96/9/CE et 2001/29/CE.*

A transposição é fiel ao texto da diretiva. Não é introduzida no diploma a ideia de que devem ser bloqueados *ex-ante* apenas conteúdos manifestamente ilícitos, avançada pelas orientações da Comissão, nem o sistema de marcação pelos titulares de conteúdos cujo carregamento ilícito é passível de causar prejuízos significativos, deixando para os tribunais a compatibilização da obrigação de melhores esforços com as utilizações legítimas. Reserva-se aqui à *Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet* competência para fazer recomendações acerca da eficácia das medidas aplicadas pelos prestadores no que diz respeito à capacidade de garantirem a proteção de conteúdos protegidos.

Contrariamente às orientações da Comissão, este diploma remete a quantificação do critério de grande «*quantidade de obras*» para uma resolução do *Conseil d'Etat*²¹⁰, que determina dever resultar de portaria do Ministro da Cultura o estabelecimento de limites mínimos de público alcançado pela plataforma e de quantidade de conteúdos nesta partilhados.

Se é provável que estabelecer um limite mínimo para este critério poderá diminuir incerteza jurídica neste campo, é certo que o facto de ir diretamente contra as orientações da Comissão resulta invariavelmente em fragmentação nas transposições dos vários EM. Deixar a compatibilização das utilizações legítimas com as medidas de controlo das plataformas única e exclusivamente aos tribunais, reservando-se a uma autoridade reguladora a emissão de recomendações quanto à eficácia de medidas de controlo, sem mencionar a necessidade de garantir o respeito destas pelas utilizações legítimas, é um caminho arriscado, particularmente tendo em conta que os relatórios apresentados durante o processo legislativo por um conjunto de autoridades mostram a posição extremamente favorável destas quanto a tecnologias de reconhecimento de conteúdos, e desvalorização das críticas quanto à possibilidade de porem em causa a liberdade de expressão, rejeitando expressamente a ideia de que há necessidade de garantir que estas tecnologias não bloqueiam *a priori* conteúdos provavelmente ao abrigo de utilizações legítimas²¹¹.

²¹⁰ *Décret n° 2021-1369 du 20 octobre 2021 portant modification du code de la propriété intellectuelle et relatif à certains fournisseurs de services de partage de contenus en ligne.*

²¹¹ Relatórios disponíveis em:

Em Itália a Diretiva é transposta a 8 de novembro de 2021²¹², sendo que a generalidade do diploma segue fielmente o texto da Diretiva – reservamos algumas notas à transposição do art. 17.º. A forma como aqui se transpõe o n.º 7 é curiosa: o diploma refere que a cooperação entre titulares e prestadores *não prejudica* («*non pregiudica*») a disponibilidade de conteúdos carregados por utilizadores ao abrigo de utilizações legítimas, o que não se entende que traduza a obrigação de resultado exigida aqui, estabelecendo-se antes um dever muito menos exigente, se tanto²¹³. Prevê-se explicitamente que os carregamentos objeto de notificação pelos titulares devem permanecer indisponíveis durante o procedimento de reclamação pelos utilizadores, sem introduzir qualquer reserva de proteção de utilizações legítimas.

Levanta-se aqui um problema que também releva na tradução portuguesa da Diretiva – a transposição desta utiliza a expressão «*massimi sforzi*» para traduzir a expressão «*best efforts*», quando a tradução literal seria «*migliori sforzi*» - o superlativo utilizado na transposição facilmente se poderá considerar mais exigente do que a tradução literal da expressão, também se podendo considerar que a tradução literal corresponde a uma apreciação subjetiva, enquanto a utilizada corresponderá a uma apreciação objetiva²¹⁴.

Também em Espanha se levantam alguns problemas. A transposição espanhola, de 3 de Novembro de 2021, implementa o n.º 4 do art. 17.º praticamente pelas mesmas palavras, acrescentando-lhe que contra um prestador que não for considerado responsável ao abrigo

<https://www.culture.gouv.fr/Thematiques/Propriete-litteraire-et-artistique/Conseil-superieur-de-la-propriete-litteraire-et-artistique/Travaux/Missions/Mission-du-CSPLA-sur-les-outils-de-reconnaissance-des-contenus-et-des-oeuvres-sur-les-plateformes-de-partage-en-ligne-II>

e

<https://www.culture.gouv.fr/Thematiques/Propriete-litteraire-et-artistique/Conseil-superieur-de-la-propriete-litteraire-et-artistique/Travaux/Missions/Mission-du-CSPLA-sur-les-outils-de-reconnaissance-des-contenus-protoges-par-les-plateformes-de-partage-en-ligne-etat-de-l-art-et-propositions>

²¹² Decreto legislativo 8 novembre 2021, n. 177.

²¹³ ELEONORA ROSATI, *Towards the national transpositions of the DSM Directive: various techniques to... do as you please*, IP Kat, 24 de agosto 2021 (06/01/2022), disponível em: <https://ipkitten.blogspot.com/2021/08/towards-national-transpositions-of-dsm.html>

²¹⁴ ELEONORA ROSATI, *DSM Directive Series #5: Does the DSM Directive mean the same thing in all language versions? The case of 'best efforts' in Article 17(4)(a)*, IP Kat, 22 de maio de 2019 (06/01/2022), disponível em: <https://ipkitten.blogspot.com/2019/05/dsm-directive-series-5-does-dsm.html>

deste artigo pode, ainda assim, ser intentada uma ação pelos titulares dos direitos de autor sobre os conteúdos protegidos em causa por *enriquecimento sem causa*. De facto, o cons. 66 determina que o mecanismo de responsabilidade da diretiva não deve prejudicar as vias de recurso nacionais para casos que não sejam de responsabilidade por violações de direitos de autor nem a possibilidade de órgãos jurisdicionais nacionais emitirem injunções e, de facto, os prestadores lucram com o conteúdo ilícito disponível, mesmo tendo empregado todos os esforços para o retirar ou bloquear, mas parece-nos que a possibilidade de intentar esta ação contra prestadores que não devem ser responsabilizados pelos atos relativamente aos quais esta diz respeito esvazia o efeito útil do n.º 4 do art. 17.^{o215}.

Já a abordagem alemã revela-se de extremo interesse. A necessidade de proteger *ex-ante* utilizações legítimas do bloqueio automático por medidas técnicas de controlo foi central na discussão sobre a transposição desde o início do processo legislativo, sendo que o legislador adota o conceito de «*utilizações que se presumem autorizadas por lei*» como núcleo desta proteção²¹⁶. A substancial evolução desta proteção no processo legislativo acaba por degradar um pouco as garantias dos utilizadores, mas não deixa de ser esta uma solução interessante; vejamos.

O diploma que transpõe o art. 17.º da Diretiva é aprovado a 28 de maio de 2021 (antes da publicação da versão final das orientações da Comissão)²¹⁷, e prevê um sistema de garante *ex-ante* contra bloqueios automáticos de utilizações legítimas baseado numa *presunção de autorização para a utilização*. Para que um carregamento se presuma autorizado, tem que cumprir um conjunto de critérios cumulativos: a utilização tem que dizer respeito a menos de metade do(s) conteúdo(s) protegido(s) utilizado(s); deve combinar esses conteúdos protegidos com outro conteúdo; e deve constituir uma utilização não comercial

²¹⁵ MIQUEL PEGUERA, *Is the Spanish implementation of Art. 17 CDSM compatible with EU Law?*, Kluwer Copyright Blog, 11 de novembro de 2021 (06/01/2022), disponível em:

<http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2021/11/11/is-the-spanish-implementation-of-art-17-cdsm-compatible-with-eu-law/>

²¹⁶ JULIA REDA e JOSCHKA SELINGER, *Germany attempts to square the circle in its implementation of Article 17 CDSMD – Part 1*, Kluwer Copyright Blog, 2 de junho de 2021 (04/01/2022), disponível em:

<http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2021/06/02/germany-attempts-to-square-the-circle-in-its-implementation-of-article-17-cdsmd-part-1/>

²¹⁷ *Entwurf eines Gesetzes zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des digitalen Binnenmarktes*, Drucksache 19/27426, 9. März 2021.

de menos de 15 segundos de conteúdo de áudio ou vídeo, 160 caracteres de texto ou 125 kb de uma imagem *ou* ter sido assinalado pelo utilizador como utilização abrangida por uma exceção²¹⁸. Os carregamentos que preencherem estes critérios não podem ser bloqueados por meios automáticos, devendo ser disponibilizados nas plataformas, sendo que o titular é notificado imediatamente que este carregamento foi detetado por um mecanismo de *content ID* como correspondendo a conteúdo protegido, devendo, para afastar a presunção, notificar o prestador de que pretende que o conteúdo seja removido, com respetiva notificação. Durante o processo de averiguação, que deve estar sujeito a controlo humano, os conteúdos devem permanecer na plataforma.

Apesar de entendermos que esta presunção constitui uma base legal robusta de proteção contra o bloqueio de utilizações legítimas, não deixamos de apresentar algumas reservas. Entendemos que a exigência de utilização de menos de metade das obras protegidas deixa de fora a proteção de situações em que a utilização de grandes partes de obras é necessária, nomeadamente no que toca à exceção da citação; parece-nos também que os limites máximos do terceiro critério são proibitivos, e lamentamos que tenham reduzido significativamente em relação à versão inicial do diploma²¹⁹. Estranhámos que não esteja abrangida pelo terceiro critério a indicação por parte do utilizador de que a sua utilização esteja protegida, por exemplo, por uma licença²²⁰.

Vemos ainda introduzido na versão final do diploma a suspensão deste garante *ex-ante* de utilizações legítimas, mesmo que preenchendo os critérios exigidos para que não possam ser bloqueados, quando estejam em causa conteúdos audiovisuais não publicados (p. ex. filmes que ainda não estrearam) ou enquanto a sua primeira comunicação ao público ainda decorre (p. ex. eventos desportivos a decorrer), justificada pelo facto de que o prejuízo económico do titular quanto a estes será provavelmente muito mais significativo do que quanto a conteúdos já em circulação, e por se entender improvável que a utilização em causa

²¹⁸ JULIA REDA e JOSCHKA SELINGER, *Germany attempts to square the circle in its implementation of Article 17 CDSMD – Part 1*, Kluwer Copyright Blog, 2 de junho de 2021 (04/01/2022), disponível em: <http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2021/06/02/germany-attempts-to-square-the-circle-in-its-implementation-of-article-17-cdsmd-part-1/>

²¹⁹ Versão inicial, em inglês:

https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/DiskE_II_Anpassung%20Urheberrecht_digitaler_Binnenmarkt_englischeInfo.pdf?__blob=publicationFile&v=4

²²⁰ JULIA REDA e JOSCHKA SELINGER, *Ob. Cit.*

seja legítima (p. ex. por o utilizador não ter ainda tido tempo para criar uma paródia ou crítica do conteúdo). Esta exceção difere fundamentalmente da proposta nas orientações da Comissão na medida em que, em vez de deixar completamente nas mãos dos titulares a decisão em relação ao que consideram causar prejuízos significativos, baseia-se em critérios objetivos de ponderação de risco, e parece-nos uma solução muito mais equilibrada²²¹.

O diploma alemão oferece também uma possível solução para um problema frequentemente apontado ao art. 17.º: o facto de este incentivar as plataformas à prática de *overblocking*, uma vez que as castiga pela disponibilização de conteúdos protegidos, mas já não pelo bloqueio de utilizações legítimas. O legislador alemão apresenta incentivos através da redução do risco de responsabilização na proteção de utilizações legítimas – as plataformas são obrigadas a manter disponíveis conteúdos que se presumem autorizados enquanto decorre o processo de reclamação, não podendo naturalmente ser responsabilizadas por estes neste período; e só poderão ser responsabilizadas no contexto do processo de reclamação se houver culpa no incumprimento das suas obrigações, pelo que não serão, em princípio, também responsabilizadas por manterem disponíveis conteúdos de licitude dúbia²²².

O diploma avança também um conjunto de medidas *ex-post* de combate aos usos indevidos ou abusivos dos mecanismos de bloqueio pelos titulares e de indicação de exceção pelo utilizador, o que garante a eficácia destes mecanismos, que dependem fortemente da prestação de informação correta por estes. Introduce também, de forma inovadora, a possibilidade de entidades (tanto públicas como de iniciativa privada) de defesa dos interesses dos utilizadores requererem injunções contra prestadores que apresentem repetidamente bloqueios indevidos. Mais se prevê um dever especial de informação das plataformas sobre os seus procedimentos de deteção e bloqueio (automáticos e não automáticos) de conteúdos protegidos, a ser prestado a investigadores, num esforço de

²²¹ JULIA REDA e PAUL KELLER, *European Commission back-tracks on user rights in Article 17 Guidance*, Kluwer Copyright Blog, 4 de junho de 2021 (02/01/2022), disponível em: <http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2021/06/04/european-commission-back-tracks-on-user-rights-in-article-17-guidance/>

²²² JULIA REDA e JOSCHKA SELINGER, *Germany attempts to square the circle in its implementation of Article 17 CDSMD – Part 2*, Kluwer Copyright Blog, 2 de junho de 2021 (04/01/2022), disponível em: <http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2021/06/03/germany-attempts-to-square-the-circle-in-its-implementation-of-article-17-cdsmd-part-2/>

reforço de transparência que nos parece muito útil, uma vez que permite a vigilância estatal das práticas dos prestadores através dos resultados da investigação e incentiva as plataformas a cumprir as suas obrigações neste âmbito²²³.

3. A Transposição Portuguesa

3.1. A Proposta de Lei 114/XIV/3

Desde o início do processo legislativo da Diretiva, Portugal mostrou-se a favor dos avanços legislativos nesta matéria, por entender necessário terminar com o «*princípio da neutralidade*» para este tipo de plataformas²²⁴.

Portugal foi um dos países que se mostrou contra a versão inicial das orientações da Comissão no que toca à introdução do conceito de probabilidade de ilicitude como critério para o bloqueio *ex-ante* de conteúdos, avançando que entendia que esta introdução excede a competência da Comissão nesta matéria.

A primeira tentativa portuguesa de transposição desta diretiva foi conturbada, tendo sido interrompida pela dissolução da Assembleia da República, na sequência do chumbo do Orçamento de Estado para 2022, e convocação de eleições. Achamos, ainda assim, relevante analisar o processo legislativo e a proposta em causa, e fazer alguns apontamentos.

A proposta de lei²²⁵ é publicada para apresentação a debate a 15 de outubro de 2021 em Diário da República. A transposição do art. 17.º da Diretiva vem sob a forma de um aditamento ao CDADC, inserido no final Título II (das utilizações da obra), Capítulo III (das utilizações em especial). É louvável esta opção, bem como a de não autonomizar esta matéria num diploma avulso, contrariando tendências legislativas recentes²²⁶, como é o caso do DL 7/2004.

²²³ Ibid.

²²⁴ Veja-se:

<https://observador.pt/2019/02/15/governo-portugues-apoiou-nova-diretiva-de-direitos-de-autor/>

²²⁵ Proposta de Lei 114/XIV/3.

²²⁶ DÁRIO MOURA VICENTE, *et al.*, Ob. Cit., p. 191.

As principais críticas apresentadas à proposta no debate da votação na generalidade relacionam-se com uma implementação demasiado fiel ao texto da Diretiva, não se aproveitando esta oportunidade para rever o CDADC com maior profundidade; sublinhou-se ainda que o processo por incumprimento do prazo de transposição pela Comissão levou a um processo legislativo apressado, sem audição das partes interessadas ou adaptação dos conceitos ao ordenamento jurídico português.

Optou-se, por exemplo, por não especificar o critério de «*quantidade significativa*» de obras na caracterização dos prestadores abrangidos, nem introduzir qualquer tipo de mecanismo de impedimento do bloqueio de carregamentos ao abrigo de utilizações livres, escolhendo a via de combate *ex-post* aos bloqueios indevidos através de reclamações. Verifica-se aqui a mesma incorreção cometida na transposição italiana, uma vez que se prevê que o cumprimento da obrigação de melhores esforços «*não prejudica*» utilizações legítimas, não se impondo aqui a obrigação de resultado que a Diretiva exige.

Como sabemos, Portugal tinha já implementado as utilizações livres para fins de citação, crítica e análise com a transposição da Diretiva 2000/31/CE, escolhendo-se agora adotar explicitamente e em geral, e não apenas no que toca a estes serviços, as exceções de caricatura, paródia ou *pastiche*.

Em relação ao critério de «*best efforts*», o legislador português escolheu implementar o uso de expressões diferentes nas alíneas a) e b) do n.º 4, como se via na tradução portuguesa da Diretiva. A tradução literal de «*best efforts*» em português corresponderia a «*esforços ótimos*» ou «*os melhores esforços*», e as expressões utilizadas na tradução portuguesa são «*todos os esforços*» na alínea a) do n.º 4, e «*os melhores esforços*» na alínea b), escolha que levanta alguns problemas, principalmente com a escolha de não especificar critérios para a averiguação do cumprimento desta obrigação. Adotar as mesmas expressões na transposição portuguesa parece-nos uma péssima escolha, principalmente por poder sugerir à aplicação nos tribunais de níveis de exigência diferentes onde o legislador europeu os quis iguais.

Acerca da identificação dos utilizadores individuais, encontramos no diploma uma «*confusão insanável*»²²⁷ - a Diretiva prevê, no n.º 9 do art. 17.º, continuarem a aplicar-se as

²²⁷ DÁRIO MOURA VICENTE, *et al.*, Ob. Cit., p. 194

regras gerais a este respeito, mas a redação proposta do art. 175.º-H parece proibir a identificação de utilizadores individuais sem mais, conduzindo aparentemente ao afastamento do regime decorrente do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados²²⁸. Sugere-se a supressão deste artigo, substituindo-o por uma mera remissão para o regime geral de proteção de dados²²⁹.

3.2. Sugestões para a Transposição

Tendo em conta que o processo legislativo quanto ao diploma em apreço foi interrompido, parece-nos pertinente apresentar algumas sugestões de abordagem alternativa, naquilo que nos parece este diploma mais falhar.

Deve haver um esforço de empregar técnica legislativa adequada e adaptação à realidade nacional, aproveitando para reformular alguns preceitos do CDADC em que se encontram erros ou que se considerem atualmente fazer pouco sentido, além do previsto na diretiva²³⁰, e sem que se faça uma «*cópia servil*» do texto desta²³¹.

Parece-nos interessante aproveitar a transposição do art. 17.º para integrar o DL 7/2004 no CDADC, implementando uma «*abordagem integral e sistemática*» que distinga as diferentes categorias de intermediários, e lhes faça corresponder o regime de responsabilidade aplicável²³². Entende-se que a transposição do artigo 17.º poderá resolver alguns problemas apresentados em relação a este, se elaborada com vista a uma correta ponderação dos interesses em causa, e permeada pelo princípio da proporcionalidade – vejamos.

Entendemos que as transposições das alíneas a) e b) do n.º 4 deste artigo devem ambas optar pela designação «*os melhores esforços*», ao invés da diferenciação entre os esforços exigidos, uma vez que se entende poder esta diferenciação facilmente induzir em erro em relação aos esforços exigidos. Devem seguir-se, no que consideramos adequado, as Orientações da Comissão, para evitar fragmentação. Parecem-nos razoáveis as orientações

²²⁸ Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de abril de 2016.

²²⁹ DÁRIO MOURA VICENTE, *et al.*, Ob. Cit., p. 194

²³⁰ NUNO SOUSA E SILVA, Ob. Cit., p. 249 e DÁRIO MOURA VICENTE, *et al.*, Ob. Cit., p. 178.

²³¹ NUNO SOUSA E SILVA, Ob. Cit., p. 268.

²³² SOFIA DE VASCONCELOS CASIMIRO, Ob. Cit., p. 77.

da Comissão no que toca ao que se deve considerar exigível aos prestadores em relação aos melhores esforços para obter autorizações, particularmente no que toca à procura de contacto com EGC e grandes titulares (uma vez que a quantidade de conteúdos que circulam nestas plataformas torna inexecutável o contacto com todos os titulares destes) e quanto à recusa de acordos razoáveis se considerar não preencher esta exigência; Sublinhando-se, porém, que este sistema só resultará eficaz para a justa remuneração dos titulares se conjugado com o estabelecimento de diferentes tipos de autorização nesta sede, e forte promoção do desenvolvimento do mercado de concessão de licenças. O papel das EGCs entende-se aqui essencial, uma vez que se entende que as negociações diretas entre pequenos titulares e prestadores resultam extremamente prejudicadas pelo profundo desequilíbrio de poder desta relação, mesmo que garantidas pelos termos dos artigos 18.º e seguintes da Diretiva, parecendo-nos também importante aplicar aqui o mecanismo de licenças coletivas com efeitos alargados do art. 12.º da Diretiva, pelo menos no que diz respeito a conteúdos quanto aos quais há dificuldade em identificar todos os titulares, ou quando os custos para obtenção de direitos individuais sejam proibitivamente altos, como previsto nas Orientações. Entende-se essencial também a introdução de mecanismos de mediação por autoridades estatais da negociação de autorizações entre prestadores e titulares, para compensar este desequilíbrio.

Entende-se essencial permear a exigência de melhores esforços da alínea b) por um juízo de proporcionalidade, em linha com as orientações da Comissão, e particularmente no que toca à aplicação de medidas técnicas de controlo, de forma a compatibilizar estas exigências com a liberdade de empresa. Parece-nos razoável a implementação dos critérios que devem ser tido em conta na averiguação do cumprimento desta obrigação, previstos no n.º 5, e a categorização, o mais informaticamente neutra possível (para garantir a compatibilidade com a evolução tecnológica destas medidas), de medidas que podem ser exigidas a estas plataformas para o cumprimento desta obrigação. Consideramos importante prever explicitamente que, em alguns casos, a única medida exigível será o bloqueio de conteúdos após notificação (por exemplo, quando a tecnologia de controlo não se encontra facilmente disponível no mercado, ou desenvolvida a determinado momento, como preveem as orientações), e ainda que as medidas exigíveis são limitadas pela proibição de imposição de obrigação geral de vigilância. Quanto a esta, parece-nos interessante a reconsideração do conceito pelo Advogado-geral no recurso da Polónia, que entendemos mais adequada à

evolução tecnológica nesta matéria, devendo prever-se que a imposição de vigilância de todos os conteúdos de uma plataforma através de medidas técnicas poderá ser exigida em certos casos, desde que em busca de *conteúdos específicos*. Reserva-se, todavia, naturalmente, a necessidade de adaptar a transposição ao desfecho deste caso, se possível, de forma a que a aplicação nacional seja compatível com o entendimento do TJUE.

A compatibilidade do n.º 4 com o n.º 7 é, como vimos, essencial, devendo prever-se garantias específicas da prevalência do segundo sobre o primeiro em situações de conflito (e formular a transposição deste n.º 7 de forma a que traduza verdadeiramente a obrigação de resultado que exige), para que se evite a estrangulação insustentável da liberdade de expressão, nomeadamente através do bloqueio *ex-ante* de utilizações legítimas por mecanismos de reconhecimento de conteúdo. Assim, parece-nos a melhor forma de prevenir estes bloqueios a introdução da proibição de bloqueio de conteúdos cuja ilicitude não seja manifesta²³³, como sugerem as Orientações, mas em termos semelhantes ao da transposição alemã – através da criação de uma presunção de utilização legítima, sujeita a um conjunto de critérios relacionados com a quantidade de obra utilizada (eventualmente um pouco menos proibitivos que os introduzidos pela transposição alemã), ou quando assinalada pelo utilizador como protegida por uma exceção, *ou abrangida por uma autorização*. Entende-se ainda razoável a suspensão desta presunção quando estejam em causa carregamentos significativamente prejudiciais ao autor e sensíveis ao fator tempo, mas sujeita aos critérios objetivos de ponderação de risco da transposição alemã, e não sujeita à vontade dos titulares.

Também as medidas de combate ao *overblocking* adotadas na transposição alemã nos parecem importantes, uma vez que é essencial contrabalançar o risco de responsabilização das plataformas com incentivos ao não bloqueio ou remoção de utilizações legítimas. Entendemos bom garante da eficácia deste sistema a introdução de medidas de combate à utilização abusiva dos mecanismos de bloqueio pelos titulares e das indicações de utilização legítima pelos utilizadores, bem como a possibilidade de entidades de representação dos interesses de utilizadores destas plataformas requererem injunções contra prestadores que apresentem repetidamente bloqueios indevidos, e a introdução de um

²³³ O art. 16.º, n.º 1 do DL 7/2004 prevê também o conceito de ilicitude manifesta. Como sublinhado na análise deste diploma, não se entende a introdução deste conceito aqui, pelo que se sugere, para evitar confusões, a supressão do conceito de ilicitude manifesta nas disposições relativas aos prestadores de serviços de armazenagem principal, a substituir pelo conceito de conhecimento efetivo.

especial dever de informação destes no que toca a fins de investigação, de forma a sujeitar os algoritmos de *content ID* ao escrutínio público²³⁴.

²³⁴ ALEXANDRE L. DIAS PEREIRA, “Os direitos de autor e os desafios da inteligência artificial: copyright ex machina?”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 150.º, n.º 4025, novembro-dezembro de 2020, p. 83.

Conclusão

Afigura-se claro que a abordagem jurisprudencial complexa e dissonante à questão que aqui analisamos justificava há muito uma intervenção legislativa no sentido de clarificar a legislação sobre prestadores de serviços de partilha de conteúdos em rede. Os problemas levantados nesta sede parecem demonstrar a necessidade de reformular profundamente a legislação europeia quanto ao tratamento dos serviços digitais, de forma a acompanhar a sua evolução, mas numa abordagem integral e sistemática, pelo que aguardamos com esperança o desenrolar de iniciativas legislativas como o *Digital Services Act*, por nos parecer um passo na direção certa, apesar de se levantarem já algumas questões quanto a este²³⁵.

Em relação à iniciativa legislativa que analisámos, não podemos concluir que solucione o problema que se propõe a resolver, por entendermos uma abordagem fragmentada cuja expansão de exclusividade que prevê falha em garantir remuneração adequada aos autores, pelo caminho introduzindo significativa insegurança jurídica e abrindo caminho para sufocos injustificados de direitos fundamentais. As alternativas que analisamos são dignas de nota, por preverem uma solução que garante efetivamente a remuneração dos titulares e acompanha a evolução das utilizações de obras na *internet*, apesar de apresentarmos reservas, nomeadamente no que toca às limitações que implica à liberdade contratual dos titulares, e a profunda reestruturação do sistema de direitos de autor que acarreta.

Vendo-nos vinculados à solução que existe, e não à que preferíamos, entendemos essencial a transposição da Diretiva de uma forma que se esforce por corrigir os problemas que esta cria, e pondere de forma equilibrada os direitos fundamentais em causa, cujo núcleo se poderá ver agredido por uma transposição não ciente dos riscos que a Diretiva introduz. Entendemos importante seguir, no que consideramos pertinente, as orientações da Comissão, de forma a evitar fragmentação jurídica (apesar de já se encontrarem concluídos alguns processos legislativos de transposição ao tempo (tardio) da emissão das Orientações), mas, como deixámos claro, entendemos que algumas das sugestões não garantem um equilíbrio justo dos interesses em causa, parecendo-nos assim adequado, nesses pontos, aproximar a nossa transposição à de EM que entendemos aplicarem de forma mais adequada os preceitos

²³⁵ NUNO SOUSA E SILVA, “Novas Regras para a Internet: Notas Breves sobre iniciativas europeias de regulação de plataformas digitais”, *Revista de Direito Intelectual*, n.º 1, 2021, pp. 75 a 102.

da Diretiva (como é o caso da Alemanha), com as necessárias adaptações ao ordenamento jurídico português.

Em conclusão, lamentamos que a evolução nesta matéria, como no Direito de Autor em geral, continue a ter lugar pela «*sucessiva acumulação de remendos legislativos*»²³⁶ para acolher novas formas de utilização possibilitadas pelas novas tecnologias, e entendemos essencial a integração destas disposições no nosso ordenamento jurídico que não se limite a uma cópia acrítica e inadequada de legislação já, por si, *obscura*. Deve pugnar-se pela modernização dos direitos de autor concretizando o seu papel jurídico-constitucional de «*instrumento da liberdade de criação cultural*», preservando e dignificando o papel do autor enquanto criador²³⁷ – o que nem sempre passará pelo reforço do exclusivo de exploração de uns, em detrimento da liberdade de criação de outros.

²³⁶ SOFIA DE VASCONCELOS CASIMIRO, “A convergência dos meios de comunicação e o direito de autor: tempos de mudança”, *Revista de Direito Intelectual*, 2016, n.º 1, pp. 179-203, p. 185.

²³⁷ ALEXANDRE L. DIAS PEREIRA, “A Modernização do Direito de Autor na União Europeia – O pacote legislativo da Comissão”, *Revista de Direito Intelectual*, 2017, n.º 2, pp. 7-21, p. 21

Bibliografia

AKESTER, PATRICIA, *Editores de imprensa versus Google: Batalha em solo francês*, dn_insider, 7 de setembro de 2020 (29/12/2021), disponível em:

<https://insider.dn.pt/opiniao/editores-de-imprensa-versus-google-batalha-em-solo-frances/25787/>

ALEXANDER, JULIA, *Youtubers and Record labels are fighting, and Record Labels keep winning*, 24 de Maio de 2019 (14/01/2022), disponível em:

<https://www.theverge.com/2019/5/24/18635904/copyright-youtube-creators-dmca-takedown-fair-use-music-cover>

ANGELOPOULOS, CHRISTINA e QUINTAIS, JOÃO PEDRO, “Fixing Copyright Reform: A Better Solution to Online Infringement”, *Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law*, 2019, n.º 10, pp.147-172, disponível em:

<https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-10-2-2019/4913>

ANGELOPOULOS, CHRISTINA, *YouTube and Cyando, Injunctions against Intermediaries and General Monitoring Obligations: Any Movement?*, Kluwer Copyright Blog, 9 de agosto de 2021 (20/01/2022), disponível em:

<http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2021/08/09/youtube-and-cyando-injunctions-against-intermediaries-and-general-monitoring-obligations-any-movement/>

BONADIO, ENRICO e SANTO, MAURO, “*Court of Milan holds video sharing platforms liable for copyright infringement*”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2012, vol. 7, n.º 1, pp. 14-16

CASALONGA, CAROLINE e GEVORKIAN, ANI, “The liability battle over online video-sharing platforms”, *Intellectual Property Magazine*, setembro de 2012, pp. 44-45

CASIMIRO, SOFIA DE VASCONCELOS, “A convergência dos meios de comunicação e o direito de autor: tempos de mudança”, *Revista de Direito Intelectual*, 2016, n.º 1, pp. 179-203

CASIMIRO, SOFIA DE VASCONCELOS, “Em defesa do artigo 17.º da Diretiva relativa aos direitos de autor e direitos conexos no mercado único digital: contextualização de uma evolução inevitável”, *Revista de Direito Intelectual*, 2019, n.º 2, pp. 57-77

CASIMIRO, SOFIA DE VASCONCELOS, “A responsabilidade das plataformas digitais pelos conteúdos de terceiros: o reposicionamento do direito de comunicação ao público no Acórdão YouTube e Cyando (processos C-682/18 e C-683/18)”, *Revista de Direito Intelectual*, 2021, n.º 2, pp. 271-278

COMISSÃO EUROPEIA, *Targeted consultation addressed to the participants to the stakeholder dialogue on Article 17 of the Directive on Copyright in the Digital Single Market*, Comissão Europeia, 27 de julho 2020 (29/12/2021), disponível em:

<https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/news/directive-copyright-digital-single-market-commission-seeks-views-participants-stakeholder-dialogue>

CREATE, *Evidence on the Implementation of the Copyright in Digital Single Market Directive (Directive (EU) 2019/790)*, CREATE Centre: University of Glasgow & reCreating Europe, disponível em:

<https://www.create.ac.uk/cdsm-implementation-resource-page/>

GATEAU, CHRISTINE *et al.*, *The French Supreme Court confirms that Dailymotion and an aggregator of RSS flows are both hosting services providers*, Lexology, 1 de Março de 2011, (18/03/2021) disponível em:

<https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=1fc53c40-cb31-440f-937f-8d2de627c752>

GINSBURG, JANE C., *The Court of Justice of the European Union Creates na EU Law of Liability for Facilitation of Copyright Infringement: Observations on Brein v. Filmspeler [C-527/15] (2017) and Brein v. Ziggo [C-610/15] (2017)*, SSRN, 22 de agosto de 2017 (20/01/2022), disponível em:

https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3024302

GRISSE, KARINA, “After the storm – examining the final version of Article 17 of the new Directive (EU) 2019/790”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2019, Vol. 14, n.º 11, pp. 997-899

HILTY, RETO M. e MOSCON, VALENTINA, *Modernisation of the EU Copyright Rules – Position Statement of the Max Planck Institute for Innovation and Competition*, Research Paper No. 17-12, Munique, Max Planck Institute for Innovation and Competition, 2017, disponível em:

<https://www.ip.mpg.de/en/publications/details/modernisation-of-the-eu-copyright-rules-position-statement-of-the-max-planck-institute-for-innovation-and-competition.html>

JÜTTE, BERND JUSTIN e GEIGER, CHRISTOPHE, *The EU Commission's Guidance on Article 17 of the Copyright in the Digital Single Market Directive* (Op-Ed), European Law Blog, 7 de junho de 2021 (02/01/2022), disponível em:

<https://eulawlive.com/op-ed-the-eu-commissions-guidance-on-article-17-of-the-copyright-in-the-digital-single-market-directive-by-bernd-justin-jutte-and-christophe-geiger/#>

JÜTTE, BERND JUSTIN e PRIORA, GIULIA, *On the necessity of filtering online content and its limitations: AG Saugmandsgaard Øe outlines the borders of Article 17 CDSM Directive*, Kluwer Copyright Blog, 20 de julho de 2021 ((29/12/2021), disponível em:

<http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2021/07/20/on-the-necessity-of-filtering-online-content-and-its-limitations-ag-saugmandsgaard-oe-outlines-the-borders-of-article-17-cdsm-directive/>

KAYE, DAVID, *Mandate of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression*, 13 de junho de 2018, disponível em:

<https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Opinion/Legislation/OL-OTH-41-2018.pdf>

KELLER, PAUL, *CJEU hearing in the Polish challenge to Article 17: Not even the supporters of the provision agree on how it should work*, Kluwer Copyright Blog, 11 de Novembro de 2020 (29/12/2021), disponível em:

<http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2020/11/11/cjeu-hearing-in-the-polish-challenge-to-article-17-not-even-the-supporters-of-the-provision-agree-on-how-it-should-work/>

MADIEGA, TAMBIAAMA, *Modernisation of European Copyright Rules: Directive on Copyright in the Digital Single Market*, Comissão de Assuntos Jurídicos do Parlamento Europeu (JURI), 20 de Novembro de 2019 (18/11/2021), disponível em:

<https://www.europarl.europa.eu/legislative-train/theme-legal-affairs-juri/file-jd-directive-on-copyright-in-the-digital-single-market>

MELLO, ALBERTO DE SÁ E, “A Diretiva (EU) 2019/790, relativa aos direitos de autor e direitos conexos no mercado único digital e os termos para a sua transposição em Portugal”, *Revista de Direito Intelectual*, 2019, n.º 2, pp. 15-33

MELLO, ALBERTO DE SÁ E, *Manual de Direito de Autor e Direitos Conexos*, 4.º ed., Coimbra, Almedina, 2020

MOORE, MATHEW, *Google funds website that spams for its causes*, The Times (Reino Unido), 2018, (06/09/2021) disponível em:

<https://www.thetimes.co.uk/article/google-funds-activist-site-that-pushes-its-views-rg2g5scr6t?CMP=Sprkr- -Editorial- -thetimes- -Unspecified- -TWITTER>

PACIFICO, PAUL, *Underground Lobbying*, Music Business Worldwide, 11 de setembro de 2018 (06/09/2021), disponível em:

<https://www.musicbusinessworldwide.com/underground-lobbying/>

PEGUERA, MIGUEL, *Telecinco v. YouTube: the ruling in its context*, ISP Liability, 26 de setembro de 2010, (16/03/2021) disponível em:

<https://ispliability.wordpress.com/2010/09/26/telecinco-v-youtube-the-ruling-in-its-context/>

PEGUERA, MIQUEL, *Is the Spanish implementation of Art. 17 CDSM compatible with EU Law?*, Kluwer Copyright Blog, 11 de novembro de 2021 (06/01/2022), disponível em:

<http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2021/11/11/is-the-spanish-implementation-of-art-17-cdsm-compatible-with-eu-law/>

PEREIRA, ALEXANDRE L. DIAS, *Gestão Individual e Coletiva do Direito de Autor e dos Direitos Conexos na Sociedade de Informação*, Direito da Sociedade da Informação, Vol. IV, 2003

PEREIRA, ALEXANDRE L. DIAS, “A Modernização do Direito de Autor na União Europeia – O pacote legislativo da Comissão”, *Revista de Direito Intelectual*, 2017, n.º 2, pp. 7-21

PEREIRA, ALEXANDRE L. DIAS, “Levies in EU copyright law: an overview of the CJEU’s judgements on the fair compensation of private copying and reprography”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2017, Vol. 12, n.º 7, pp. 591-600

PEREIRA, ALEXANDRE L. DIAS, *Comunicação ao Público: um “grande direito” na jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia?*, Direito da Propriedade Intelectual & Novas Tecnologias, Coimbra, Gestlegal, 2019, pp. 9-23

PEREIRA, ALEXANDRE L. DIAS, “Os Direitos De Autor No Mercado Único Digital Segundo A Diretiva 2019/790”, *Revista de Direito Intelectual*, 2019, n.º 2, pp. 35-56

PEREIRA, ALEXANDRE L. DIAS, “Os direitos de autor e os desafios da inteligência artificial: copyright ex machina?”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 150.º, n.º 4025, novembro-dezembro de 2020, pp. 66-84

QUINTAIS, JOÃO PEDRO, “The new copyright in the Digital Single Market Directive: a critical look”, *European Intellectual Property Review*, 2020, n.º 1, pp. 28-41

RAUER, NILS, *A country by country analysis of EU copyright reform implementation*, *Pinsent Masons*, 4 de março de 2021 (29/12/2021), disponível em:

<https://www.pinsentmasons.com/out-law/analysis/country-by-country-copyright-directive>

REDA, JULIA e SELINGER, JOSCHKA, *Germany attempts to square the circle in its implementation of Article 17 CDSMD – Part 1*, *Kluwer Copyright Blog*, 2 de junho de 2021 (04/01/2022), disponível em:

<http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2021/06/02/germany-attempts-to-square-the-circle-in-its-implementation-of-article-17-cdsmd-part-1/>

REDA, JULIA e SELINGER, JOSCHKA, *Germany attempts to square the circle in its implementation of Article 17 CDSMD – Part 2*, *Kluwer Copyright Blog*, 2 de junho de 2021 (04/01/2022), disponível em:

<http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2021/06/03/germany-attempts-to-square-the-circle-in-its-implementation-of-article-17-cdsmd-part-2/>

REDA, JULIA e KELLER, PAUL, *European Commission back-tracks on user rights in Article 17 Guidance*, Kluwer Copyright Blog, 4 de junho de 2021 (02/01/2022), disponível em:

<http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2021/06/04/european-commission-back-tracks-on-user-rights-in-article-17-guidance/>

REDA, JULIA e SELINGER, JOSCHKA, *YouTube/Cyando – an Important Ruling for Platform Liability – Part 1*, Kluwer Copyright Blog, 1 de julho de 2021 (20/01/2022), disponível em:

<http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2021/07/01/youtube-cyando-an-important-ruling-for-platform-liability-part-1/>

JULIA REDA/JOSCHKA SELINGER, *YouTube/Cyando – an Important Ruling for Platform Liability – Part 2*, Kluwer Copyright Blog, 1 de julho de 2021 (20/01/2022), disponível em:

<http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2021/07/01/youtube-cyando-an-important-ruling-for-platform-liability-part-2/>

ROSATI, ELEONORA, *DSM Directive Series #5: Does the DSM Directive mean the same thing in all language versions? The case of 'best efforts' in Article 17(4)(a)*, IP Kat, 22 de maio de 2019 (06/01/2022), disponível em:

<https://ipkitten.blogspot.com/2019/05/dsm-directive-series-5-does-dsm.html>

ROSATI, ELEONORA, *Towards the national transpositions of the DSM Directive: various techniques to... do as you please*, IP Kat, 24 de agosto 2021 (06/01/2022), disponível em:

<https://ipkitten.blogspot.com/2021/08/towards-national-transpositions-of-dsm.html>

SENFTLEBEN, MARTIN *et al.*, “The Recommendation on Measures to Safeguard Fundamental Rights and the Open Internet in the Framework of the EU Copyright Reform”, *European Intellectual Property Review*, 2018, n.º 3, pp. 149-163

SILVA, NUNO SOUSA E, “Subsídios para a transposição da Diretiva 2019/790”, *Revista de Direito Intelectual*, 2020, n.º 1, pp. 245-272

SILVA, NUNO SOUSA E, “Novas Regras para a Internet: Notas Breves sobre iniciativas europeias de regulação de plataformas digitais”, *Revista de Direito Intelectual*, n.º 1, 2021, pp. 75 a 102

SMITH, HELEN, *Copyright Reform in Europe: in Politics We trust*, Music Business Worldwide, 11 de setembro de 2018 (06/09/2021), disponível em:

<https://www.musicbusinessworldwide.com/copyright-reform-in-europe-in-politics-we-trust/>

VICENTE, DÁRIO MOURA *et al.*, “Nótula sobre as Propostas de Lei nos 113/XIV e 114/XIV em matéria de Direito de Autor e Direitos Conexos no Mercado Único Digital”, *Revista de Direito Intelectual*, 2021, n.º 2, pp. 177-197

WOJCICKI, SUSAN, *A final update on our priorities for 2018*, Blog oficial do YouTube, 22 de outubro de 2018 (06/09/2021), disponível em:

<https://blog.youtube/inside-youtube/a-final-update-on-our-priorities-for>

Legislação

UE:

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 comércio eletrónico*»)

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

Diretiva 2004/48/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de abril de 2004, relativa ao respeito dos direitos de propriedade intelectual (retificada a 30 de abril de 2004)

Diretiva (UE) 2019/790 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de abril de 2019, relativa aos direitos de autor e direitos conexos no mercado único digital e que altera as Diretivas 96/9/CE e 2001/29/CE

Diretiva 2014/26/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa à gestão coletiva dos direitos de autor e direitos conexos e à concessão de licenças multiterritoriais de direitos sobre obras musicais para utilização em linha no mercado interno

Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia

Comunicação da Comissão COM (2016) 593 final, Bruxelas, 14/09/2016

Comunicação da Comissão COM (2021) 288 final, Bruxelas, 04/06/2021

Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados)

PT:

Código de Direitos de Autor e Direitos Conexos (CDADC) (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 63/85, de 14 de Março, e alterado pelas Leis n.ºs 45/85, de 17 de Setembro, e 114/91, de 3 de Setembro, e Decretos-

Leis n.ºs 332/97 e 334/97, ambos de 27 de Novembro, pela Lei n.º 50/2004, de 24 de Agosto, pela Lei n.º 24/2006 de 30 de Junho e pela Lei n.º 16/2008, de 1 de Abril)

Decreto-lei 7/2004, de 7 de janeiro

Lei n.º 50/2004, de 24 de agosto, de alteração ao CDADC

Lei n.º 16/2008, de 1 de abril, de alteração ao CDADC

Proposta de Lei 114/XIV/3, que transpõe a Diretiva (UE) 2019/790, relativa aos direitos de autor e direitos conexos no mercado único digital, disponível em:

<https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleIniciativa.aspx?BID=121135>

Alemanha:

Entwurf eines Gesetzes zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des digitalen Binnenmarktes, Drucksache 19/27426, 9. März 2021, disponível em:

<https://dserver.bundestag.de/btd/19/274/1927426.pdf>

Espanha:

Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprovado pelo Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, e disponível em:

<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1996-8930>

Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, disponível em:

<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2002-13758>

Itália:

Decreto legislativo 9 aprile 2003, n.º 70, disponível em:

<https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.legislativo:2003:70>

França:

Loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, disponível em:

<https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/LEGITEXT000006068930/>

Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, disponível em:

<https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000801164/>

Loi n° 2019-775 du 24 juillet 2019 tendant à créer un droit voisin au profit des agences de presse et des éditeurs de presse, disponível em:

<https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000038821358/>

Ordonnance n° 2021-580 du 12 mai 2021 portant transposition du 6 de l'article 2 et des articles 17 à 23 de la directive 2019/790 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique et modifiant les directives 96/9/CE et 2001/29/CE, disponível em:

<https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000043496429>

Décret n° 2021-1369 du 20 octobre 2021 portant modification du code de la propriété intellectuelle et relatif à certains fournisseurs de services de partage de contenus en ligne, disponível em:

<https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000044229202>

Jurisprudência

UE:

Ac. do TJUE (Terceira Secção) de 24 de Novembro de 2011 *Scarlet Extended SA contra Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM)* (C-70/10), disponível em:

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:62010CJ0070>

Ac. do TJUE (Grande Secção) de 23 de Março de 2010 *Google France SARL e Google Inc. contra Louis Vuitton Malletier SA* (C-236/08), *Google France SARL contra Viaticum SA e Luteciel SARL* (C-237/08) e *Google France SARL contra Centre national de recherche en relations humaines (CNRRH) SARL e outros* (C-238/08) (processos apensos), disponível em:

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A62008CJ0236>

Ac. do TJUE (Grande Secção) de 12 de Julho de 2011 *L'Oréal SA e outros contra eBay International AG e outros* (C-324/09), disponível em:

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:62009CJ0324>

Ac. do TJUE (Terceira Secção) de 16 de fevereiro de 2012 *Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (SABAM) contra Netlog NV* (C-360/10), disponível em:

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:62010CJ0360>

Ac. do TJUE (Quarta Secção) de 13 de fevereiro de 2014 *Nils Svensson e outros contra Retriever Sverige AB* (C-466/12), disponível em:

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62012CJ0466>

Ac. do TJUE (Segunda Secção) de 8 de setembro de 2016 *GS Media BV contra Sanoma Media Netherlands BV e outros* (C-160/15), disponível em:

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=CELEX:62015CJ0160>

Ac. do TJUE (Segunda Secção) de 26 de abril de 2017 *Stichting Brein contra Jack Frederik Willems (Filmspeler)* (C-527-15), disponível em:

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62015CJ0527>

Ac. do TJUE (Segunda Secção) de 14 de junho de 2017 *Stichting Brein contra Ziggo BV e XS4ALL Internet BV* (C-610/15), disponível em:

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=ecli%3AECLI%3AEU%3AC%3A2017%3A456>

Ac. do TJUE (Grande Secção) de 22 de junho de 2021 *Frank Peterson contra Google LLC* (C-682/18) e *o. e Elsevier Inc. contra Cyando AG* (C-683/18), disponível em:

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:62018CJ0682&qid=1633874872343>

Recurso interposto em 24 de maio de 2019 – República da Polónia/Parlamento Europeu e Conselho da União Europeia (C-401/19) disponível em:

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/GA/TXT/?uri=CELEX:62019CN0401>

Ac. do TJUE (Terceira Secção) de 3 de outubro de 2019 *Eva Glawischnig-Piesczek contra Facebook Ireland Limited* (C-18/18), disponível em:

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:62018CJ0018>

Espanha:

Telecino v. YouTube, 20 de septiembre de 2010, *Juzgado de lo Mercantil número 7 de Madrid*, procedimiento número 150/2008, disponível em:

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openCDocument/da06cb75f07633d0b83618830a1308f3179e3f439af7b2cc>

Itália:

Tribunale di Roma, ordinanza 16 dicembre 2009, *Reti Televisive Italiane S.p.A. c. YouTube Llc*

Tribunale di Milano, *Reti Televisive Italiane S.p.A. v Italia On Line S.r.l.* sentenza n. 7680/11

Tribunale di Milano, Reti Televisive Italiane S.p.A. v Yahoo! Italia S.r.l. and Yahoo! Inc., sentenza n. 10893/2011

França:

Cour de cassation, première chambre civile, 14 janvier 2010 (06-18.855) "telecom italia (tiscali) / dargaud lombard, lucky comics", disponível em:

<https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000021701170/>

Cour de cassation, première chambre civile, Arrêt n° 165 du 17 février 2011 (09-67.896) "Dailymotion v Carion, Nord-Ouest Production et al.", disponível em:

<https://cdn2.nextinpact.com/media/dailymotion-arr-t.pdf>

Tribunal de grande instance de Paris 3ème chambre, 1ère section Jugement du 29 mai 2012 "TF1 v YouTube", disponível em:

<https://juriscom.net/wp-content/documents/tgiparis20120529.pdf>

Décision 20-MC-01 du 09 avril 2020, Autorité de la Concurrence, disponível em:

<https://www.autoritedelaconcurrence.fr/fr/decision/relative-des-demandes-de-mesures-conservatoires-presentees-par-le-syndicat-des-editeurs-de>

Cour d'appel de Paris, pôle 5, Chambre 7, Arrêt du 8 Octobre 2020, disponível em:

https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/appealsd/2020-10/ca_20mc01_oct20.pdf

Alemanha:

Landgericht Hamburg, Urteil vom 20.04.2012 - 310 O 461/10, disponível em:

<https://openjur.de/u/311130.html>