



Direitos de Autor

As recentes alterações legislativas

Maria Miguel Carvalho, Giulia Piora (Coord.)



UMinho Editora
Atas



JusGov
CENTRO DE INVESTIGAÇÃO EM JUSTIÇA E GOVERNAÇÃO

COORDENAÇÃO CIENTÍFICA

Maria Miguel Carvalho
Giulia Piora

AUTORES

Maria Miguel Carvalho
Giulia Piora
Alexandre L. Dias Pereira
Nuno Sousa e Silva
Tito Rendas
Pedro Dias Venâncio
Maria Victória Rocha

COORDENAÇÃO EDITORIAL

Manuela Martins
Maria Miguel Carvalho

DESIGN

Tiago Rodrigues

PAGINAÇÃO

Carlos Sousa | Talento & Tradição

EDIÇÃO UMinho Editora/JusGov

LOCAL DE EDIÇÃO Braga 2023

eISBN 978-989-9074-20-0

DOI <https://doi.org/10.21814/uminho.ed.128>

Direitos de Autor

As recentes
alterações legislativas

<i>Nota de abertura</i>	7
<i>Direitos de Autor: a crónica de uma transposição anunciada,</i> Maria Miguel Carvalho	9
<i>A nova exceção ao direito de autor para fins educativos e a sua transposição para o direito português,</i> Giulia Piora	27
<i>As novas exceções aos direitos de autor e o desenvolvimento da Inteligência Artificial na Europa: a prospeção de textos e dados,</i> Alexandre L. Dias Pereira	41
<i>Irrelevante ou revolucionário? O novo direito conexo do editor de imprensa,</i> Nuno Sousa e Silva	53
<i>Reflexões críticas sobre a transposição do artigo 17.º da Diretiva do Mercado Único Digital para o direito português,</i> Tito Rendas	69
<i>Reflexões para um regime dos serviços acessórios em linha dos organismos de radiodifusão,</i> Pedro Dias Venâncio	85
<i>Visual art works in the public domain (Article 14 of Directive 2019/790),</i> Maria Victória Rocha	99

Nota de abertura

O direito de autor está longe de estar escrito na pedra. O que constitui uma disciplina jurídica solidamente consolidada desde o século XVIII nos textos legislativos, na jurisprudência e nos manuais de direito é também um dos temas mais debatidos ao longo da evolução das nossas sociedades.

Notoriamente, o direito de autor passou por profundas transformações, sobretudo desde o advento da Internet. Na União Europeia, o desafio da dimensão digital da nossa produção e do nosso consumo de obras criativas levou a uma reforma abrangente iniciada em 2016 e que culminou, em 2019, com a adoção da Diretiva relativa aos direitos de autor e direitos conexos no mercado único digital (Diretiva UE 2019/790). Para além desta, também em 2019, foi aprovada a Diretiva (UE) 2019/789, que estabelece normas sobre o exercício dos direitos de autor e direitos conexos aplicáveis a determinadas transmissões em linha dos organismos de radiodifusão e à retransmissão de programas de televisão e de rádio. A transposição destas Diretivas deveria ter ocorrido até 7 de junho de 2021. Porém, tal não sucedeu em Portugal, apesar dos projetos legislativos desenvolvidos para o efeito.

Para assinalar o Dia Mundial da Propriedade Intelectual e antevendo a iminente aprovação dos diplomas legais que transporiam as referidas Diretivas, a Escola de Direito da Universidade do Minho e a Faculdade de Direito da Universidade NOVA de Lisboa, a partir da iniciativa das suas unidades de I&D, o Centro de Investigação em Justiça e Governação (JusGov) e o Centro de Investigação e Desenvolvimento sobre Direito e Sociedade (CEDIS)/NOVA IPSI, juntaram-se para organizar um momento de estudo, colaboração e discussão pública sobre as previsíveis novas regras do ordenamento jurídico português de proteção dos direitos autorais e conexos. O seminário, intitulado “Direitos de Autor. As alterações legislativas anunciadas”, teve lugar na Universidade do Minho, em Braga, no dia 26 de abril de 2023, tendo contado com a participação especial da Professora Eleonora Rosati.

Pouco depois da realização deste evento, em 19 de junho de 2023, foram publicados os Decretos-Leis n.º 46/2023 e n.º 47/2023, que procederam, finalmente, à transposição das Diretivas 2019/789 e 2019/790, pelo que pedimos ainda mais um esforço aos intervenientes no seminário: atualizar os textos que serviram de

base às respetivas intervenções. O resultado da sua resposta generosamente positiva integra esta obra coletiva, que será, certamente, uma das primeiras, se não mesmo a primeira, a abordar a transposição destas Diretivas para o ordenamento jurídico português.

Na qualidade de coorganizadoras e responsáveis científicas pela conferência, gostaríamos de aproveitar a oportunidade para expressar, uma vez mais, o nosso agradecimento ao público e a todos os oradores e moderadores que participaram no Seminário, contribuindo, inelutavelmente, para o seu sucesso e nesta obra coletiva, movidos pela paixão académica e pelo compromisso de informar e discutir os desenvolvimentos legislativos que afetarão a vida quotidiana e profissional de todos.

*Maria Miguel Carvalho*¹ e *Giulia Piora*²

1 Professora Associada com Agregação da Escola de Direito da Universidade do Minho. Diretora e Investigadora Integrada do Centro de Investigação em Justiça e Governação (JusGov).

2 Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade NOVA de Lisboa, Diretora do Centro de Conhecimento NOVA IPSI, Membro Integrado do Centro de Investigação e Desenvolvimento sobre Direito e Sociedade (CEDIS).

Direitos de Autor: A crónica de uma transposição anunciada¹

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.128.1>

Maria Miguel Carvalho²

Resumo

As Diretivas 2019/789 e 2019/790 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de abril de 2019, que estabelece m regras relativas aos direitos de autor e direitos conexos, careciam de ser transpostas para o nosso ordenamento jurídico até 7 de junho de 2021, o que acabou por ocorrer apenas em 19 de abril de 2023, com a publicação dos Decretos-Leis n.º 46/2019 e n.º 47/2019.

Com o objetivo de enquadrar e de servir de introdução às restantes intervenções deste seminário, cujos textos são agora publicados, depois da sinopse dos trabalhos conducentes à transposição daquelas Diretivas, debruçamo-nos, em especial, sobre a transposição da Diretiva 2019/790, por ser a que, em geral, tem suscitado mais celeuma. Considerando unicamente as alterações previstas ao Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos, referimos, muito brevemente, alguns dos pontos mais polémicos: as exceções e limitações ao direito de autor; o novo direito conexo do editor de imprensa e a utilização da obra por prestador de serviços de partilha de conteúdos em linha.

Palavras-chave

Direito de autor; Diretiva 2019/790; transposição; alteração do Código dos Direitos de Autor e Direitos Conexos.

1 Este texto serviu de base à intervenção da autora no Seminário a que respeita este livro de atas. Nessa altura, as Diretivas referidas no texto ainda não tinham sido transpostas para o direito português. No entanto, e dado que, entretanto, foram publicados – e já entraram em vigor – os Decretos-Leis que as transpuseram, entendemos proceder à atualização do texto, apesar de termos mantido o título da intervenção.

2 Professora Associada com Agregação da Escola de Direito da Universidade do Minho. Investigadora Integrada e Diretora do Centro de Investigação em Justiça e Governação (JusGov).

Sumário

Introdução; **I.** Sinopse dos trabalhos conducentes à transposição das Diretivas 2019/790 e 2019/789; **1.** A transposição da Diretiva 2019/790; **2.** A transposição da Diretiva 2019/789; **II.** A opção político-legislativa quanto à forma de transpor as Diretivas 2019/790 e 2019/789; **III.** A transposição da Diretiva 2019/790, em especial; **1.** Visão geral; **2.** As exceções e limitações ao Direito de Autor; **3.** O direito do editor de imprensa; **4.** A utilização da obra por prestador de serviços de partilha de conteúdos em linha.

Abstract

Directives 2019/789 and 2019/790 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2019, which set out rules on copyright and related rights, needed to be transposed into our legal system by 7 June 2021, which eventually only occurred on 19 April 2023, with the publication of DL no. 46/2019 and DL no. 47/2019.

To provide a framework and serve as an introduction to the other interventions in this seminar, whose texts are now published, after the synopsis of the proceedings leading to the transposition of those Directives, we focus in particular on the transposition of Directive 2019/790, as it is the one that, in general, has raised the most controversy. Considering only the amendments to the Portuguese Copyright Act, we will briefly mention some of the most controversial points: the exceptions and limitations to copyright; the new related right of the press publisher and the use of the work by a provider of online content sharing services.

Keywords

Copyright; Directive 2019/790; transposition; Portuguese Copyright Act amendment.

Summary

Introduction; **I.** Overview of the proceedings leading to the transposition of Directives 2019/790 and 2019/789; **1.** Transposition of Directive 2019/790; **2.** Transposition of Directive 2019/789; **II.** The legislative policy choice regarding the transposition of Directives 2019/790 and 2019/789; **III.** The transposition of Directive 2019/790 in particular; **1.** Overview; **2.** The exceptions and limitations to the copyright; **3.** The press publisher's right; **4.** The use of the work by a provider of online content sharing services.

Introdução

Como é sabido, até muito recentemente, existiam duas diretivas do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de abril de 2019, em matéria de Direitos de Autor e Direitos Conexos que careciam de ser transpostas para o nosso ordenamento jurídico.

Uma era a Diretiva (UE) 2019/789, que estabelece normas sobre o exercício dos direitos de autor e direitos conexos aplicáveis a determinadas transmissões em linha dos organismos de radiodifusão e à retransmissão de programas de televisão e de rádio³. A outra era a Diretiva (UE) 2019/790, relativa aos direitos de autor e direitos conexos no mercado único digital⁴. Doravante designá-las-emos, abreviada e respetivamente, por Diretivas 2019/789 e 2019/790.

Em ambos os casos, o prazo de transposição – 7 de junho de 2021 – há muito fora ultrapassado (arts. 12.º e 13.º da Diretiva 2019/789 e 31.º e 29.º da Diretiva 2019/790). Porém, até àquela data, apenas quatro Estados-Membros tinham transposto e comunicado as medidas nacionais de transposição relativamente às duas Diretivas e a Diretiva 2019/789 tinha sido transposta somente noutros dois⁵. Por isso, em 23 de julho daquele ano, a Comissão Europeia iniciou procedimentos de infração, através do envio de cartas de notificação para cumprir, respetivamente, contra vinte e um⁶ e vinte e três Estados-Membros⁷ e, dado que aquela situação se mantinha em relação, respetivamente, a dez⁸ e a treze⁹ Estados-Membros, em 19 de maio de 2022, enviou-lhes pareceres fundamentados para que, no prazo de dois meses, corrigissem e/ou adotassem as medidas nacionais de transposição das Diretivas.

Todavia, considerando que, entretanto, o referido quadro não sofrera alterações em cinco Estados-Membros relativamente à Diretiva 2019/789 e em seis Estados-Membros no

3 JO L 130, de 17.5.2019, pp. 82-91 (ELI: <http://data.europa.eu/eli/dir/2019/789/oj>).

4 JO L 130, de 17.5.2019, pp. 92-125 (ELI: <http://data.europa.eu/eli/dir/2019/790/oj>).

5 Transpuseram atempadamente ambas: a Alemanha, a Hungria, Malta e os Países Baixos. Transpuseram atempadamente apenas a Diretiva 2019/789 a Dinamarca e a Suécia.

6 No caso da transposição da Diretiva 2019/789, foram notificados os seguintes Estados-Membros: Áustria, Bélgica, Bulgária, Chipre, República Checa, Estónia, Grécia, Espanha, Finlândia, França, Croácia, Irlanda, Itália, Lituânia, Luxemburgo, Letónia, Polónia, Portugal, Roménia, Eslovénia e Eslováquia (<https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/news/copyright-commission-calls-member-states-comply-eu-rules-copyright-digital-single-market>).

7 No caso da transposição da Diretiva 2019/790, foram notificados os seguintes Estados-Membros: Áustria, Bélgica, Bulgária, Chipre, República Checa, Dinamarca, Estónia, Grécia, Espanha, Finlândia, França, Croácia, Irlanda, Itália, Lituânia, Luxemburgo, Letónia, Polónia, Portugal, Roménia, Suécia, Eslovénia e Eslováquia (<https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/news/copyright-commission-calls-member-states-comply-eu-rules-copyright-digital-single-market>).

8 Bulgária, Chipre, Grécia, Irlanda, Letónia, Polónia, Portugal, Eslovénia, Eslováquia e Finlândia (<https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/news/copyright-commission-urges-member-states-fully-transpose-eu-copyright-rules-national-law>).

9 Bélgica, Bulgária, Chipre, Dinamarca, Grécia, França, Letónia, Polónia, Portugal, Eslovénia, Eslováquia, Finlândia e Suécia (<https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/news/copyright-commission-urges-member-states-fully-transpose-eu-copyright-rules-national-law>).

que respeita à Diretiva 2019/790, incluindo, em ambos os casos, Portugal¹⁰, a Comissão Europeia acabou por intentar, em 16 de março de 2023, uma ação no Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), tal como previsto nos arts. 258.º e ss. do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE).

Na verdade, como referiremos, em setembro de 2021 e, portanto, já posteriormente à receção da carta de notificação para cumprir referida acima, o Governo português apresentou duas propostas legislativas, que acabaram por caducar. Mais recentemente, foram publicadas duas (novas) leis de autorização legislativa respeitantes a estas iniciativas e, entretanto, foram publicados o DL n.º 46/2023 e o DL n.º 47/2023, ambos de 19 de junho, que procederam, final e respetivamente, à transposição das Diretivas 2019/789 e 2019/790. É sobre estes diplomas legais que esta intervenção incidirá e, em especial, sobre a transposição da Diretiva 2019/790, em jeito de enquadramento e de introdução aos textos que se seguem.

I. Sinopse dos trabalhos conducentes à transposição das Diretivas 2019/790 e 2019/789

As diretivas de que nos ocupamos integram-se num pacote legislativo que visou concretizar a Estratégia para o Mercado Único Digital.

1. A transposição da Diretiva 2019/790

A Diretiva 2019/790¹¹ estabelece normas que visam uma maior harmonização do direito da União aplicável no mercado interno, atendendo, em especial, a que a rápida evolução tecnológica, que provocou mudanças relativamente à criação, produção, distribuição e exploração das obras; o surgimento de novos modelos empresariais e as utilizações transfronteiriças em contexto digital aumentam a insegurança jurídica para todos os intervenientes (prestadores de serviços de partilha em linha, titulares de direitos e utilizadores).

Como referimos, foi aprovada na reunião do Conselho de Ministros, de 23 de setembro de 2021, a Proposta de Lei n.º 114/XIV/3.¹² que autorizava o governo a transpor para o ordenamento jurídico português a Diretiva 2019/790.

Esta proposta – que deu entrada no Parlamento, como autorização legislativa, em 28 de setembro de 2021, tendo sido admitida no dia seguinte¹³ – foi discutida na generalidade na Assembleia da República (AR) em 20 de outubro¹⁴ e, no seguimento

10 Para além de Portugal, foram também referidos, a Bulgária, a Finlândia, a Letónia, a Polónia e, relativamente à Diretiva 2019/790, a Dinamarca também integrou aquela lista.

11 *JOL* 130, 17.5.2019, pp. 92-125.

12 V. <https://www.portugal.gov.pt/pt/gc22/governo/comunicado-de-conselho-de-ministros?i=445>. O texto da referida proposta foi publicado no DR II, série A, n.º 7, 2021.09.28, da 3.ª SL da XIV Leg (pp. 50-74).

13 Para mais detalhes sobre esta iniciativa, v. <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=121135>.

14 V. <https://debates.parlamento.pt/catalogo/r3/dar/01/14/03/013/2021-10-21/26?pgs=26-33&org=PLC>.

da apresentação de um requerimento para baixar à Comissão de Cultura e Comunicação, foi aprovada, por unanimidade, na Reunião Plenária n.º 15, em 22 de outubro de 2021. Porém, com a dissolução da Assembleia da República, na sequência da rejeição da Proposta de Lei do Orçamento do Estado para 2022, esta iniciativa caducou.

Já na nova legislatura, em 23 de maio de 2022, foi apresentado o “Projeto de Resolução n.º 64/XV/1.^a (PSD) – Pela transposição para o ordenamento jurídico português da Diretiva (UE) 2019/789, que estabelece normas sobre o exercício do direito de autor e direitos conexos aplicáveis a determinadas transmissões em linha dos organismos de radiodifusão e à retransmissão de programas de televisão e de rádio e da 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”, que, depois de votado em 8 de julho de 2022, deu origem à Resolução que “Recomenda ao Governo a transposição das Diretivas (UE) 2019/789 e (UE) 2019/790, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de abril de 2019, relativas a direitos de autor e direitos conexos”¹⁵.

Não obstante, só em 24 de novembro de 2022 viria a ser aprovado na reunião do Conselho de Ministros¹⁶ o projeto de decreto relativo à Proposta de Lei n.º 52/XV/1.^a (GOV), que deu entrada na Assembleia da República, a 28 de novembro¹⁷, como pedido de autorização legislativa. Este projeto foi aprovado na generalidade, especialidade e em votação final global a 26 de janeiro de 2023, para subsequente envio ao Presidente da Comissão de Cultura, Comunicação, Juventude e Desporto e, depois de ter sido promulgada a lei de autorização legislativa, em 16 de março e referendada no dia seguinte, foi então publicada, no Diário da República, a Lei n.º 11/2023, de 22 de março, com validade por 180 dias. Encontrava-se, entretanto, desde 7 de março e até 25 de abril, em consulta pública aquela proposta de lei, que contou com trinta e quatro comentários¹⁸. Por fim, foi aprovado no Conselho de Ministros de 25 de maio de 2023 e publicado em 19 de junho o DL n.º 47/2023, que transpõe a Diretiva (UE) 2019/790, que entrou em vigor em 4 de julho de 2023 (art. 15.º, n.º 1), com exceção da alteração ao art. 195.º do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos (CDADC)¹⁹, que entrará em vigor a 1 de janeiro de 2024 (art. 15.º, n.º 2).

Esta proposta legislativa não era, porém, e como já referimos, a única em curso, em matéria de Direitos de Autor e Direitos Conexos.

15 V. <https://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063484d364c793968636d356c6443397a6158526c63793959566b786c5a79394562324e31625756756447397a5357357059326c6864476c3259533969597a56685a5449355a6930324f4468684c5452685a6d55744f5441794e6931684e444533596d4d354e444a684f5463755a47396a&fich=bc5ae29f-688a-4afe-9026-a417bc942a97.doc&Inline=true>.

16 V. <https://www.portugal.gov.pt/pt/gc23/governo/comunicado-de-conselho-de-ministros?i=521>.

17 V. <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetailheIniciativa.aspx?BID=152096>.

18 V. https://www.consultalex.gov.pt/ConsultaPublica_Detail.aspx?Consulta_Id=294.

19 Aprovado pelo DL n.º 63/85, de 14 de março.

2. A transposição da Diretiva 2019/789

A Diretiva 93/83/CEE do Conselho, de 27 de setembro de 1993, regulou a coordenação de determinadas disposições em matéria de direito de autor e direitos conexos aplicáveis à radiodifusão por satélite e à retransmissão por cabo²⁰. Esta Diretiva, que já se encontra transposta pelo Decreto-Lei n.º 333/97, de 27 de novembro, foi alterada pela Diretiva 2019/789²¹, que estabelece normas sobre o exercício dos direitos de autor e direitos conexos aplicáveis a *determinadas transmissões em linha* dos organismos de radiodifusão e à retransmissão de programas de televisão e de rádio, correspondendo a uma necessidade que se fazia sentir há muito²².

A Diretiva 2019/789 estabelece regras destinadas a melhorar o acesso transfronteiriço a um maior número de programas televisivos e radiofónicos, facilitando o apuramento dos direitos para a prestação de serviços em linha acessórios às transmissões de determinados tipos de programas de televisão e de rádio e para a retransmissão de tais programas e, ainda, regras relativas à transmissão de programas de televisão e de rádio pelo processo de injeção direta (art. 1.º).

Pouco depois do início dos trabalhos relativos à apresentação da Proposta de transposição da Diretiva 2019/790, deu entrada na AR o pedido de autorização legislativa relativo à transposição para a ordem jurídica interna da Diretiva 2019/789²³ que, depois de ter caducado, foi substituída pela Proposta de Lei n.º 51/XV, visada na Lei n.º 7/2023, de 27 de fevereiro, com validade de 90 dias²⁴. A consulta pública decorreu entre 22 de fevereiro e 7 de março de 2023, tendo contado com seis comentários²⁵ e, em 27 de abril, o Conselho de Ministros aprovou o DL n.º 46/2023, que viria a ser publicado em 19 de junho no Diário da República e entrou em vigor no dia seguinte.

II. A opção político-legislativa quanto à forma de transpor as Diretivas 2019/790 e 2019/789

A primeira decisão do legislador português que importa aqui destacar respeita ao modo como este formalizou a transposição das Diretivas em análise e que consistiu

20 JO L 248, de 6.10.1993, pp. 15-21 (ELI: <http://data.europa.eu/eli/dir/1993/83/oj>). Sobre esta Diretiva, cfr., nesta obra, Pedro Dias Venâncio, “Reflexões para um regime dos serviços acessórios em linha dos organismos de radiodifusão”, *infra*, pp. 83 e ss.

21 A versão consolidada pode ser consultada em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A01993L0083-20190606>.

22 Cfr., entre nós, Sofia de Vasconcelos Casimiro, “A convergência dos meios de comunicação social e o Direito de Autor – tempos de mudança”, *Revista de Direito Intelectual*, 1 (2016), pp. 179-204.

23 O *iter* legislativo desta outra proposta (Proposta de Lei n.º 113/XIV) pode ser consultado em: <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetailIniciativa.aspx?BID=121134>.

24 O *iter* legislativo desta proposta pode ser consultado em: <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetailIniciativa.aspx?BID=152095>.

25 V. https://www.consultalex.gov.pt/ConsultaPublica_Detail.aspx?Consulta_Id=286.

em aprovar diplomas legais *específicos* para cada uma delas²⁶, que implicam diversas alterações à legislação atualmente em vigor.

No que respeita à transposição da Diretiva 2019/790, esta implicou a modificação do CDADC, do Decreto-Lei n.º 122/2000, de 4 de julho (que transpõe para a ordem jurídica interna a Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho n.º 96/9/CE de 11 de março, relativa à proteção jurídica das bases de dados²⁷) e ainda da Lei n.º 26/2015, de 14 de abril (que regula as entidades de gestão coletiva do direito de autor e dos direitos conexos, inclusive quanto ao estabelecimento em território nacional e a livre prestação de serviços das entidades previamente estabelecidas noutro Estado-Membro da União Europeia ou do Espaço Económico Europeu e revoga a Lei n.º 83/2001, de 3 de agosto).

A transposição da Diretiva 2019/789 assentou na aprovação de um diploma legal, o DL n.º 46/2023 e na alteração do DL n.º 333/97, de 27 de novembro (radiodifusão por satélite e retransmissão por cabo).

Esta opção concretiza, assim, uma decisão de não reformar amplamente o CDADC (teimando em não acolher o que é, há tantos anos, reclamado pela doutrina²⁸), o que – podendo à partida ser justificado pelo atraso na transposição das Diretivas – deixa de fazer (tanto) sentido, dado que a transposição já estava em estudo, pelo menos, desde 2021. É que, mesmo que se considerasse inviável uma reforma profunda do CDADC, tal não obstaria a que fossem introduzidas alterações pontuais mais prementes²⁹, como foi em tempo assinalado, nomeadamente, pela Associação Portuguesa de Direito Intelectual (APDI), sem que se possa justificar tal omissão com a finalidade exclusiva da transposição das Diretivas, pois “o legislador propõe algumas intervenções, designadamente em matéria penal, sem qualquer relação com as normas europeias”³⁰.

Por outro lado, a transposição da Diretiva 2019/789 concretizada no DL n.º 46/2023 incorre ainda noutras críticas que, de resto, já tinham sido apontadas às propostas legislativas que o antecederam. Uma é que, atenta a diluição da transposição por dois diplomas, não só se enfraquece a codificação, como é dificultada a tarefa da interpretação e aplicação do Direito³¹. Outra decorre da inclusão de uma remissão,

26 Diferentemente do que aconteceu, p.e., em Espanha (v. *Real Decreto 24/2021, de 2 de noviembre*).

27 *JO L 77, 27.3.1996*, pp. 20-28 (ELI: <http://data.europa.eu/eli/dir/1996/9/oj>).

28 Referimo-nos à “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” (Dário Moura Vicente/J. P. Remédio Marques/Nuno Sousa e Silva/Sofia de Vasconcelos Casimiro), *Revista de Direito Intelectual*, 2 (2021), pp. 177-197. Com efeito, como foi referido num dos contributos apresentados à Proposta de Lei n.º 114/XIV, existindo consenso na doutrina portuguesa quanto à necessidade de reforma do CDADC, a transposição da Diretiva 2019/790 e da Diretiva 2019/789, propiciá-la-iam (pp. 178 e ss.).

29 Para uma sùmula, cfr. Dário Moura Vicente/J. P. Remédio Marques/Nuno Sousa e Silva/Sofia de Vasconcelos Casimiro, “Nótula...”, *cit.*, pp. 178 e ss.

30 P. 179 da “Nótula...”, *cit.*

31 Dário Moura Vicente/J. P. Remédio Marques/Nuno Sousa e Silva/Sofia de Vasconcelos Casimiro, “Nótula...”, *cit.*, p. 180 e p. 196.

no art. 5.º, n.º 1, do DL n.º 46/2023, para uma norma – o art. 7.º do DL n.º 333/97, de 27 de novembro – cujo n.º 3 (que impõe a arbitragem obrigatória quando não haja acordo sobre a autorização da retransmissão por cabo) foi declarado inconstitucional por ofensa do art. 165.º, n.º 1, alínea p), da Constituição da República Portuguesa³². Acresce ainda que foram omitidos aspetos constantes da Diretiva 2019/789 que deveriam ser previstos, como é o caso do regime transitório relativamente aos acordos sobre o exercício de direitos de autor e direitos conexos aplicáveis aos atos de comunicação ao público e de colocação à disposição do público de obras ou outros materiais protegidos, com ou sem fios, de modo que este possa aceder aos mesmos em local e data da sua escolha, que ocorram no decurso da prestação de um serviço acessório em linha, bem como aos atos de reprodução necessários à prestação, acesso ou utilização desses serviços acessórios em linha. Com efeito, o art. 11.º da Diretiva determina que aqueles que estivessem em vigor em 7 de junho de 2021 só ficam sujeitos ao disposto no art. 3.º a partir de 7 de junho de 2023, se caducarem após essa data. Como já se sabe, a Diretiva não foi transposta atempadamente, não estando, portanto, em vigor nem em 7 de junho de 2021, nem em 7 de junho de 2023. Não obstante, o DL n.º 46/2023 estabelece, no n.º 2 do art. 10.º, que os acordos que estivessem em vigor em 7 de junho de 2021 e estejam em vigor em 7 de junho de 2023 se regem pelos arts. 3.º e 4.º daquele Decreto-Lei. Ou seja, não só não estabelece nenhum regime transitório, como – limitando-se a regular a aplicação da lei no tempo – faz aplicar o regime jurídico ali fixado retroativamente, uma vez que o mesmo só entrou em vigor a 20 de junho de 2023...

III. A transposição da Diretiva 2019/790, em especial

A transposição da Diretiva 2019/790 tem, em geral, suscitado mais celeuma, pelo que cingiremos a nossa exposição à proposta que lhe respeita e, por razões de economia, referiremos, muito brevemente, alguns dos pontos mais polémicos, considerando unicamente as alterações previstas ao CDADC.

1. Visão geral

As alterações a introduzir no CDADC previstas nos arts. 13.º, 5.º, 3.º e 7.º do DL n.º 47/2023 incluem, respetivamente, para além da revogação³³, do aditamento³⁴ e de modificações de normas³⁵, outras respeitantes à sistematização do Código³⁶, de

32 V. Acórdão n.º 102/2016 do Tribunal Constitucional, de 23 de fevereiro (<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20160102.html>).

33 São revogados: a alínea n) do n.º 1 do art. 2.º [o DL n.º 47/2023 refere-se, tal como já o fazia a Proposta, ao n.º 2 do art. 2.º do CDADC. Contudo, o n.º 2 não tem qualquer alínea], os arts. 49.º e 191.º e os n.ºs 5, 6 e 7 do art. 221.º.

34 V. arts. 39.º-A, 44.º-A, 44.º-B, 44.º-C, 44.º-D, 44.º-E, 44.º-F, 74.º-A, 74.º-B, 74.º-C, 74.º-D, 74.º-E, 175.º-A, 175.º-B, 175.º-C, 175.º-D, 175.º-E, 175.º-F, 175.º-G, 175.º-H, 175.º-I, 188.º-A e 188.º-B.

35 V. arts. 14.º, 26.º-A, 31.º, 75.º, 76.º, 105.º, 144.º, 170.º, 176.º, 183.º, 189.º, 192.º, 195.º, 196.º e 221.º, que já constavam da Proposta legislativa e ainda as alterações aos arts. 82.º, 149.º, 184.º e 217.º, que foram incluídos no art. 3.º do DL n.º 47/2023.

36 V. art. 7.º.

que se destaca a introdução de uma nova secção – a Secção XI, no Capítulo III do Título II, com a epígrafe “da utilização da obra por prestador de serviços de partilha de conteúdos em linha”, que agrega os (novos) arts. 175.º-A a 175.º-I.

Considerando a relevância e a extensão das alterações introduzidas ao CDADC – que abarcam as matérias correspondentes à transposição da referida Diretiva, assumindo-se, expressamente, a “opção consciente” de seguir “uma lógica de elevada proximidade” com o texto da Diretiva³⁷ –, justificava-se a republicação deste diploma, o que não sucedeu.

No que respeita à entrada em vigor destas alterações, prevê-se no n.º 1 do art. 15.º do DL n.º 47/2023 uma *vacatio legis* de quinze dias – previsão que (apesar de ser, na nossa opinião, mais sensata do que a entrada em vigor no dia seguinte à publicação no Diário da República, que chegou a constar da primeira Proposta legislativa³⁸), considerando a importância das modificações visadas, nos parece excessivamente curta³⁹. Na versão que acabou por ser aprovada, estabelece-se ainda especificamente que a alteração do art. 195.º apenas entra em vigor a 1 de janeiro de 2024.

O DL n.º 47/2021 inclui também uma norma respeitante à aplicação no tempo, onde se registaram alterações significativas relativamente ao teor da proposta que o precedeu. Por um lado, em linha com o art. 26.º, n.º 1, da Diretiva 2019/790, estabelece-se no n.º 2 do art. 14.º que este regime não se aplica às obras e outro material protegido que não estejam protegidos por direito de autor ou outros direitos conexos antes de 7 de junho de 2021. Por outro, no n.º 1 do art. 14.º (numa inversão da sistematização lógica relativamente ao disposto no n.º 2, diga-se), prevê-se que os direitos conferidos no art. 188.º-A do CDADC, com a redação introduzida pelo presente decreto-lei, não se aplicam às publicações de imprensa publicadas pela primeira vez antes do dia 6 de junho de 2019, assim se corrigindo o regime diretamente oposto que constava, por lapso, do art. 10.º, n.º 1, da Proposta⁴⁰ e que, assim, passa a respeitar o disposto no art. 15.º, n.º 4, da Diretiva.

Finalmente, foi incluída no DL n.º 47/2023 uma disposição transitória – o art. 12.º – que não constava da Proposta que o precedeu.

Por razões de economia e atendendo à já referida finalidade introdutória desta exposição, assinalaremos apenas três das principais alterações visadas, começando pelas exceções e limitações ao direito de autor.

37 V. Preâmbulo do DL n.º 47/2023.

38 V. art. 11.º da proposta 114/XIV. Previa-se ainda uma exceção respeitante ao art. 44.º-B do DL n.º 63/85, de 14 de março, na redação dada pelo presente decreto-lei, que entraria em vigor a 7 de junho de 2022.

39 Advogando um prazo nunca inferior a um mês, cfr. Dário Moura Vicente/J. P. Remédio Marques/Nuno Sousa e Silva/Sofia de Vasconcelos Casimiro, “Nótula...”, *cit.*, p. 181.

40 Proposta que incluía um n.º 2, que desapareceu no DL n.º 47/2023.

2. As exceções e limitações ao direito de autor

O art. 75.º, n.º 2, do CDADC já continha vinte alíneas que previam utilizações livres de obras protegidas por direitos de autor. E, entre essas, as alíneas e) e f) permitiam, respetivamente, “a reprodução, no todo ou em parte, de uma obra que tenha sido previamente tornada acessível ao público, desde que tal reprodução seja realizada por uma biblioteca pública, um arquivo público, um museu público, um centro de documentação não comercial ou uma instituição científica ou de ensino, e que essa reprodução e o respectivo número de exemplares se não destinem ao público, se limitem às necessidades das actividades próprias dessas instituições e não tenham por objectivo a obtenção de uma vantagem económica ou comercial, directa ou indirecta, incluindo os actos de reprodução necessários à preservação e arquivo de quaisquer obras” e “a reprodução, distribuição e disponibilização pública para fins de ensino e educação, de partes de uma obra publicada, contando que se destinem exclusivamente aos objectivos do ensino nesses estabelecimentos e não tenham por objectivo a obtenção de uma vantagem económica ou comercial, directa ou indirecta”.

A Diretiva 2019/790, preservando o *acquis communautaire*, estabelece normas para adaptar certas exceções e limitações aos direitos de autor e direitos conexos aos meios digital e transfronteiriços, nomeadamente, mas não em exclusivo, no âmbito da difusão de obras fora do circuito comercial e de outro material protegido, e da disponibilidade em linha de obras audiovisuais em plataformas de vídeo a pedido, bem como regras para facilitar a utilização de conteúdos que estão no domínio público (Considerandos 3 e 4).

Considerando que, nos domínios da inovação, da educação e da conservação do património cultural, as tecnologias digitais permitem novos tipos de utilização, não abarcados pelas exceções e limitações previstas, *facultativamente*, até então no Direito de Autor da UE⁴¹, particularmente relevantes no âmbito das utilizações transfronteiriças, a Diretiva 2019/790 determina a introdução de exceções e limitações ao direito de reprodução e de extração do conteúdo de bases de dados *imperativas* para a utilização de tecnologias de prospeção de textos e dados no domínio da investigação científica, para a ilustração didática no contexto digital e para a conservação do património cultural (Considerandos 5 e ss. e arts. 3.º a 6.º)^{42/43}.

Estas exceções, que apenas serão aplicadas em casos especiais que não entrem em conflito com a exploração normal das obras ou outro material protegido e não

41 Sobre estas, cfr. Tito Rendas, *Exceptions in EU Copyright Law: In Search of a Balance Between Flexibility and Legal Certainty*, Wolters Kluwer, 2021.

42 De todo o modo, determina que as exceções e limitações previstas no direito da União deverão continuar a ser aplicadas, nomeadamente às atividades de prospeção de textos e dados, à educação, às atividades no domínio da conservação, desde que essas atividades não limitem o âmbito das exceções ou limitações obrigatórias.

43 Cfr., ainda nesta obra, Giulia Piora, “A nova exceção ao direito de autor para fins educativos e a sua transposição para o direito português”, pp. 27 e ss., e Alexandre L. Dias Pereira, “As novas exceções aos direitos de autor e o desenvolvimento da Inteligência Artificial na Europa: a prospeção de textos e dados”, pp. 41 e ss.

prejudiquem injustificadamente os interesses legítimos dos titulares de direitos (Considerando 6), visam o equilíbrio dos interesses em conflito: titulares de direitos e utilizadores.

Neste contexto, merece ainda especial referência a previsão respeitante à utilização de obras e outro material protegido *fora do circuito comercial* por instituições responsáveis pelo património cultural.

As obras ou outro material protegido estão fora do circuito comercial quando se possa presumir de boa-fé que não estão acessíveis ao público através dos canais habituais de comércio depois de se efetuar um esforço razoável para determinar a sua disponibilidade ao público (art. 8.º, n.º 5, 1.ª parte, da Diretiva).

Por um lado, atendendo a que pode ser difícil obter a prévia autorização dos titulares de direitos, a Diretiva determina que os Estados-Membros têm de prever mecanismos que permitam que as licenças emitidas por entidades de gestão coletiva sejam aplicáveis, em determinadas condições, aos direitos dos titulares de direitos que não tenham conferido mandato nesse sentido (Considerando 31 e art. 8.º, n.º 1) e essas licenças permitem que a instituição responsável pelo património cultural utilize, em qualquer Estado-Membro, as obras ou outro material protegido fora do circuito comercial (art. 9.º, n.º 1). Além disso, como esta medida poderá não ser suficiente – *v.g.*, no caso de não existir uma prática de gestão coletiva competente –, os Estados-Membros devem ainda prever uma exceção ou limitação aplicável em tais casos (Considerando 32 e art. 8.º, n.º 2), considerando-se que a utilização ao abrigo destas ocorre exclusivamente no Estado-Membro onde esteja estabelecida a instituição responsável pelo património cultural que procede a essa utilização (art. 9.º, n.º 3). Por outro lado, consagra a necessidade de serem previstas medidas de salvaguarda adequadas para todos os titulares de direitos (Considerando 35 e art. 8.º, n.º 4).

No DL n.º 47/2023, o legislador português alterou os arts. 75.º e 76.º do CDADC, respeitantes às utilizações livres. Relevam, especialmente, neste contexto as alíneas g), v), w) e y) do n.º 2 do art. 75.º.

Na (nova) alínea g) estabelece-se a licitude da reprodução, da comunicação ao público ou da colocação à disposição do público, a fim de permitir a utilização digital, de obras e outro material protegido, que tenham sido previamente tornados acessíveis ao público em qualquer território pertencente à União Europeia, ou equiparado, para fins exclusivos de ilustração didática, na medida justificada pelo objetivo não comercial prosseguido e desde que tal utilização ocorra sob a responsabilidade de um estabelecimento de educação e ensino, nas suas instalações ou noutros locais, ou através de um meio eletrónico seguro acessível apenas pelos alunos, docentes e técnicos em contexto escolar desse mesmo estabelecimento de educação e ensino e seja acompanhada da indicação da fonte, incluindo o nome do autor, exceto quando tal se revele impossível. Deve, contudo, sublinhar-se que a redação desta alínea – como foi assinalado face à primeira proposta legislativa pela APDI – adotou a máxima amplitude permitida (já que podiam ser excluídas as partituras

musicais e obras dirigidas ao ensino e podia ser fixada uma compensação equitativa – art. 5.º, n.º 2 e n.º 4, da Diretiva 2019/790), sem que seja dada qualquer justificação para esta opção⁴⁴.

As alíneas v), w) e y) visam transpor, respetivamente, os arts. 3.º, 4.º e 6.º da Diretiva, i.e., a prospeção de textos e dados, incluindo para fins de investigação científica e a utilização para fins de preservação do património cultural.

Quanto à exceção/limitação respeitante a *text and data mining*, as alíneas v) e w) seguem de perto as previsões da Diretiva. A alínea v) refere-se ao ato de reprodução de obras ou outro material protegido, desde que legalmente acessíveis, quando efetuadas por organismos de investigação ou por instituições responsáveis pelo património cultural⁴⁵, para a realização de prospeção de textos e dados relativos a tais obras ou material protegido, para fins de investigação científica, e a alínea w) ao ato de reprodução de obra ou outro material protegido, desde que legalmente acessíveis, para fins de prospeção de textos e dados, desde que tal utilização não tenha sido expressamente reservada pelos respetivos titulares de direitos de forma adequada, em particular por meio de leitura ótica, no caso de conteúdos disponibilizados ao público em linha, sem prejuízo do disposto na alínea anterior.

No que respeita à exceção relativa à utilização para fins de preservação do património cultural, a alínea y) prevê a licitude da reprodução, por parte de instituições responsáveis pelo património cultural, para obtenção de cópias de obras e outro material protegido que integrem, com carácter permanente, as suas coleções, independentemente do formato ou suporte, exclusivamente para garantia da sua conservação e na medida em que tal seja necessário para assegurar essa conservação. Refira-se ainda que a previsão da alínea y) do n.º 2 do art. 75.º vem juntar-se à da alínea e), que tem sido objeto de crítica⁴⁶.

Foram ainda feitas duas alterações no art. 75.º, n.º 2.

Uma, na alínea c), que não decorre de qualquer imposição da Diretiva 2019/790, e que até aqui se limitava à seleção regular de artigos de imprensa periódica, sob forma de revista de imprensa e que agora exige que tal utilização não tenha por

44 Dário Moura Vicente/J. P. Remédio Marques/Nuno Sousa e Silva/Sofia de Vasconcelos Casimiro, “Nótula...”, *cit.*, p. 189. Assinalando, igualmente, a referida omissão, cfr. Nuno Sousa e Silva/Giulia Piora, “A summary look at the Portuguese transposition of the CDSM Directive”, Kluwer Copyright Blog, 27.6.2023 (<https://copyrightblog.kluweriplaw.com/2023/06/27/a-summary-look-at-the-portuguese-transposition-of-the-cdsm-directive/>).

45 Considerando “reduzido e impróprio limitar esta exceção às actividades de instituições de ensino superior e respectivas bibliotecas, institutos de investigação e hospitais que se consagram à investigação” e defendendo que a Diretiva “se refere não às reproduções para uso próprio destas entidades (...), mas às que estas façam em benefício dos investigadores seus usuários”, Alberto de Sá e Mello, “A transposição em Portugal da Directiva 2019/790 (UE) relativa aos direitos de autor e direitos conexos no mercado único digital – subsídios em nova reflexão sobre o tema”, *Revista de Direito Intelectual*, 2 (2021), pp. 7-33 (p. 12).

46 A crítica que lhe é apontada por Alberto de Sá e Mello (*ult. op. cit.*, p. 14) é que “exclui entidades tão estimáveis, na perspectiva da preservação do património cultural, como fundações e associações culturais de *direito privado* titulares de estabelecimentos como os designados acessíveis ao público”.

objetivo a obtenção de vantagem económica ou comercial, direta ou indireta. Porém, como a APDI sublinhou relativamente à proposta inicial, “esta alteração é de duvidosa compatibilidade com o art. 5.º, n.º 3, alínea c), da Diretiva 2001/29, cujo texto difere significativamente da proposta, pelo que, querendo o legislador português estabelecê-la, (...) [deveria] seguir a letra da referida norma da Diretiva 2001/29...”⁴⁷ e suscita preocupação relativamente à liberdade de imprensa⁴⁸.

Outra, na alínea x), acolhendo-se a exigência do art. 17.º, n.º 7, alínea b), da Diretiva e do art. 5.º, n.º 3, alínea k), da Diretiva 2001/29, onde se estabelece a utilização livre relativamente a caricaturas, paródias ou *pastiche*.

Refira-se ainda que foi aditada ao Título II do CDADC uma nova secção – Secção III – Utilização de obras fora do circuito comercial –, que compreende os arts. 74.º-A a 74.º-D, mas que não foi revogado o art. 52.º (Reedição de obra esgotada). A falta de revogação da norma materialmente conexa à secção agora aditada torna ainda mais difícil a compreensão do regime instituído.

3. O direito do editor de imprensa

A Diretiva 2019/790, invocando que “uma imprensa livre e pluralista é indispensável para assegurar um jornalismo de qualidade e o acesso dos cidadãos à informação, proporcionando igualmente uma contribuição fundamental para o debate público e o correto funcionamento de uma sociedade democrática” (Considerando 34), estabeleceu, no art. 15.º, um *novo direito conexo* aos direitos de autor para a reprodução e colocação à disposição do público de publicações de editores estabelecidos num Estado-Membro no que diz respeito às utilizações em linha de prestadores de serviços da sociedade da informação, sem que sejam afetadas as utilizações privadas ou não comerciais por utilizadores individuais – e que se justifica face à emergência de novos serviços em linha, como o *clipping* (agregadores de notícias) ou os serviços de monitorização dos meios de comunicação social, que assentam na reutilização de publicações de imprensa.

Sensível à conveniência de garantir a sustentabilidade do setor da edição, a Diretiva estabeleceu uma proteção jurídica para as publicações de imprensa no que respeita às utilizações em linha pelos prestadores de serviços da sociedade da informação. Com efeito, como é referido no Considerando 54 da Diretiva, “se os editores das publicações de imprensa não forem reconhecidos como titulares de direitos, a concessão de licenças e o respeito dos direitos nas publicações de imprensa relativamente às utilizações em linha pelos prestadores de serviços da sociedade da informação no contexto digital são, muitas vezes, complexos e ineficientes”.

47 Dário Moura Vicente/J. P. Remédio Marques/Nuno Sousa e Silva/Sofia de Vasconcelos Casimiro, “Nótula...”, *cit.*, p. 187.

48 Neste sentido, cfr. Nuno Sousa e Silva/Giulia Priora, “A summary look...”, *cit.*

O balanço da alteração é feito por Nuno Sousa e Silva⁴⁹. Aqui adianta-se apenas que a norma em questão inclui o direito do editor de imprensa no elenco dos direitos conexos previstos no art. 176.º, n.º 1, do CDADC, introduzindo igualmente alterações, designadamente, no art. 183.º, no que respeita à duração (tendo-se aproveitado para estabelecer aqui a regra geral da caducidade⁵⁰ – art. 13.º, alínea b), do DL n.º 47/2023), e no art. 189.º, quanto às utilizações livres e aditando os arts. 188.º-A e 188.º-B, pelo que não se afigura fácil a interpretação do regime jurídico instituído⁵¹.

4. A utilização da obra por prestador de serviços de partilha de conteúdos em linha

A Diretiva 2019/790 inclui ainda uma norma – o art. 17.º – que originou aquela que já foi considerada, nas palavras de Tito Rendas, que analisará a transposição desta disposição mais adiante⁵², “a mais colossal das batalhas que o direito de autor da União Europeia alguma vez conheceu”⁵³.

Esta norma procura regular o funcionamento do mercado de conteúdos em linha (v.g., YouTube, Spotify, Pinterest, Facebook, Instagram, Twitter, etc.), que se tornou consabidamente mais complexo⁵⁴, proporcionando o acesso a um elevado número de conteúdos protegidos por direitos de autor carregados pelos utilizadores, pois esta prática – que, positivamente, alarga o acesso a obras culturais e criativas – pode, igualmente, suscitar problemas quando esses conteúdos estejam protegidos por direitos de autor e forem carregados sem a prévia autorização dos titulares dos direitos, já que tanto podem corresponder a atos lícitos (v.g., por se integrar nalguma exceção ou limitação do direito de autor), como a atos ilícitos⁵⁵.

Com efeito, como refere Jorge Ortega Doménech, “(...) a transposição do art. 17 resulta extremamente complexa para os Estados-membros, pois não supõe uma simples modificação do articulado de cada legislação sobre direito de autor, antes implicando um elevado grau de interpretação e adaptação do conteúdo do referido artigo, assim como do restante conteúdo da Diretiva, porquanto se apresenta como

49 Nuno Sousa e Silva, “Irrelevante ou revolucionário? O novo direito conexo do editor de imprensa”, pp. 53, *infra*. Sobre o tema, cfr. ainda Gonçalo Barreiros, “Os direitos dos editores de publicações de imprensa na Diretiva 2019/790 e no direito português”, *Revista de Direito Intelectual*, 2 (2022), pp. 7-25.

50 Com a concomitante revogação do art. 3.º do DL n.º 334/97, de 27 de novembro, onde estava previsto até então.

51 No mesmo sentido, Dário Moura Vicente/J. P. Remédio Marques/Nuno Sousa e Silva/Sofia de Vasconcelos Casimiro, “Nótula...”, *cit.*, p. 191.

52 Tito Rendas, “Reflexões críticas sobre a transposição do artigo 17.º da Diretiva do Mercado Único Digital para o direito português”, pp. 67 *infra*.

53 Tito Rendas, “O artigo 17.º da Diretiva 2019/790: Desenvolvimentos recentes e transposição para o direito português”, *Revista de Direito Intelectual*, 1 (2022), p. 110.

54 V. Considerando 61 da Diretiva 2019/790.

55 Maria Miguel Carvalho, “A tutela da propriedade intelectual na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia”, *Jurismat Revista Jurídica*, n.º 16 (2022), pp. 123-142 (p. 135) – DOI: <https://doi.org/10.60543/jurismat.vi16.8856>.

uma espécie de princípios retores e não como um texto diretamente aplicável por simples ‘cópia’ da sua redação”⁵⁶.

Não obstante, a dificuldade relativa a esta transposição foi sentida por praticamente todos os Estados-Membros, que optaram, por isso, em geral, por seguir de perto o texto da Diretiva 2019/790, com a vantagem de permitir uma maior aproximação legislativa, mas com o inconveniente de deixar os mesmos pontos duvidosos da norma da Diretiva para serem decididos judicialmente. E esta é, assumidamente, a “técnica” a que recorreu também o legislador português, que, no Preâmbulo do DL n.º 47/2023, como já referimos, menciona expressamente essa opção “consciente”, incluindo uma referência às orientações da Comissão Europeia quanto à transposição do art. 17.º da Diretiva⁵⁷ e também ao Acórdão da Grande Secção do TJUE, proferido no Processo n.º C-401/19 há precisamente um ano⁵⁸.

Relativamente à transposição do art. 17.º da Diretiva, tratando-se da regulação de uma forma específica de utilização, no direito português, optou-se por criar uma secção própria, relativa à utilização da obra por prestador de serviços de partilha de conteúdos em linha no CDADC⁵⁹: a Secção XI, no Capítulo III do Título II, que agrega os novos arts. 175.º-A a 175.º-I, parecendo-nos que a sistematização da proposta é francamente melhor do que, como consta da Diretiva, concentrar toda a regulamentação num único preceito.

No que respeita aos aspetos substanciais, importa, desde já, recordar que o Considerando 62 da Diretiva estabelece a orientação geral quanto à definição de prestador de serviços de partilha de conteúdo em linha, que assenta em três eixos. Por um lado, “deverá visar apenas os serviços em linha que desempenham um papel importante no mercado de conteúdos em linha ao competirem com outros serviços de conteúdos em linha”, que serão aqueles cuja principal finalidade, ou uma das principais finalidades, consiste em armazenar e permitir que os utilizadores carreguem e partilhem um grande número de conteúdos protegidos por direitos de autor, com o objetivo de obter lucros, quer direta quer indiretamente, através da sua organização e promoção, a fim de atrair um público mais vasto. Por outro lado, e no seguimento do que se

56 Jorge Ortega Doménech, “La transposición del artículo 17 de la Directiva en Derecho español y la responsabilidad de los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea”, *Revista de Direito Intelectual*, 2 (2022), pp. 45-73 (pp. 50-51).

57 Comissão Europeia, *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho – Orientações sobre o artigo 17.º da Diretiva 2019/790 relativa aos direitos de autor no mercado único digital*, de 4.6.2021, Bruxelas, COM(2021) 288 final (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021DC0288&from=EN>).

58 V. Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção), de 26 de abril de 2022, República da Polónia/Parlamento Europeu, Conselho da União Europeia, no Processo C-401/19 (ECLI:EU:C:2022:297). Neste processo, a Polónia requereu a anulação das alíneas b) e c), *in fine*, do art. 17.º, n.º 4, da Diretiva 2019/790 e, subsidiariamente, a anulação integral deste preceito, invocando a violação do direito à liberdade de expressão e de informação (art. 11.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia). Já tivemos oportunidade de referir este Acórdão em “A tutela da propriedade intelectual...”, *cit.*, esp. pp. 137 e ss.

59 Diferentemente do que sucedeu noutros ordenamentos, como a Alemanha que dedicou uma lei específica à transposição do art. 17.º da Diretiva 2019/790, a *Urheberrechts-Diensteanbieter-Gesetz vom 31. Mai 2021* (BGBl. I S. 1204, 1215) – *UrhDaG*.

referiu, são excluídos os serviços que tenham *outro* objetivo principal, que não seja permitir que os utilizadores carreguem e partilhem um grande número de conteúdos protegidos por direitos de autor com o objetivo de obter lucros dessa atividade. Por fim, e para assegurar um nível elevado de proteção dos direitos de autor, garante-se que o mecanismo de isenção de responsabilidade previsto na Diretiva – e que referiremos adiante – não deverá ser aplicado aos prestadores de serviços cujo principal objetivo seja realizar ou facilitar pirataria de direitos de autor.

A fim de proporcionarem segurança jurídica, os Estados-Membros devem estabelecer *explicitamente* nas suas disposições de execução a definição de “prestador de serviços de partilha de conteúdos em linha” que consta do art. 2.º, n.º 6, primeiro parágrafo, na sua totalidade e excluir explicitamente os prestadores de serviços enumerados no art. 2.º, n.º 6, segundo parágrafo, embora especificando, à luz do Considerando 62, que esta lista de prestadores de serviços excluídos *não é exaustiva*. Daqui resulta que *não há* margem para os Estados-Membros irem além disto, ou seja, alargando ou reduzindo o âmbito de aplicação da definição. Acresce que os Estados-Membros são aconselhados a transpor e a aplicar os diferentes elementos da definição à luz dos Considerandos 61, 62 e 63, que fornecem esclarecimentos importantes sobre os tipos de prestadores de serviços incluídos ou excluídos.

No DL n.º 47/2023, esta definição consta da alínea a) do n.º 1 do art. 175.º-A, remetendo as exclusões para o n.º 2 e, em qualquer caso, sem aludir a alguns dos referidos critérios orientadores. Pensamos que teria sido melhor: i) agregar a definição e as exclusões, num mesmo número, ainda que em parágrafos diferentes (e aqui, sim, seguindo a Diretiva); ii) cuidando de incluir a referência, na primeira, à partilha de uma “grande quantidade” de conteúdos protegidos pelo direito de autor e com o fim de atrair um público vasto e iii) substituir o elenco, aparentemente taxativo, das exclusões previstas no n.º 2 do art. 175.º-A por uma formulação que explicita que aquele é exemplificativo, como resulta literalmente dos Considerando 62 e art. 2.º, n.º 6, da Diretiva e ainda das orientações da Comissão Europeia quanto à transposição do art. 17.º da Diretiva 2019/790.

No que respeita à definição de serviço da sociedade da informação, esta opera por remissão para a alínea g) do art. 3.º do DL n.º 30/2020, de 29 de junho⁶⁰, corrigindo-se assim a remissão que constava da Proposta legislativa, que se referia ao n.º 1 do art. 3.º do DL n.º 7/2004, de 7 de janeiro, ignorando que o Regulamento (UE) 2022/2065 do Parlamento Europeu e do Conselho de 19 de outubro de 2022 relativo a um mercado único para os serviços digitais⁶¹ e que altera a Diretiva 2000/31/CE (Regulamento dos Serviços Digitais) substituiu parcialmente o DL n.º 7/2004.

60 Este diploma procedeu à transposição da Diretiva (UE) n.º 2015/1535, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 9 de setembro de 2015, relativa a um procedimento de informação no domínio das regulamentações técnicas e das regras relativas aos serviços da sociedade da informação (codificação), *JO L* 241, 17.9.2015, pp. 1-15 (ELI: <http://data.europa.eu/eli/dir/2015/1535/oj>).

61 *JO L* 277, 27.10.2022, pp. 1-102 (ELI: <http://data.europa.eu/eli/reg/2022/2065/oj>).

Imediatamente após as definições e exclusões referidas, o art. 175.º-B estabelece o princípio de que a disponibilização ao público, por parte de prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha, do acesso a obras ou outros materiais protegidos por direitos de autor ou direitos conexos, carregados pelos utilizadores daqueles serviços, constitui um ato de comunicação ou de colocação à disposição do público e que, para que não sejam responsabilizados, estes devem ser autorizados pelos respetivos titulares de direitos (n.º 1 e n.º 2). Não obstante, estabelece-se expressamente no n.º 3 do art. 175.º-C, como previsto na Diretiva, a não obrigatoriedade de concessão de autorização ou licença e da não limitação do direito de autorizar ou proibir as utilizações visadas⁶².

O n.º 3 do art. 175.º-B, transpondo o n.º 3 do art. 17.º da Diretiva 2019/790, prevê que, existindo a referida autorização, esta compreende os atos de comunicação ou colocação à disposição do público realizados pelos utilizadores de tais serviços, se estes não agirem com carácter comercial, direto ou indireto, ou se a sua atividade não gerar receitas significativas.

Por outro lado, no art. 175.º-C, seguindo *quase* textualmente a orientação da Diretiva, estabelece-se o regime jurídico aplicável aos atos de comunicação ao público ou de colocação à disposição do público não autorizados e as circunstâncias em que vigora uma isenção de responsabilidade dos prestadores (*safe harbour*).

A redação do CDADC tem a vantagem de explicitar que os requisitos para a isenção de responsabilidade são cumulativos. Porém, não é feita referência à ausência de uma obrigação geral de monitorização – trave-mestra do sistema instituído (v. art. 17.º, n.º 8) e reafirmada na Comunicação da Comissão relativa às orientações para a transposição do artigo 17.º da Diretiva.

No que respeita aos requisitos, cuja verificação os prestadores têm de provar, para aproveitarem a isenção de responsabilidade, o primeiro é o de que envidaram os melhores esforços para obter uma autorização⁶³. O segundo obriga à demonstração de que efetuaram, de acordo com elevados padrões de diligência profissional do setor, os melhores esforços para assegurar a indisponibilidade de determinadas obras e outros materiais protegidos, relativamente aos quais os titulares de direitos forneceram aos prestadores de serviços as informações pertinentes e necessárias e o terceiro que agiram, de forma diligente, após receção de uma notificação suficientemente fundamentada pelos titulares de direitos, no sentido de remover ou bloquear o acesso à obra ou outros materiais protegidos, objeto de notificação, dos seus sítios na Internet ou servidores que utilizam para a prestação de serviços, independentemente de os titulares de direitos terem ou não disponibilizado a informação

62 Do ponto de vista sistemático, parece-nos que teria sido melhor incluir esta referência entre os atuais n.ºs 2 e 3 do art. 175.º-B.

63 Não valorizamos a alteração da expressão “todos os esforços” para “os melhores esforços” que figurava na Proposta inicial e correspondente à versão em português da Diretiva 2019/790, quer porque as diferentes versões linguísticas da Diretiva apresentam expressões distintas, quer porque, em termos substanciais, está em causa a mesma obrigação de meios.

relevante e necessária em momento prévio à notificação, e envidaram os melhores esforços para impedir o futuro carregamento e disponibilização da obra ou outros materiais protegidos, objeto de notificação, nos termos da alínea anterior (art. 175.º-C, n.º 1, alíneas a)-c)).

Segue-se o regime especial respeitante a novos prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha (art. 175.º-D); o dever de informação que incide sobre os prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha (art. 175.º-E); os procedimentos de reclamação e reapreciação (art. 175.º-F); a resolução alternativa de litígios (art. 175.º-G); a proteção de dados pessoais (art. 175.º-H); e a disponibilidade de conteúdos (art. 175.º-I), normas que serão analisadas mais adiante⁶⁴. Porém, não são referidas medidas de salvaguarda *preventiva* das liberdades fundamentais dos utilizadores. E este é o nó górdio do sistema instituído pela Diretiva 2019/790, pois a observância dos requisitos que permitem a isenção de responsabilidade dos prestadores obriga-os a recorrer a mecanismos de filtragem automatizada que, para surtirem o efeito desejado (e desejável), devem ser capazes de diferenciar os conteúdos ilícitos dos lícitos, pois não pode ser vedada a disponibilização de obras ou outro material protegido carregado por utilizadores que não violem os direitos de autor e direitos conexos, nomeadamente nos casos em que essas obras ou outro material protegido estejam abrangidos por uma exceção ou limitação (art. 17.º, n.º 7 da Diretiva). Ora, as tecnologias que permitem a filtragem automatizada podem examinar *todos* os conteúdos carregados nas plataformas – incluindo os que correspondam a utilizações livres que são lícitas –, pelo que surge um problema bem real de bloqueios injustificados e excessivos. Apesar de, como já mencionamos, o TJUE se ter debruçado sobre a conciliação do direito de autor com as liberdades fundamentais dos utilizadores, não se refere expressamente à sua concretização⁶⁵. Porém, no n.º 90 do Acórdão citado, sustentou que “o artigo 17.º, n.º 8, da Diretiva 2019/790, ao enunciar, à semelhança do artigo 15.º, n.º 1, da Diretiva 2000/31, que a aplicação deste artigo 17.º não implica qualquer obrigação geral de monitorização, impõe uma garantia *adicional* para o respeito do direito à liberdade de expressão e de informação dos utilizadores de serviços de partilha de conteúdos em linha”, já que “esta precisão implica que os prestadores desses serviços *não podem ser obrigados a prevenir* o carregamento e a disponibilização ao público de conteúdos cuja constatação do carácter ilícito necessitaria, por seu lado, de uma apreciação autónoma do conteúdo à luz das informações fornecidas pelos titulares de direitos, bem como de eventuais exceções e limitações aos direitos de autor” (itálicos nossos). Possivelmente, a desejável concretização ficará para a apreciação que o TJUE vier a empreender da compatibilidade das normas de transposição da Diretiva 2019/790 pelos Estados-Membros com os direitos fundamentais previstos na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

64 Cfr. Tito Rendas, “O artigo 17.º da Diretiva 2019/790...”, *cit.*

65 Referimo-nos ao Acórdão da Grande Secção do TJUE, proferido no Processo n.º C-401/19, *cit.* Seguimos aqui de perto o que escrevemos em “A tutela da propriedade intelectual...”, *cit.*, pp. 134 e ss.

A nova exceção ao direito de autor para fins educativos e a sua transposição para o direito português¹

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.128.2>

Giulia Piora²

Resumo

Entre as novas regras introduzidas pela Diretiva (UE) 2019/790 relativa aos direitos de autor e direitos conexos no mercado único digital, existe uma exceção obrigatória que permite a utilização de conteúdos protegidos para o ensino digital. Este artigo apresenta uma visão geral contextualizada da razão pela qual esta nova regra foi criada e do seu âmbito de aplicação. A minha análise centra-se, em particular, nas opções de redação legislativa de que os Estados-Membros dispunham para transpor esta nova exceção. Ao abordar o cenário português, a contribuição explica a nova exceção do ensino digital agora incluída no Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos, tecendo considerações sobre a concetualização jurídica portuguesa e europeia do binómio: direitos de autor e ensino.

Palavras-chave

Direito de autor; Diretiva da UE relativa aos direitos de autor no mercado único digital 2019/790; artigo 5.º; atividades de ensino digital; liberdade de aprender e ensinar.

1 O presente artigo corresponde a uma versão revista e atualizada de Giulia Piora/Bernd J. Jütte/Péter Mezei, "Copyright and digital teaching exceptions in the EU: Legislative developments and implementation models of Article 5 CDSM Directive", *IIC*, Vol. 53(4) (2022), pp. 543 e ss., que serviu de apoio a minha contribuição à conferência "Direitos de Autor. As alterações legislativas anunciadas", na Escola de Direito da Universidade do Minho, em Braga, no dia 26 de abril 2023. Agradeço à Professora Doutora Maria Miguel Carvalho a colaboração, a amizade e a generosa partilha académica. O meu agradecimento vai também para Rafael Correia Rebelo e Amanda Costa Novaes pela revisão linguística do texto. Todas as fontes digitais foram acedidas até ao dia 9 de agosto de 2023.

2 Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade NOVA de Lisboa, Diretora do Centro de Conhecimento NOVA IPSI e Membro Integrado do Centro de Investigação e Desenvolvimento sobre Direito e Sociedade (CEDIS).

Sumário

1. Introdução: Direitos de autor e educação; **2.** As exceções para fins educativos no direito de autor europeu e a necessidade do artigo 5.º da Diretiva 2019/790; **3.** Âmbito de aplicação e características principais; **4.** Modelo de transposição: Uma obrigação de criar novas disposições? **5.** A nova exceção ao direito de autor para atividades de ensino digital no Código do Direito de Autor português; **6.** Conclusões.

Abstract

Among the new rules introduced by the EU Directive on Copyright and Related Rights in the Digital Single Market of 2019 there is a mandatory exception permitting for uses of protected content for digital teaching activities. The paper provides a contextualized overview of the reason why this provision came into being and its scope of application. My analysis focuses in particular on the options of legislative drafting that Member States had at disposal in the transposition of this new exception. Zooming in on the Portuguese scenario, the contribution explains the new digital teaching exception now included in the Portuguese Copyright Code, drawing considerations on the Portuguese and European legal conceptualization of the binomial: copyright and teaching.

Keywords

Copyright law; CDSM Directive 2019/790; Article 5; digital teaching activities; educational exceptions.

Summary

1. Introduction: Copyright and education; **2.** The teaching exceptions in EU copyright law and the need for Article 5 of Directive 2019/790; **3.** Scope and main features; **4.** Transposition model: An obligation to create new provisions? **5.** The new digital teaching exception in the Portuguese Copyright Code; **6.** Conclusions.

1. Introdução: Direitos de autor e educação

A relação entre o direito de autor e o sector educativo tem mais de três séculos. Desde as primeiras experiências legislativas, o direito de autor teve uma ligação estreita com os sectores da educação e da cultura em várias sociedades. O primeiro diploma conhecido sobre os direitos de autor, o Estatuto da Rainha Ana de 1709, declarou que a *raison d'être* da tradição britânica em matéria de direitos de autor era “o incentivo à aprendizagem”³. A par da necessidade de dignificar e proteger os escritores da ameaça da miséria, o Estatuto visava explicitamente valorizar o conhecimento e facilitar o acesso a “livros úteis” (“*useful books*”)⁴. O outro pilar da origem histórica do direito de autor na Europa foram os Decretos franceses pós-revolucionários de 1791 e 1793, que tiveram igualmente em conta o objetivo de uma “regulamentação sábia, dirigida à educação pública”⁵. Embora tenha sido estabelecida a tradição do *droit d'auteur*, baseada na ideia da propriedade literária como “a mais sagrada”⁶ de todos os tipos de propriedade, o potencial e o valor educativo das obras literárias e teatrais foram reconhecidos e protegidos⁷. Várias Constituições nacionais também evocam a relação entre direitos de autor e educação. Pode ser mencionada, entre outras, a Constituição dos EUA, que indica a promoção das artes e da ciência como o principal objetivo do direito de autor⁸. A história constitucional portuguesa foi marcada pela ênfase à liberdade de expressão⁹ e desenvolveu-se nos arts. 42.º e 43.º na Constituição de 1976, atualmente em vigor. Estes artigos incluem a proteção dos direitos de autor na declaração dos princípios fundamentais da liberdade de criação cultural, seguida da disposição sobre a liberdade de aprender e ensinar¹⁰.

O direito internacional de autor estabelece algumas orientações preliminares sobre como interligar os direitos de autor e a educação. Tanto a Convenção de Berna como a Convenção de Roma permitem aos países signatários derrogar a proteção, respetivamente, dos direitos de autor e dos direitos conexos de forma a permitir certas

3 An Act for the Encouragement of Learning, by Vesting the Copies of Printed Books in the Authors or Purchasers of such Copies, During the Times therein mentioned (1710) (Statute of Anne), https://www.copyrighthistory.org/cam/tools/request/showRecord.php?id=record_uk_1710.

4 *Ibid.*

5 Rapport fait par M. Le Chapelier au nom du comité de constitution sur la pétition des auteurs dramatiques, dans la séance du Jeudi 13 Janvier 1791, avec le Décret rendu dans cette séance (1791), https://www.copyrighthistory.org/cam/tools/request/showRepresentation.php?id=representation_f_1791, p. 10.

6 *Ibid.*, p. 16 (“A mais sagrada, a mais legítima, a mais inatacável e, se assim posso dizer, a mais pessoal de todas as propriedades é a obra que é fruto do pensamento de um escritor.”) (traduzido pela autora).

7 *Ibid.*, p. 9.

8 The Constitution of the United States of America (1787, última alteração em 1992), art. 1.º/8/8.

9 Constituição Política da Monarquia Portuguesa, decretada pelas Cortes Gerais Extraordinárias e Constituintes (1822), art. 7 (“A livre comunicação dos pensamentos é um dos mais preciosos direitos de homem.”).

10 Constituição da República Portuguesa (1976), Diário da República n.º 86/1976, Série I de 1976-04-10, pp. 738 e ss., art. 42.º e art. 43.º.

utilizações das obras para fins pedagógicos¹¹. Isto causou um certo grau de homogeneidade nos sistemas jurídicos nacionais de direitos de autor em todo o mundo, que normalmente incluem pelo menos uma disposição sobre exceções educativas¹². No entanto, o direito internacional não impõe qualquer orientação obrigatória nesta matéria. Por esta razão, os países de todo o mundo, incluindo os Estados-Membros da União Europeia (UE), criaram um cenário jurídico altamente diversificado de exceções e limitações aos direitos de autor para utilizações educativas de obras protegidas¹³. Na era digital, o problema da fragmentação a nível global dos sistemas jurídicos nacionais na sua regulamentação sobre quando e como professores e alunos podem utilizar conteúdos protegidos agravou-se. Assim, as diferentes abordagens para equilibrar os interesses públicos e privados no direito autoral tornaram-se o principal dilema da disciplina na época contemporânea. Isto ocorreu à medida que a proteção dos titulares de direitos de autor se tem vindo também a expandir a nível internacional, supranacional e nacional. Por conseguinte, compreender, em cada país, os limites desta exclusividade crescente tem-se revelado um fardo pesado. Especialmente num ambiente digital e, por defeito, sem fronteiras, esta falta de harmonização jurídica a nível global criou uma incerteza generalizada, ou melhor, resultou na presunção, factual e não jurídica, de que “não utilizar” pode ser a opção mais segura, até em contextos educativos. O problema da falta de sensibilização e familiaridade com as regras aplicáveis é, muito provavelmente, a melhor forma de descrever realisticamente os desafios enfrentados pela UE e pelo direito internacional nos processos em curso de modernização do direito autoral para o mundo digital, incluindo os esforços para aprimorar as exceções para utilizações educativas. O objetivo comum é alcançar um sistema jurídico eficaz e sustentável na sua aplicabilidade e, mais importante ainda, na consciência dos utilizadores das obras nas escolas e nas universidades.

11 Convenção de Berna para a Protecção das Obras Literárias e Artísticas (1886, última alteração em 1979), art. 10.º, n.º 2; Convenção de Roma para a Protecção dos Artistas Intérpretes ou Executantes, dos Produtores de Fonogramas e dos Organismos de Radiodifusão (1961), art. 15.º, n.º 1, alínea d). Veja-se também a Lei-tipo de Tunes sobre o Direito de Autor para os Países em Vias de Desenvolvimento (1976), art. 7.º, n.º 1, alínea c).

12 Daniel KB Seng, “An Empirical Review of the Copyright Limitations and Exceptions for Educational Activities”, in *The Cambridge Handbook of Copyright Limitations and Exceptions* (eds. Shyamkrishna Balganesh/Ng-Loy Wee Loon/Haochen Sun), Cambridge University Press, Cambridge, 2021, pp. 267 e ss.; Raquel Xalabarder, “Study on Copyright Limitations and Exceptions for Educational Activities in North America, Europe, Caucasus, Central Asia and Israel”, WIPO Standing Committee on Copyright and Related Rights Nineteenth Session Proceedings, SCCR/19/8, Genebra, 2009.

13 Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões rumo a um quadro de direitos de autor moderno e mais europeu, COM/2015/0626 final, Bruxelas, 2015, p. 8 (“A exceção da UE relativa à ilustração para efeitos de ensino constitui um bom exemplo das diferentes formas de aplicação das exceções pelos Estados-Membros, em especial quando olhamos para a forma como os Estados-Membros interpretam as modalidades de aplicação da exceção em ambientes digitais. Estas diferenças podem travar as tendências no setor da educação em domínios como os cursos em linha, a utilização de tecnologias e materiais digitais nas salas de aulas e a aprendizagem transfronteiras, os quais ganharam terreno nos últimos anos.”).

2. As exceções para fins educativos no direito de autor europeu e a necessidade do artigo 5.º da Diretiva 2019/790

As exceções e limitações aos direitos de autor¹⁴ no sistema jurídico da UE encontram o seu momento marcante em 2001, com a primeira tentativa abrangente de harmonizar, pelo menos parcialmente, a sua regulamentação na União. Desde então, a pedra angular das utilizações livres para fins educativos tem sido unicamente a alínea a) do n.º 3 do art. 5.º da Diretiva 2001/29/CE (InfoSoc)¹⁵. Normalmente referida como a “exceção da ilustração para ensino”, esta disposição permite que os legisladores nacionais introduzam exceções que permitam a reprodução e comunicação de conteúdos protegidos para fins educativos ou de investigação científica, desde que seja justificado pelo seu objetivo não comercial e que a fonte e o nome do autor sejam indicados. Além da exceção geral relativa a ilustrações para o ensino, disposições de carácter muito específico podem ser encontradas nas diretivas relativas a bases de dados e programas informáticos, que permitem principalmente a reprodução deste tipo de obras para fins pedagógicos ou de estudo individual.

Devido ao seu carácter facultativo¹⁶, não é surpreendente que o n.º 3, alínea a), do art. 5.º da Diretiva InfoSoc tenha sido transposto de forma desarmoniosa nos Estados-Membros da UE. Dentro dos limites traçados pela exceção, os Estados desenvolveram uma grande variedade de abordagens jurídicas. Há desde transposições restritivas, que autorizam, por exemplo, a utilização de apenas pequenos fragmentos ou um número limitado de obras, até regras altamente específicas que se referem a utilizações permitidas para arquivamento nas mediatecas e redes de comunicação escolares, ou mesmo formulações jurídicas mais amplas que permitem utilizações no âmbito educativo. Apenas alguns Estados-Membros optaram por mecanismos para garantir o pagamento de uma remuneração equitativa aos titulares dos direitos de autor. As discrepâncias existentes na UE quanto à forma de encontrar o equilíbrio entre a proteção dos direitos de autor, por um lado, e o direito à educação, por outro,

14 Para efeitos desta contribuição, não se estabelece diferença conceitual entre os termos “exceções” e “limitações”, sendo preferível o termo “exceção” pela sua representação doutrinária e abrangência. Para uma reflexão relevante e abrangente sobre as diferenças regulatórias entre exceções e limitações de direitos autorais, veja-se Tito Rendas, “Are copyright-permitted uses ‘exceptions’, ‘limitations’ or ‘user rights’? The special case of Article 17 CDSM Directive”, *JIPLP*, Vol. 17(1) (2022), pp. 54 e ss.

15 Diretiva 2001/29/CE relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação, 2001 (Diretiva InfoSoc), art. 5.º, n.º 3, alínea a). Sobre a exceção educacional relativa a bases de dados, veja-se a Diretiva 96/9/CE relativa à protecção jurídica das bases de dados, 1996 (Diretiva Database), art. 9.º, alínea b). Sobre a exceção educacional relacionada a direitos conexos, veja-se a Diretiva 2006/115/EC relativa ao direito de aluguer, ao direito de comodato e a certos direitos conexos ao direito de autor em matéria de propriedade intelectual, 2006 (Diretiva Rental), art. 10.º, n.º 1.

16 Para uma crítica acerca dessa decisão legislativa pelo legislador europeu, veja-se, *inter alia*, Tito Rendas, *Exceptions in EU Copyright Law. In Search of a Balance Between Flexibility and Legal Certainty*, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2021, pp. 154-171; Lucie Guibault, “Why Cherry-Picking Never Leads to Harmonization: The Case of the Limitations on Copyright under Directive 2001/29/EC”, *JIPITEC*, Vol. 1 (2010), pp. 55 e ss.

tornam evidente que soluções nacionais fragmentadas dificilmente satisfazem as necessidades dos contextos de ensino e a sua evolução digital. Isto tornou-se ainda mais evidente com o início da pandemia de COVID-19 no início de 2020. Em todos os Estados-Membros da UE, os governos decidiram encerrar os estabelecimentos de ensino primário, secundário, profissional e superior e substituir o ensino presencial por soluções à distância. Esta situação causou uma incerteza jurídica significativa¹⁷ e exacerbou a necessidade de disposições jurídicas transfronteiriças e à prova de tecnologia na UE.

Contudo, os debates sobre a necessidade de uniformizar as exceções aos direitos de autor começaram muito antes da pandemia. A possibilidade de ultrapassar a fragmentação normativa sobre a exceção de ensino foi proposta em 2014, juntamente com o primeiro projeto de diretiva relativa aos direitos de autor e direitos conexos no mercado único digital (Diretiva CDSM)¹⁸. No que foi descrito como uma transição histórica na harmonização da UE das exceções aos direitos de autor, o art. 5.º da Diretiva CDSM introduz uma nova exceção para as utilizações de obras e outro material protegido em atividades de ensino digitais e transfronteiriças. Os considerandos deste diploma fornecem algumas indicações sobre a lógica subjacente à introdução desta nova exceção, sublinhando a necessidade de reavaliar algumas exceções à luz das alterações tecnológicas, de novos tipos de utilização de obras e das possíveis barreiras ao funcionamento do mercado interno¹⁹. O objetivo é apoiar todos os estabelecimentos de ensino na UE, dando orientação jurídica certa sobre as suas utilizações de conteúdos em linha, transfronteiras ou não²⁰. No entanto, os Estados-Membros mantêm uma certa margem de manobra para determinar em que medida as obras podem ser utilizadas, principalmente para equilibrar o âmbito de aplicação da exceção à luz do *three-step-test*²¹.

3. Âmbito de aplicação e características principais

O art. 5.º da Diretiva CDSM é um tema sobre o qual tive o prazer de trabalhar e discutir exaustivamente com vários colegas ao longo dos últimos anos, dentro e fora da sua análise jurídica. A minha principal conclusão é que o art. 5.º é uma disposição cuja exegese e redação legislativa têm muito para nos dizer. Tentarei

17 Apenas alguns Estados-Membros apresentam indicações explícitas de atividades de ensino digital nas suas transposições nacionais da Diretiva InfoSoc. Por exemplo, o Artigo L122-5 3.º do Código de Propriedade Intelectual Francês; o Artigo 22 da Lei de Direitos do Autor Grega; o Artigo 70(1bis) da Lei de Direitos do Autor Italiana; o Artigo 27(2) da Lei de Direitos do Autor Polonesa. Veja-se a Diretiva (UE) 2019/790 relativa aos direitos de autor e direitos conexos no mercado único digital, 2019 (Diretiva CDSM), considerando 19 (“O âmbito de aplicação das referidas exceções ou limitações no que se refere a utilizações digitais não é claro. Além disso, observa-se uma falta de clareza quanto à aplicabilidade dessas exceções ou limitações ao ensino em linha e à distância.”).

18 Diretiva CDSM, *cit.*

19 *Ibid.*, considerando 5.

20 *Ibid.*, considerandos 19-22.

21 *Ibid.*, art. 7.º, n.º 2.

resumir as observações que podemos retirar desta disposição utilizando três palavras-chave principais.

A primeira é digital. Ao contrário do art. 5.º, n.º 3, alínea a), da Diretiva InfoSoc, que previa uma exceção para o ensino e a investigação, o art. 5.º da Diretiva CDSM aplica-se exclusivamente às atividades de ensino digitais e transfronteiriças. Isto significa que, a partir de 7 de junho de 2021, se ainda não estiver previsto, os Estados-Membros devem incluir na sua legislação nacional uma exceção para o ensino que abranja, pelo menos, as atividades de ensino digital. Desta forma, o art. 5.º da Diretiva CDSM tentou modernizar o regime de exceções e limitações aos direitos de autor para facilitar e promover o ensino digital e entre países. Nesta dimensão reside o verdadeiro significado do processo de modernização do direito de autor na Europa. Uma das contribuições mais significativas do art. 5.º é a introdução de uma ficção jurídica, o princípio do país de origem, que vincula a utilização em linha de material protegido ao país onde a instituição de ensino está sediada. Neste sentido, o art. 5.º dá corajosamente um passo em frente para ultrapassar o anacronismo da territorialidade dos direitos de autor na era digital. Esta escolha do legislador europeu aponta para uma das opções viáveis que poderemos ter de explorar no futuro para responder às necessidades do ambiente em linha.

A segunda palavra-chave é obrigatório. Todos os Estados-Membros têm de implementar o art. 5.º nas suas legislações nacionais e esta exceção não pode ser anulada por meio de contratos privados. A diretiva CDSM introduz outras exceções obrigatórias, o que constitui uma novidade na regulamentação das exceções aos direitos de autor na UE. Nas palavras da Professora Séverine Dusollier, trata-se de “uma transição de uma conceção de meras limitações de direitos exclusivos para dispositivos adequados, que sustentam utilizações socialmente benéficas das obras”²². Esta evolução constitui uma solução eficaz para a profunda fragmentação que testemunhamos na Europa no que respeita às exceções para fins educativos. Tal como indicado acima e exaustivamente demonstrado por vários esforços de investigação²³, o cenário pré-CDSM sobre a harmonização das exceções ao ensino era profundamente dissonante. Não se tratava de uma divisão clara entre os Estados-Membros que decidiram implementar uma exceção para fins educativos e os que não o quiseram fazer. Surpreendentemente, a fragmentação resultou de interpretações divergentes entre os Estados-Membros especificamente sobre o que pode ser permitido no âmbito do objetivo de ensino. Por outras palavras, o que e quanto é tolerável que docentes e alunos utilizem para o seu ensino e aprendizagem. Aqui temos uma lição a aprender. Embora o art. 5.º seja obrigatório, o que o ensino digital realmente engloba pode ainda estar sujeito a variações nacionais. O que sabemos com certeza é que as atividades e utilizações de materiais protegidos, para se enquadrarem no âmbito do art. 5.º e serem permitidas, devem ocorrer sob a responsabilidade das instituições

22 Séverine Dusollier, “The 2019 Directive on Copyright in the Digital Single Market: Some Progress, A Few Bad Choices, And An Overall Failed Ambition”, *Common Market Law Review*, Vol. 57(4) (2020), pp. 979 e ss. (pp. 981-982) (traduzido pela autora).

23 *Inter alia*, Recreating Europe, <http://www.copyrightflexibilities.eu/#/reports/5>.

de ensino e através de sistemas eletrónicos seguros. Algo para o qual as escolas e universidades devem estar não só equipadas, mas também prontas para continuar a monitorizar no futuro.

A terceira e última palavra-chave que gostaria de trazer para a análise do art. 5.º é a palavra licença. Apesar de o art. 5.º ser obrigatório e centrado na promoção do ensino digital, o n.º 2 do art. 5.º da Diretiva CDSM contém uma derrogação opcional ao primeiro parágrafo, ou seja, uma exceção à exceção. Esta opção permite que os Estados-Membros restrinjam a aplicação da exceção aos casos em que licenças adequadas não estejam facilmente disponíveis no mercado. Isto significa que, se decidirem recorrer a esta opção, os Estados-Membros devem garantir que as licenças pertinentes estejam disponíveis, visíveis e economicamente acessíveis para as instituições de ensino as comprarem. Em alternativa ou como complemento disto, os Estados-Membros podem subordinar a aplicação da exceção ao ensino digital a uma remuneração equitativa obrigatória. Ambos estes aspetos, a prevalência das licenças (o chamado *licensing carve-out*) e a possibilidade de introduzir uma remuneração equitativa, são cruciais para compreender o verdadeiro potencial de harmonização da norma. Na verdade, o art. 5.º permite que os Estados-Membros criem espaço para que uma lógica orientada para o mercado prevaleça sobre as utilizações livres de materiais protegidos em contextos educativos. Esta redação legislativa no direito da UE deparou-se com as dificuldades dos legisladores nacionais em lidar com este exercício de equilíbrio de forma coordenada. Isto acontece relativamente às opções entre ser devido ou não invocar a prevalência das licenças e da remuneração, se as licenças podem abranger todas ou apenas algumas utilizações ou alguns tipos específicos de obras, como o material que se destina principalmente ao mercado do ensino ou partituras musicais²⁴, até às questões mais técnicas, como, por exemplo, quem é que decide se o licenciamento oferecido no mercado é adequado.

4. Modelo de transposição: uma obrigação de criar novas disposições?

O art. 5.º contém um núcleo obrigatório e alguns elementos que permitem aos Estados-Membros aperfeiçoar as suas próprias versões da exceção relativa ao ensino digital. É obrigatório que as transposições nacionais incluam as quatro condições seguintes. Em primeiro lugar, a exceção de ensino digital deve incluir a cláusula do país de origem para permitir a utilização transfronteiras de obras e outro material. Em segundo lugar, as utilizações digitais permitidas não podem ter fins comerciais, devem decorrer sob a responsabilidade de um estabelecimento de ensino e num ambiente digital seguro²⁵. Em terceiro lugar, para

24 Diretiva CDSM, *cit.*, art. 5.º, n.º 2.

25 Isso não significa que o uso da nova exceção de ensino esteja limitado espacialmente às instalações (digitais ou físicas) de estabelecimentos educacionais. Pelo contrário, ela estende-se a atividades “designadamente durante os exames ou atividades pedagógicas que tenham lugar fora das instalações dos estabelecimentos de ensino, por exemplo, em museus, bibliotecas ou instituições responsáveis pelo património cultural”. Veja-se *ibid.*, considerando 22.

garantir a eficácia da disposição, os Estados-Membros devem prever que a exceção não possa ser anulada por contrato²⁶. Isto não se aplicará, evidentemente, aos casos abrangidos pela prevalência de acordos de licenciamento, caso existam. Em quarto e último lugar, a exceção nacional relativa ao ensino digital deve incluir a obrigação de indicar o autor e a fonte das obras utilizadas.

Os elementos a definir a nível nacional são componentes subjetivas e objetivas da norma. No plano subjetivo, encontramos os beneficiários. A diretiva não prevê uma definição autónoma de “estabelecimento de ensino”²⁷, mas esclarece que essas utilizações devem ter lugar nas instalações do estabelecimento de ensino ou em outros locais, ainda que através de ambientes eletrónicos seguros a que apenas tenham acesso o pessoal docente e os estudantes²⁸. A ideia de educação que o art. 5.º promove parece, à primeira vista, uma ideia de educação entre os muros dos estabelecimentos educativos tradicionais, deixando-nos pouca imaginação para estabelecer analogias com a ideia de estudo privado ou de educação pública fora das escolas e das universidades públicas e privadas. No entanto, isto não é estritamente imposto pela Diretiva, sendo deixado ao critério dos sistemas jurídicos nacionais a sua definição. No lado objetivo, os Estados-Membros, como ilustrado acima, podem decidir sobre a introdução de um mecanismo de remuneração equitativa e/ou de prevalência de licenciamento para algumas obras ou utilizações específicas. Destas duas escolhas cruciais, que não se excluem mutuamente, decorrem quatro opções possíveis: i) todas as utilizações são permitidas e sujeitas a obrigação de remuneração; ii) todas as utilizações são permitidas sem remuneração equitativa; iii) apenas algumas utilizações (ou utilizações de apenas algumas obras) são permitidas e sujeitas a remuneração; ou iv) apenas algumas utilizações (ou utilizações de apenas algumas obras) são permitidas sem remuneração devida.

À luz dos componentes obrigatórios e dos componentes discricionários da disposição, torna-se evidente que o carácter obrigatório do art. 5.º não conduz automaticamente à obrigação de introduzir uma nova disposição *ad hoc*. Este facto é ainda demonstrado pelo texto legislativo do art. 25.º da Diretiva, que permite aos Estados-Membros manterem em vigor exceções e limitações mais amplas do que aquelas previstas na mesma Diretiva²⁹. A Diretiva visa aprimorar os sistemas jurídicos nacionais para alcançar a neutralidade tecnológica das suas normas e garantir que o mercado interno digital não seja prejudicado. Neste sentido, a interpretação sistemática das novas disposições nacionais decorrentes da transposição do art. 5.º oferece um elemento de análise muito significativo para compreender se é ou não necessário um novo artigo *ad hoc* para permitir a utilização de obras protegidas em atividades de ensino digital.

26 *Ibid.*, art. 7.º.

27 *Ibid.*, art. 2.º.

28 *Ibid.*, art. 5.º, n.º 1, alínea a).

29 *Ibid.*, art. 25.º.

A Diretiva CDSM apela aos Estados-Membros para que se certifiquem de que os seus sistemas jurídicos permitem ou, caso isso não se verifique, possam vir a permitir, uma exceção ou limitação, explicitando:

- Para quem? Todas as pessoas sob a responsabilidade dos estabelecimentos de ensino (por exemplo, alunos, estudantes, pessoal docente, examinadores);
- Para fazer o quê? Reprodução, alteração, extração, reutilização, comunicação ao público de bases de dados; reprodução e comunicação ao público de obras; reprodução, alteração, distribuição de programas de computador ou partes dos mesmos; reprodução em linha e disponibilização de publicações de imprensa ou partes das mesmas;
- Do quê? Obras e outro material protegido pelos direitos de autor ou direitos conexos ou apenas partes e extratos deles. O considerando 21 da Diretiva CDSM sublinha que “[n]a maioria dos casos (...) só podem ser utilizadas partes de extratos de obras” para cumprir o objetivo da ilustração;
- Para que fins? Para o fim único e não comercial de ilustração para ensino (possível transposição conjunta com o fim de investigação científica);
- A menos que: as legislações nacionais em matéria de direitos de autor optem por uma derrogação de licenciamento para determinadas obras e/ou utilizações;
- Com a possibilidade de: exigir que os estabelecimentos de ensino paguem um montante fixo de remuneração equitativa aos titulares de direitos de autor, individualmente ou através de sociedades de gestão coletiva.

5. A nova exceção ao direito de autor para atividades de ensino digital no Código do Direito de Autor português

O Governo português honrou o mandato recebido pela Assembleia da República³⁰ para transpor a Diretiva CDSM, seguindo estritamente as suas diretrizes. Essas orientações se centraram na necessidade de definições certas de termos jurídicos como “instituição de investigação”, “prospecção de texto e dados” e “instituição do património cultural” e de intervir no Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos (CDADC) português³¹ para cumprir todas as obrigações previstas na Diretiva. No que respeita à regulamentação das exceções e limitações aos direitos de autor, a Assembleia da República deu instruções ao Governo para criar novas exceções e limitações em conformidade com os artigos 3-24 da Diretiva. Não foi expressa a possibilidade de avaliar, à luz do art. 25.º, se essa introdução de novas normas era mais conveniente do que um ajuste das regras existentes no sistema jurídico português.

30 Lei n.º 11/2023, Diário da República n.º 58/2023, Série I de 2023-03-22, pp. 3-5.

31 Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos, Decreto-Lei n.º 63/85, Diário da República n.º 61/1985, Série I de 1985-03-14 (1985, última alteração em 2023).

De um ponto de vista sistemático, a Proposta de Lei apresentada com o Decreto-Lei n.º 134/XXIII e o texto consolidado da reforma legislativa, aprovado e publicado no Diário da República no dia 19 de junho de 2023, não alteraram substancialmente a estrutura legislativa em matéria de utilizações livres de obras protegidas. O art. 75.º do CDACD continua a regular todas as utilizações livres e o art. 76.º estabelece todos os requisitos que essas utilizações têm de cumprir para serem lícitas. Estas duas disposições, já muito articuladas, tornaram-se ainda mais longas pelo acréscimo de várias novas exceções. Entre elas, a nova exceção relativa ao ensino digital está agora regulamentada no (novo) art. 75.º, n.º 2, alínea g)³². Seguindo o esquema de transposição esboçado acima, o legislador português optou pelas seguintes características e âmbito de aplicação.

Os beneficiários da exceção são os alunos, docentes e técnicos dos estabelecimentos de educação e ensino. A inclusão desta última categoria, ou seja, a categoria dos técnicos, é um aditamento que resultou da fase de consulta pública do processo legislativo, uma vez que não consta da Proposta de Decreto-Lei. O âmbito objetivo da exceção abrange a “reprodução, comunicação ao público [e] colocação à disposição do público” de obras e outro material protegido. A alteração, extração, reutilização de bases de dados e a alteração e distribuição de programas de computador ou partes dos mesmos não estão inseridas no texto do artigo, mas são suscetíveis de aplicação por analogia. Este âmbito objetivo de aplicação não qualifica nem exclui qualquer tipo de obras específicas, como aconteceu noutros países, por exemplo, com materiais didáticos e partituras musicais. Relativamente à quantidade que é permitida utilizar, em consonância com a Diretiva e todas as transposições nacionais, o n.º 2 do art. 76.º do Código do Direito de Autor português indica que “as obras reproduzidas ou citadas (...) não se devem confundir com a obra de quem as utiliza, nem a reprodução ou citação podem ser tão extensas que prejudiquem o interesse por aquelas obras”. Surpreendentemente, a exceção do ensino digital em Portugal permite a utilização apenas de obras e outro material protegido que tenham sido previamente tornados acessíveis ao público em qualquer território pertencente à União Europeia, ou equiparado. Esta referência representa um *unicum* no cenário jurídico da UE: nenhum outro país adotou esta formulação, cuja inspiração e justificação resulta difícil de contextualizar.

O objetivo almejado pela nova exceção é a permissão das utilizações digitais para fins exclusivos de ilustração didática, na medida justificada pelo objetivo não comercial perseguido e desde que tal utilização ocorra sob a responsabilidade de um estabelecimento de educação e ensino, seja nas suas instalações ou noutros

32 *Ibid.*, art. 75.º, n.º 2, alínea g) (“A reprodução, a comunicação ao público ou a colocação à disposição do público, a fim de permitir a utilização digital, de obras e outro material protegido, que tenham sido previamente tornados acessíveis ao público em qualquer território pertencente à União Europeia, ou equiparado, para fins exclusivos de ilustração didática, na medida justificada pelo objetivo não comercial prosseguido e desde que tal utilização ocorra sob a responsabilidade de um estabelecimento de educação e ensino, nas suas instalações ou noutros locais, ou através de um meio eletrónico seguro acessível apenas pelos alunos, docentes e técnicos em contexto escolar desse mesmo estabelecimento de educação e ensino e seja acompanhada da indicação da fonte, incluindo o nome do autor, exceto quando tal se revele impossível.”).

locais, ou através de um meio eletrónico seguro. O fim de investigação científica não está incluído na nova disposição, embora fosse uma oportunidade de otimização sistemática, devido ao facto de a finalidade científica subjacente a várias exceções dos direitos de autor ser reconhecida, mas não solidamente consagrada no CDADC. O legislador português não optou por qualquer prevalência de mecanismos de licenciamento nem por um regime de remuneração equitativa na exceção do ensino digital. Esta opção está de acordo com a tradição e a aplicação do n.º 5 do art. 75.º do Código do Direito de Autor, que torna todas as exceções aos direitos de autor insuscetíveis de ser derogadas por via contratual³³. O legislador português também não previu a possibilidade de aplicar um regime de remuneração equitativa ao exercício da exceção do ensino digital, apesar de o fazer para algumas outras exceções e limitações³⁴. De um modo geral, trata-se de uma transposição nacional que se enquadra em padrões consolidados de considerações e ponderações nacionais de todos os Estados-Membros. O principal destaque que parece distinguir a experiência portuguesa no que respeita à exceção do ensino digital é a necessidade de compreender a livre utilização de conteúdos protegidos no seu objetivo de promover a educação como fim último da disposição e, portanto, atribuir-lhe o estatuto, pleno e inequívoco, de utilização livre em benefício de todas as comunidades educativas nacionais.

6. Conclusões

Vale a pena retomar os fios de análise desde o início, nomeadamente desde as palavras-chave educação e cultura. No que se refere ao art. 5.º da Diretiva CDSM, a questão que lidera atualmente o debate é a seguinte: conseguimos, enquanto sociedade europeia, chamar a atenção para o problema da definição de um justo equilíbrio específico entre os direitos de autor e o direito à educação? Tendo em conta o contexto normativo e a experiência jurídica em Portugal, a minha conclusão inclina-se para uma resposta afirmativa. O debate que a Diretiva CDSM suscitou e trouxe a múltiplas mesas académicas e públicas abraçou o art. 5.º e alguns dos seus aspetos cruciais. Este facto contribuiu para o desenvolvimento de um foco (não tão novo, mas reencontrado) nos debates sobre direitos de autor e educação, bem como sobre as complicadas relações entre os direitos de autor e a esfera pública, em termos gerais.

O contexto educativo talvez não se tenha tornado o protagonista do projeto europeu de modernização das regras do direito de autor, mas é, a título definitivo, uma personagem desta história. Desenvolvimentos muito recentes nas mesas de negociações legislativas internacionais apontam para uma possível dinâmica futura em torno da definição de normas sobre exceções aos direitos de autor para utilizações educativas. Renovando o interesse sobre este assunto e prestando crescente atenção ao direito

33 *Ibid.*, art. 75.º, n.º 5 (“É nula toda e qualquer cláusula contratual que vise eliminar ou impedir o exercício normal pelos beneficiários das utilizações enunciadas nos n.ºs 1, 2 e 3 deste artigo, sem prejuízo da possibilidade de as partes acordarem livremente nas respectivas formas de exercício, designadamente no respeitante aos montantes das remunerações equitativas.”).

34 *Ibid.*, art. 76.º, n.º 1, alíneas b), c) e d).

de acesso à educação digital após a pandemia de COVID-19³⁵, em 17 de março de 2023, o Comité Permanente dos Direitos de Autor e Direitos Conexos da Organização Mundial da Propriedade Intelectual adotou a Proposta do Grupo Africano para um Projeto de Programa de Trabalho sobre Exceções e Limitações³⁶. A proposta continha um programa de trabalho destinado a “trabalhar no sentido da adoção de um instrumento ou instrumentos jurídicos internacionais adequados sobre exceções e limitações” e enumera como uma das suas prioridades a necessidade de “promover a adaptação das exceções e limitações ao ambiente em linha, permitindo, por exemplo, o ensino, a aprendizagem e a investigação através de ferramentas digitais e em linha”³⁷. Para além das considerações jurídicas sobre o desafiador, mas necessário, percurso para tornar mais sólido e eficaz o enquadramento jurídico dos direitos de autor em todos os seus níveis jurisdicionais, para concluir com uma nota otimista e desejosa, deve ser valorizado que, no caso da exceção do ensino digital, não se estão a perder ocasiões. Possa esta experiência transformar-se, assim, num exemplo virtuoso de debate público e de elaboração de legislação inclusiva nas sociedades em evolução dentro e fora da UE.

35 Mathieu Deflem, “The Right to Teach in a Hyper-Digital Age: Legal Protections for (Post-)Pandemic Concerns”, *Society*, Vol. 58(1) (2021), pp. 204 e ss.; Maria D. Papadopoulou, “Copyright Limitations and Exceptions in an E-Education Environment”, *European Journal of Law and Technology*, Vol. 1(2) (2010).

36 OMPI – Standing Committee on Copyright and Related Rights, “Proposal by African Group for a Draft Work Program on Exceptions and Limitations”, SCCR/43/8, 2023.

37 *Ibid.* (traduzido pela autora).

As novas exceções aos direitos de autor e o desenvolvimento da Inteligência Artificial na Europa: a prospeção de textos e dados¹

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.128.3>

Alexandre L. Dias Pereira²

Resumo

O desenvolvimento da Inteligência Artificial justificou a introdução de uma nova exceção relativamente à prospeção de textos e dados para fins de investigação científica por parte de organismos de investigação e entidades responsáveis pelo património cultural. Esta exceção é imperativa, não admitindo cláusula em contrário nem proteção técnica que a impeça. Além desta exceção de interesse geral, é ainda prevista uma exceção de prospeção de textos e dados para outros fins, de natureza supletiva, e que se aplica também aos programas de computador. É discutível se o novo regime alarga ou, pelo contrário, se restringe a liberdade de inovação no domínio da Inteligência Artificial, não sendo certo de que modo o novo regime de direitos de autor na União Europeia contribuirá para o desenvolvimento da Inteligência Artificial baseado em “aprendizagem da máquina”.

Palavras-chave

Direitos de autor; prospeção de textos e dados; Inteligência Artificial; investigação científica; inovação tecnológica.

1 Texto de apoio à comunicação apresentada no Congresso “Direitos de autor: as recentes alterações legislativas”, organizado por JusGov – Centro de Investigação em Justiça e Governança da Escola de Direito da Universidade do Minho e NOVA Knowledge Centre on Intellectual Property & Sustainable Innovation (NOVA IPSI) da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, que teve lugar em Braga, no dia 26 de abril de 2023, na Escola de Direito da Universidade do Minho.

2 Universidade de Coimbra, Professor Associado da Faculdade de Direito e Investigador do Instituto Jurídico.

Sumário

1. Introdução: uma lei de direitos de autor para a promoção da aprendizagem da máquina?
2. Prospecção de textos e dados para fins de investigação científica por organismos de investigação e instituições do património cultural;
3. Prospecção de textos e dados por outras entidades e/ou para outros fins;
4. Conclusão.

Abstract

The development of Artificial Intelligence justified the introduction of a new exception regarding text and data mining for purposes of scientific research by research organizations and entities responsible for cultural heritage. This exception is imperative, not admitting clauses to the contrary nor technical protection that hinders it. In addition to this exception of general interest, an exception is also foreseen for text and data mining for other purposes, which applies by default, and also to computer programs. It is doubtful whether the new regime extends or, on the contrary, restricts the freedom of innovation in the field of Artificial Intelligence, as it is not clear how the copyright regime in the European Union will contribute to the development of Artificial Intelligence based upon machine learning.

Keywords

Copyright; text and data mining; Artificial Intelligence; scientific research; technological innovation.

Summary

1. Introduction: a copyright law to promote machine learning?
2. Prospection of texts and data for the purposes of scientific research by research organizations and cultural heritage institutions;
3. Prospection of texts and data by other entities and/or for other purposes;
4. Conclusion. *Post-scriptum*.

1. Introdução: uma lei de direitos de autor para a promoção da aprendizagem da máquina?

A Inteligência Artificial (doravante, IA) foi identificada pela Comissão Europeia como um setor crítico para a Europa, considerando que o “aumento da capacidade computacional, a disponibilidade de dados e a evolução dos algoritmos fizeram da IA uma das tecnologias mais estratégicas do século XXI”³. Todavia, o desenvolvimento da IA enfrenta constrangimentos legais e incerteza jurídica, nomeadamente no que respeita à utilização pelos sistemas de IA de obras literárias e artísticas protegidas por direitos de autor, o mesmo valendo para os direitos conexos, os programas de computador e as bases de dados.

Do ponto de vista meramente técnico, os sistemas de IA reproduzem obras e outros conteúdos no processo de elaboração de novos conteúdos, sejam textos, sons e/ou imagens fixas ou animadas, e até software. No domínio das bases de dados, os sistemas de IA procedem à extração de dados da base. Estes atos de reprodução ou extração estão sujeitos a direitos de autor ou direitos especiais?

Ainda em fase de trabalhos preparatórios sobre a Diretiva 2019/790 sobre direitos de autor no mercado único digital⁴, a Comissão Europeia considerou muito útil para o desenvolvimento da IA a nova exceção ou limitação obrigatória para a utilização de tecnologias de prospeção de textos e dados no domínio da investigação científica⁵.

Mais tarde, já depois de aprovada a Diretiva, o Parlamento Europeu adotou uma resolução sobre direitos de propriedade intelectual para o desenvolvimento das tecnologias de inteligência artificial⁶, nos termos da qual será possível a proteção de obras geradas autonomamente por IA com “recurso a material protegido por direitos de autor, apenas se o titular dos direitos de autor tiver concedido autorização, a menos que se apliquem exceções ou limitações aos direitos de autor” (para. 15), em especial “a exceção relativa à prospeção de textos e dados prevista na diretiva relativa aos direitos de autor e direitos conexos no mercado único digital” (para. 17),

3 Inteligência artificial para a Europa, COM(2018) 237 final, Bruxelas, 25.4.2018, p. 3.

4 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.

5 Inteligência artificial para a Europa, *cit.*, p. 11. Sobre os trabalhos preparatórios sobre o tema, *vd.* Jean-Paul Triaille/Jérôme de Meeûs d'Argenteuil/Amélie de Francquenm, *Study on the legal framework of text and data mining (TDM)*, 2014; Christophe Geiger/Giancarlo Frosio/Oleksandr Bulayenko, “The Exception for Text and Data Mining (TDM) in the Proposed Directive on Copyright in the Digital Single Market – Legal Aspects”, European Parliament, 2018.

6 Resolução do Parlamento Europeu, de 20 de outubro de 2020, sobre os direitos de propriedade intelectual para o desenvolvimento de tecnologias ligadas à inteligência artificial, para. 20 – https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0277_PT.html. Esta resolução é uma entre várias resoluções do Parlamento Europeu sobre IA e surge em linha com a agenda da Comissão Europeia anunciada no seu Livro Branco sobre a inteligência artificial – Uma abordagem europeia virada para a excelência e a confiança, COM(2020) 65 final, Bruxelas, 19.2.2020. Mais recentemente, *vd.* Resolução do Parlamento Europeu, de 3 de maio de 2022, sobre a inteligência artificial na era digital, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0140_PT.html.

recordando ainda “o dever ético da União de apoiar o desenvolvimento em todo o mundo, facilitando a cooperação transfronteiras em matéria de IA, nomeadamente através de limitações e exceções no que respeita à investigação transfronteiras e à pesquisa de textos e dados, conforme estabelece a Diretiva relativa aos direitos de autor e direitos conexos no mercado único digital”⁷.

Assim, é na Diretiva 2019/790 que devemos procurar respostas para a questão de saber se e como servem atualmente os direitos de autor o desenvolvimento da IA, nomeadamente na chamada aprendizagem da máquina (*machine learning*). A primeira lei de direitos de autor⁸ intitulava-se justamente “An Act for the Encouragement of Learning”, ou seja, uma lei para a promoção da aprendizagem. Será este o tempo do copyright para a promoção da aprendizagem da máquina?

2. Prospeção de textos e dados para fins de investigação científica por organismos de investigação e instituições do património cultural

A Diretiva 2019/790 introduz exceções ou limitações “obrigatórias” para usos de tecnologias de prospeção de texto e dados, ilustração para ensino no ambiente digital e para preservação do património cultural (cons. 5). Estas exceções somam-se às já previstas designadamente nas Diretivas 96/9, 2001/29 e 2009/24, mas agora são obrigatórias e não meramente facultativas. Considera-se que a nova exceção de prospeção de textos e dados desempenha um papel importante para o desenvolvimento da IA.

Para começar, a prospeção de textos e dados é considerada um novo tipo de utilização tornado possível pelas tecnologias digitais e ainda não previsto na legislação da UE (cons. 8). É a chamada análise computacional automatizada de informações em formato digital, como textos, sons, imagens ou dados. A prospeção de textos e dados é uma ferramenta muito valiosa para a investigação e a inovação, uma vez que processa grandes quantidades de informação com o objetivo de obter novos conhecimentos e descobrir novas tendências. Por prospeção de textos e dados entende-se “qualquer técnica de análise automática destinada à análise de textos e dados em formato digital, a fim de produzir informações, tais como padrões, tendências e correlações, entre outros”⁹.

7 A política de desenvolvimento da IA não poderá fazer tábua rasa dos direitos de autor, nem isentar os utilizadores de sistemas de IA relativamente a violações aos direitos de autor, atribuindo a responsabilidade ao Robot. Como referem Martin Senftleben/Laurens Buijtelar, “Robot Creativity: An Incentive-Based Neighbouring Rights Approach”, *European Intellectual Property Review*, Vol. 42/12 (2020), pp. 797-812, 814: “Instead of seeing the grant of protection as a stimulus for stronger efforts to develop the full potential of creative AI machines, robot users may eschew the right holder status to escape liability for potential infringements”.

8 The British Copyright Statute of Anne, de 1710, <https://www.copyrighthistory.com/anne.html>.

9 Art. 2.º, n.º 2, da Diretiva 2019/790.

Para superar a insegurança jurídica sobre o relevo jurídico-autoral da prospeção de textos e dados, a Diretiva estabelece que as universidades e outros organismos de investigação, bem como as instituições responsáveis pelo património cultural podem fazer prospeção de textos e de dados sem autorização dos titulares de direitos, por ex. quando os dados são normalizados nesse processo, mesmo que esses atos sejam protegidos por direitos autorais, direitos conexos, direitos especiais, como o direito *sui generis* do produtor de base de dados ou o novo direito do editor de publicações de imprensa no que diz respeito a utilizações em linha.

Esta exceção de prospeção de textos ou dados para fins de investigação científica aproveita apenas a organismos de investigação e instituições responsáveis pelo património cultural. Por “organismo de investigação” entende-se “uma universidade, incluindo as suas bibliotecas, um instituto de investigação ou qualquer outra entidade cujo principal objetivo seja a realização de investigação científica ou o exercício de atividades didáticas que envolvam igualmente a realização de investigação científica, sem fins lucrativos ou para reinvestir a totalidade dos lucros na investigação científica ou no quadro de uma missão de interesse público reconhecida por um Estado-Membro, de modo que o acesso aos resultados provenientes dessa investigação científica não possa beneficiar em condições preferenciais uma empresa que exerça uma influência decisiva sobre esse organismo”. Já por “instituição responsável pelo património cultural”, entende-se “uma biblioteca ou um museu acessíveis ao público, um arquivo ou uma instituição responsável pelo património cinematográfico ou sonoro”¹⁰.

A exceção de prospeção de textos ou dados para fins de investigação científica prevalece sobre eventuais condições de assinatura de publicações ou de termos de licenças de acesso aberto que excluam a prospeção de textos e de dados (cons. 10). A exceção é limitada ao direito exclusivo de reprodução e ao direito de impedir a extração de base de dados, e é prevista a favor apenas de universidades e outros organismos de investigação, e instituições responsáveis pelo património cultural, embora seja extensível aos seus parceiros privados em atividades de investigação no âmbito de parcerias público-privadas (cons. 11). Todavia, esta exceção depende de os respetivos beneficiários terem “acesso legal” aos conteúdos protegidos, podendo tal acesso basear-se numa política de acesso aberto ou em acordos entre titulares de direitos e organismos de pesquisa ou instituições de património cultural (por ex., assinaturas), ou por outros meios legais, como, por ex., conteúdos livremente disponíveis em linha (cons. 14).

Assim, não carecem de autorização do titular de direitos as “reproduções e extrações efetuadas por organismos de investigação e por instituições responsáveis pelo património cultural para a realização de prospeção de textos e dados de obras ou outro material protegido a que tenham acesso legal para efeitos de investigação científica”¹¹.

10 Art. 1.º, n.ºs 1 e 3, da Diretiva 2019/790, respetivamente.

11 Art. 3.º, n.º 1, da Diretiva 2019/790.

A exceção de prospeção de textos e dados justifica o armazenamento de cópias para fins de investigação científica, incluindo para verificação subsequente dos resultados da investigação, desde que o armazenamento seja feito em ambiente seguro. Fica a cada Estado-Membro decidir, após debate com as partes interessadas relevantes, sobre outras disposições específicas para a conservação das cópias, incluindo a possibilidade de nomear organismos de confiança para o efeito. Todavia, as condições de segurança não devem restringir indevidamente a aplicação da exceção, antes devendo ser proporcionadas e limitadas ao necessário para conservar as cópias de forma segura e impedir a utilização não autorizada. De igual modo, as condições de segurança não devem impedir outras utilizações para fins de investigação científica, como a revisão científica por pares e a investigação conjunta, que se consideram já abrangidas pela exceção ou limitação prevista no art. 5.º, n.º 3, alínea a), da Diretiva 2001/29/CE (cons. 5). De resto, esta exceção não prejudica as restantes exceções ou limitações aos direitos exclusivos. Deste modo, como se lê no preâmbulo, "(9) A prospeção de textos e dados pode ser igualmente realizada em relação aos factos em si ou aos dados que não estão protegidos por direitos de autor e, nesses casos, não é necessária qualquer autorização ao abrigo do direito em matéria de direitos de autor", assim como não envolver atos de reprodução ou envolver reproduções abrangidas pela exceção obrigatória sobre os atos de reprodução temporária prevista no art. 5.º, n.º 1, da Diretiva 2001/29/CE, "que deverá continuar a ser aplicada às técnicas de prospeção de textos e dados que não impliquem fazer cópias dos materiais para além do âmbito desta exceção" (cons. 9). Ou seja, o princípio é o de que a exceção de prospeção de textos e dados não deve ser interpretada *a contrario sensu* para alargar o objeto e o conteúdo do direito exclusivo, nem apertar o alcance das exceções e limitações já existentes.

Assim, as cópias de obras ou de outro material protegido efetuadas no âmbito da prospeção de textos e dados devem ser armazenadas com um nível de segurança adequado e podem ser conservadas para fins de investigação científica, incluindo para a verificação dos resultados da investigação, podendo os titulares de direitos aplicar medidas para assegurar a segurança e a integridade das redes e bases de dados em que as obras ou outro material protegido são acolhidos na medida do que for necessário para alcançar esse objetivo. Para o efeito, os Estados-Membros incentivarão os titulares de direitos, os organismos de investigação e as instituições responsáveis pelo património cultural a definir melhores práticas previamente acordadas¹².

Será devida uma compensação equitativa pelas reproduções efetuadas pela prospeção de textos e dados para fins de investigação científica? Nos termos do preâmbulo, não se justifica compensar os titulares de direitos pelas utilizações permitidas pela nova exceção, uma vez que o dano potencial que sofrem é mínimo, tendo em conta que é limitada a entidades que realizam investigação científica (cons. 17).

12 Art. 3.º, n.ºs 2, 3 e 4 da Diretiva 2019/790. O regime jurídico da segurança informática é estabelecido pela Lei n.º 46/2018, de 13 de agosto, que transpõe a Diretiva (UE) 2016/1148, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de julho de 2016, relativa a medidas destinadas a garantir um elevado nível comum de segurança das redes e dos sistemas de informação em toda a União Europeia.

3. Prospecção de textos e dados por outras entidades e/ou para outros fins

Ao lado da exceção para fins de investigação científica por organismos de investigação e instituições do património cultural é prevista uma outra exceção de prospecção de textos e dados por outras entidades e/ou para outros fins. Como se lê no preâmbulo: “Para além da sua importância no contexto da investigação científica, as técnicas de prospecção de textos e dados são amplamente utilizadas, tanto pelas entidades públicas, como privadas para analisar grandes quantidades de dados em diferentes domínios da vida e para vários fins, nomeadamente para serviços públicos, decisões empresariais complexas e para o desenvolvimento de novas aplicações ou tecnologias.”¹³.

Entende-se, todavia, que a prospecção de dados para estes outros fins e por outras entidades deve poder ser objeto de licenças por parte dos titulares de direitos, embora supletivamente não seja necessária autorização. Considera-se existir insegurança jurídica relativamente às reproduções e extrações efetuadas para efeitos de prospecção de textos e dados mesmo quando o acesso ao conteúdo seja legal, em especial no que respeita às condições da exceção de reprodução temporária prevista no art. 5.º, n.º 1, da Diretiva 2001/29/CE.

Assim, a solução encontrada e que visa igualmente, além de proporcionar maior segurança jurídica, “incentivar a inovação também no setor privado” (cons. 18) foi estabelecer uma exceção geral de reproduções e extrações de obras ou outro material protegido para fins de prospecção de textos e dados e de armazenamento de cópias durante o tempo necessário para esses fins. Esta exceção pressupõe também que o acesso ao conteúdo seja legal, “nomeadamente sempre que tenha sido disponibilizado em linha ao público e desde que os titulares dos direitos não tenham reservado, de forma adequada, o direito de efetuar reproduções e extrações para prospecção de textos e dados”¹⁴.

Os titulares de direitos podem reservar o direito de prospecção de dados mediante a utilização de meios de leitura ótica, incluindo metadados e condições gerais de um sítio Internet ou de um serviço, relativamente a conteúdos que tenham sido disponibilizados em linha ao público, ou por acordos contratuais ou por uma declaração unilateral nos restantes casos. Em qualquer caso, a exceção supletiva de prospecção de textos e dados não deve prejudicar a prevista obrigatoriamente para fins de investigação científica, nem a exceção de reprodução temporária prevista no art. 5.º, n.º 1, da Diretiva 2001/29/CE.

Assim, os titulares de direitos podem impedir a prospecção de textos e dados para outros fins que não a investigação científica. Apesar de supletiva, esta exceção geral de prospecção de textos e dados aplica-se igualmente aos programas de computador,

13 Considerando (18) da Diretiva 2019/790.

14 Considerando (18), para. 2, da Diretiva 2019/790.

cuja proteção jurídica já previa a liberdade de análise de programas como objeto de pesquisa científica ou de ensino, assim como a descompilação das interfaces do programa para fins de interoperabilidade com outros programas¹⁵. Não obstante se sustentar que a prospeção de textos e dados deveria igualmente aplicar-se a programas de computador quando efetuada para fins de investigação científica¹⁶, a verdade é que, quando efetuada para outros fins ou até por outras entidades que prossigam fins de investigação científica, mas não se enquadrem na noção de organismos de investigação, a análise de software mediante prospeção de textos e dados é agora apenas supletiva, já não imperativa. Com efeito, é estabelecida uma exceção aos direitos previstos no art. 5.º, alínea a), e 7.º, n.º 1, da Diretiva 96/9 (bases de dados), no art. 2.º Diretiva 2001/29 (direito de reprodução), no art. 4.º, n.º 1, alíneas a) e b), da Diretiva 2009/24 (programas de computador) e no art. 15.º, n.º 1, da diretiva mercado digital (direito do editor de publicações de imprensa), para as reproduções e as extrações de obras e de outro material protegido legalmente acessíveis para fins de prospeção de textos e dados, assim como para a conservação desses conteúdos enquanto for necessário para esses fins, ressalvando-se, todavia, que os titulares de direitos podem reservar expressamente essa utilização de forma adequada, em particular por meio de leitura ótica no caso de conteúdos disponibilizados ao público em linha, sem prejuízo da exceção de prospeção de textos e dados para fins de investigação científica¹⁷.

4. Conclusão

O desenvolvimento da IA justificou a introdução de uma nova exceção relativamente à prospeção de textos e dados para fins de investigação científica por parte de organismos de investigação e entidades responsáveis pelo património cultural. Esta exceção é obrigatória e imperativa, não admitindo cláusula em contrário nem proteção técnica que a impeça.

Além desta exceção de interesse geral, é ainda prevista uma exceção de prospeção de textos e dados para outros fins, mas com algumas nuances. Primeiro, apesar de ser também obrigatória, já é apenas supletiva, podendo o titular de direitos reservar esta nova utilização. Segundo, aplica-se igualmente aos programas de computador,

15 Art. 10.º, n.º 2, e art. 7.º, respetivamente, do Decreto-Lei n.º 252/94, de 20 de outubro, que transpõe para a ordem jurídica interna a Diretiva n.º 91/250/CEE, do Conselho, de 14 de maio, relativa ao regime de proteção jurídica dos programas de computador, entretanto revogada e substituída pela Diretiva 2009/24/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 23 de abril de 2009.

16 J. Griffiths/T. Synodinou/R. Xalabarder, *Comment of the European Copyright Society Addressing Selected Aspects of the Implementation of Articles 3 to 7 of Directive (EU) 2019/790 on Copyright in the Digital Single Market*, European Copyright Society, 2022: “While it is possible that TDM for research on computer programs can be performed on the grounds of Art 5 (3) of the Computer Programs Directive (the so called ‘black box’ analysis), that provision does not cover acts of translation and adaptation. [...] National lawmakers are encouraged to eliminate the disparities regarding the scope of application of the provisions of Art 3 and 4 DSMD and specifically to provide that TDM for research purposes on computer programs is also allowed.” – p. 16.

17 Art. 4.º, n.º 1, da Diretiva 2019/790.

acrescendo à liberdade de descompilação para fins de interoperabilidade e à liberdade de análise de programas como objeto de pesquisa científica ou de ensino.

O desenvolvimento da IA, no que respeita à utilização em prospeção de textos e dados, introduz para os titulares de direitos o ónus de reservar expressamente esta nova utilização, que de outro modo é supletivamente autorizada por lei, e até imperativa, se realizada para fins de investigação científica.

A razão de ser desta nova exceção não seria, de todo, evidente¹⁸, uma vez que a Diretiva 2001/29 já excluía as reproduções transitórias, meramente instrumentais numa utilização legítima, aí incluindo a navegação em rede (*browsing*). Nesta perspetiva, a nova exceção teria por efeito limitar essa exclusão do ato de reprodução, permitindo aos titulares de direitos reservar a prospeção de textos e dados como utilização economicamente relevante. O mesmo vale, aliás, para os programas de computador, em que já antes era permitida a análise de programas objeto de ensino e de investigação, assim como a descompilação, sendo que a nova exceção de prospeção de textos e dados para fins de investigação científica não contempla agora a análise de programas de computador...

Por outro lado, ao abranger no exclusivo a prospeção de textos e dados, ainda que sujeita a reserva expressa, é discutível se a Diretiva 2019/790 não colocará um obstáculo significativo ao desenvolvimento da IA na Europa¹⁹, em comparação com ambientes jurídicos menos rígidos, como o norte-americano, marcado por uma cláusula geral de *fair use* que confia aos tribunais a gestão casuística da adaptação da lei do *copyright* às necessidades do desenvolvimento tecnológico²⁰. Alega-se,

18 Eleonora Rosati, "An EU Text and Data Mining exception for the few: would it make sense?", *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, Vol. 13/6 (2018), pp. 429-430.

19 Thomas Margoni/Martin Kretschmer, "A Deeper Look into the EU Text and Data Mining Exceptions: Harmonisation, Data Ownership, and the Future of Technology", *GRUR Int.*, Vol. 71/8 (2022), pp. 685-701 ("there should be no need for a TDM exception for the act of extracting informational value from protected works. The EU's CDSM provisions paradoxically may favour the development of biased AI systems due to price and accessibility conditions for training data that offer the wrong incentives. To avoid licensing, it may be economically attractive for EU-based developers to train their algorithms on older, less accurate, biased data, or import AI models already trained abroad on unverifiable data"). De igual modo crítico, considerando que "a opção pela consagração de exceções para atividades de prospeção de dados de escopo normativo restrito foi insensata", "prejudicial à posição concorrencial da UE" e "contraditória em relação aos objetivos estratégicos que as próprias instituições europeias", Tito Rendas, "Inteligência artificial, prospeção de dados e direito de autor", in *Propriedade Intelectual, Contratação e Sociedade da Informação. Estudos Jurídicos em Homenagem a Manuel Othen Mendes*, coord. Dário Moura Vicente, Nuno Sousa e Silva, APDI/Almedina, 2022, p. 531-562, 559. Ver também Charlotte Gerrish, *European Copyright Law and the Text and Data Mining Exceptions and Limitations With a focus on the DSM Directive, is the EU Approach a Hindrance or Facilitator to Innovation in the Region?*, Uppsala University, 2019.

20 Vanessa Jiménez Serranía, "Datos, minería e innovación: ¿qvo vadis, Europa? Análisis sobre las nuevas excepciones para la minería de textos y datos", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 12/1 (2020), pp. 247-258 ("es realmente necesario, a nuestro entender, replantearse seriamente a nivel europeo el impulso del llamado 'flexible copyright' en la aplicación de la regla de los tres pasos (three-step rules), especialmente en aras de permitir la actividad innovadora o transformativa" – p. 256). Sobre o tema, Christophe Geiger, "The Role of the Three-Step Test in the Adaptation of Copyright Law to the Information Society", *e-Copyright Bulletin*, 2007; Eleonora Rosati, "Copyright reformed: the narrative of flexibility

inclusivamente, que a Diretiva teria sido mais uma “oportunidade perdida” para modernizar os direitos de autor face aos desafios da tecnologia, em especial da IA²¹.

O futuro o dirá, mas, ao contrário do que defendem a Comissão e o Parlamento Europeu, não é claro de que modo o regime de direitos de autor na União Europeia contribuirá para o desenvolvimento da IA. Por outro lado, ao excluir a compensação equitativa pela exceção de prospeção de textos e dados para fins de investigação científica, fica em aberto se, no caso da prospeção para outros fins, deverá ter lugar essa compensação²².

A Lei n.º 11/2023, de 22 de março, autorizou o Governo a legislar em matéria de direito de autor e direitos conexos no mercado único digital, transpondo a Diretiva 2019/790. Na matéria em análise limita-se a permitir ao governo “criar exceções e limitações ao exercício do direito de autor e dos direitos conexos, incluindo os direitos sobre os programas de computador e sobre as bases de dados, nos termos dos artigos 3.º, 4.º, 5.º, 6.º, 7.º, 8.º, 9.º, 10.º, 17.º e 24.º da Diretiva (UE) 2019/790” (art. 2.º, alínea b)).

Post-scriptum – A transposição efetuada pelo Decreto-Lei n.º 47/2023

A Diretiva 2019/790 foi transposta para o direito interno pelo Decreto-Lei n.º 47/2023, de 19 de junho. No que respeita às exceções de prospeção de textos e dados, a transposição consistiu em introduzir duas novas alíneas, a v) e a w), no n.º 2 do art. 75.º, e no aditamento de um novo número, o seis, ao referido artigo, para prever as noções de “organismo de investigação” e de “prospeção de textos e dados”. Além disso, alterou o art. 76.º sobre requisitos da utilização livre, introduzindo novos números, designadamente, o quatro (sobre armazenamento seguro das reproduções efetuadas para fins de prospeção) e o cinco (sobre medidas de segurança e de integridade das redes e bases de dados onde são conservados os textos e dados objeto de prospeção). A este propósito, o legislador não tirou partido da possibilidade de nomear organismos de confiança para o efeito das medidas de segurança informática e de integridade das redes.

Por outro lado, o Decreto-Lei n.º 43/2023 alterou igualmente o Decreto-Lei n.º 122/2000, de 4 de julho, que transpôs a Diretiva 96/9. Aditou uma nova alínea ao n.º 1 do art. 10.º, sob a epígrafe “exceções”, permitindo atos de reprodução e extração

and its pitfalls in policy and legislative initiatives (2011–2021)”, *Asia Pacific Law Review*, Vol. 31/1 (2023), pp. 33-54.

21 Theodoros Chiou, “Copyright lessons on Machine Learning: what impact on algorithmic art?”, *JIPITEC*, Vol. 10 (2019), pp. 398-411 (“the DSM Directive is a missed opportunity for true modernization of the European Copyright Law” – p. 411).

22 Maria Victória Rocha, “Prospeção de texto e dados (Text And Data Mining) na Diretiva relativa aos Direitos de Autor e Direitos Conexos no Mercado Único Digital”, *RRDDIS – Revista Rede de Direito Digital, Intelectual & Sociedade*, Vol. 2/4 (2022), pp. 99-164 (destacando o “papel fundamental” destas exceções para “para impulsionar os *Big Data* e a inteligência artificial (IA) na União Europeia” – p. 160).

de obras e de outro material protegido legalmente acessíveis para fins de prospeção de textos e dados, desde que essa utilização não tenha sido expressamente reservada pelos respetivos titulares de direitos de forma adequada (exceção supletiva de prospeção de textos e dados para outros fins). Além disso, aditou ao art. 15.º duas outras utilizações livres, a saber, os “atos de reprodução e extração efetuados por organismos de investigação e por instituições responsáveis pelo património cultural para a realização de prospeção de textos e dados de obras ou outro material protegido a que tenham acesso legal para efeitos de investigação científica”, por um lado (alínea e)), e os “atos de reprodução e extração de obras e de outro material protegido legalmente acessíveis para fins de prospeção de textos e dados, desde que essa utilização não tenha sido expressamente reservada pelos respetivos titulares de direitos de forma adequada, em particular por meio de leitura ótica no caso de conteúdos disponibilizados ao público em linha”, por outro (alínea f)).

De notar ainda que o Decreto-Lei n.º 47/2023 não alterou o Decreto-Lei n.º 252/94 sobre proteção jurídica dos programas de computador. A Diretiva 2019/790 estabelece expressamente que “Os Estados-Membros devem prever uma exceção ou uma limitação aos direitos previstos [...] no artigo 4.o, n.º 1, alíneas a) e b), da Diretiva 2009/24/CE [...], para as reproduções e as extrações de obras e de outro material protegido legalmente acessíveis para fins de prospeção de textos e dados” para fins diferentes da investigação científica ou por entidades que não sejam organismos de investigação ou instituições responsáveis pelo património cultural.

A transposição da Diretiva foi omissa quanto a este ponto. Terá o legislador considerado, possivelmente, que a não previsão da exceção de prospeção de textos e dados para fins de investigação científica no domínio dos programas de computador seria interpretada, *a contrario*, no sentido de esses atos não serem permitidos. Todavia, parece-nos que essa utilização livre já resultaria da liberdade de análise de programas como objeto de pesquisa científica ou de ensino, assim como a descompilação das interfaces do programa para fins de interoperabilidade com outros programas²³. Em qualquer caso, a omissão do legislador é criticável, embora se reconheça que a natureza supletiva da exceção de prospeção de textos e dados para fins diferentes da investigação científica contribuirá para limitar ainda mais a inovação tecnológica concorrencial no software, que é um setor crítico da IA.

23 Art. 10.º, n.º 2, e art. 7.º, respetivamente, do Decreto-Lei n.º 252/94, de 20 de outubro, que transpõe para a ordem jurídica interna a Diretiva n.º 91/250/CEE, do Conselho, de 14 de maio, relativa ao regime de proteção jurídica dos programas de computador, entretanto revogada e substituída pela Diretiva 2009/24/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 23 de abril de 2009.

Irrelevante ou revolucionário? O novo direito conexo do editor de imprensa

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.128.4>

Nuno Sousa e Silva¹

Resumo

Não obstante duas experiências nacionais falhadas e intensa controvérsia, o legislador europeu estabeleceu, no art. 15.º da Diretiva 2019/790, um novo direito conexo para o editor de publicações de imprensa. Esta norma gera considerável incerteza e, por isso, levou a transposições divergentes nos vários Estados-Membros. Este texto oferece uma análise crítica dos termos da consagração deste novo direito conexo em Portugal.

Palavras-chave

Editores de imprensa; direitos de autor; direito da União Europeia; conteúdos digitais.

Sumário

1. Enquadramento; **2.** Objeto e sujeitos; **3.** Conteúdo e limites; **4.** Gestão; **5.** Conclusão.

¹ Advogado e Prof. Auxiliar da UCP (Porto). E: nsousaesilva@gmail.com W: www.nss.pt. Este texto corresponde ao suporte escrito de uma intervenção na Conferência “Direitos de Autor: as alterações legislativas anunciadas”, organizada pela Prof. Doutora Maria Miguel Carvalho e pela Prof. Doutora Giulia Piora, a quem agradeço o convite, e que teve lugar na Escola de Direito da Universidade do Minho, no dia 26 de abril de 2023. Este texto beneficiou dos comentários de Tito Rendas, que se registam e agradecem.

Abstract

Despite two failed national experiments and intense controversy, the European legislator established, in Article 15 of Directive 2019/790, a new neighboring right for press publishers. This rule generates considerable uncertainty and has therefore led to divergent transpositions in the various Member States. This presents a critical analysis of this new neighboring right in Portugal.

Keywords

Press publishers; copyright; EU law; digital content.

Summary

1. Context; **2.** Subject matter and subjects; **3.** Content, exceptions and limitations; **4.** Management; **5.** Conclusion.

1. Enquadramento

Nas últimas duas décadas, a imprensa tem enfrentado uma diminuição das suas receitas, publicitárias e provenientes da distribuição de exemplares. As razões são múltiplas, mas não há dúvida de que a proeminência da Internet como meio de distribuição e consumo de conteúdos e publicidade tem contribuído para esse declínio². Além disso, a proliferação de informação noticiosa *online* tornou mais fácil e mais importante a atividade de *clipping* (que implica a monitorização de imprensa e a recolha e disponibilização dos conteúdos relevantes) e levou ao surgimento de agregadores de notícias, como o Google News. Estas atividades, que envolvem a reprodução de conteúdos noticiosos e o seu reaproveitamento, rapidamente suscitaram pretensões de remuneração e acusações de parasitismo por parte dos titulares das publicações periódicas³.

Nalguns países foram concluídos acordos entre agregadores de notícias e associações representativas dos editores, como na Bélgica (pondo fim a um contencioso judicial)⁴ e em França (com a intervenção do Governo, tendo sido estabelecido um fundo dedicado à inovação na publicação digital)⁵.

Noutros países, optou-se pela via legislativa⁶. A 22 de março de 2013, a Alemanha tornou-se o primeiro país europeu a consagrar um direito conexo para proteger editores de imprensa (*Leistungsschutzrecht für Pressverleger*). A lei alemã de direitos de autor (UhrG) foi alterada, tendo sido introduzidos novos artigos: §87f, §87g e §87h, atribuindo ao produtor de conteúdo noticioso um direito exclusivo de controlar a utilização de excertos de material noticioso com exceção de uma palavra ou “excertos muito curtos” (§87f(1) UhrG). Material noticioso era definido como “um compêndio de artigos jornalísticos determinado editorialmente e publicado periodicamente sob um dado título” (§87f(2) UhrG). O direito teria a duração de um ano (§87g(2) UhrG), sendo transmissível (§87g(1) UhrG) e não poderia ser exercido contra os autores da obra em causa (§87g(3) UhrG), os quais teriam direito a uma parte da remuneração auferida pelos titulares deste direito conexo (§87h UhrG)⁷. Esta controversa intervenção, conhecida

2 https://en.wikipedia.org/wiki/Decline_of_newspapers.

3 Na verdade, as tentativas de apropriação exclusiva de conteúdo noticioso não são novas (cfr. Nuno Sousa e Silva, “Direito de Autor: Breve Reflexão sobre o Futuro, o Presente e os Jornais na Experiência Europeia”, *RABPI*, 142 (2016), pp. 32-39).

4 <https://www.reuters.com/article/us-google-publishers-copyright-idUKBRE8BC0520121213>.

5 Para mais contexto, *vide* Ula Furgal, “The Emperor Has No Clothes: How the Press Publishers’ Right Implementation Exposes Its Shortcomings”, *GRUR Int*, Vol. 72 (2023), pp. 650-664, e Romana Vučković, “The Effectiveness of the Press Publishers’ Related Right”, *IIC*, Vol. 52 (2021), pp. 1057 e ss. Referindo acordos desde 2006, cfr. Richard Danbury, “Why article 15 of the Directive on Copyright in the Single Digital Market is a bad idea”, *EIPR* (2021), pp. 695-697.

6 No âmbito da propriedade intelectual e não só. Um exemplo de uma abordagem baseada no direito da concorrência e na regulação dos meios de comunicação social é o “News Media Bargaining Code”, aprovado em fevereiro de 2021 na Austrália.

7 Sobre o regime, entretanto substituído, *vide* a anotação de Malte Stieper, in Schrickler / Loewehnein, *Urheberrecht: Kommentar*, C. H. Beck, 2019, pp. 1994-2024. Como se tornará evidente, estas normas foram a principal inspiração para o art. 15.º da Diretiva 2019/790.

como *Lex Google*, não teve o efeito desejado. Em resposta à lei, que entrou em vigor a 1 de agosto de 2013, a Google anunciou que, a partir dessa data, o seu serviço Google News passaria a ser *opt-in*. Ou seja, só as empresas produtoras de conteúdos que quisessem é que seriam indexadas, prescindindo desse modo do novo direito conexo. A maior parte das empresas titulares do novo direito conexo aderiu ao serviço prestado pela Google, revelando que este novo direito era, em grande medida, inútil. Entretanto, o Tribunal de Justiça veio, em 2019, esclarecer que este direito constituía uma “regra técnica”, a qual, nos termos da Diretiva 98/34/CE, teria de ter sido comunicada previamente à Comissão Europeia⁸. Como essa comunicação não tinha ocorrido, as regras em causa eram inaplicáveis.

Inspirado pela experiência alemã, o legislador espanhol decidiu estabelecer um direito conexo para “periodistas” através da Ley 21/2014, de 4 de novembro, que alterou o art. 32 da Ley de Propiedad Intelectual. Contudo, e ao contrário da solução alemã, este direito foi consagrado como um direito irrenunciável, sujeito a gestão coletiva obrigatória. Esta solução não permitiu à Google seguir uma estratégia semelhante à adotada na Alemanha⁹. Por isso, a empresa norte-americana limitou-se a anunciar que não ia indexar conteúdo noticioso espanhol. Em virtude disso, os sites dos jornais espanhóis terão sofrido um declínio no número de visitas de cerca de 10%¹⁰.

Tendo em conta os dois fracassos anteriores, o legislador europeu tomou a decisão mais lógica: insistir¹¹. Assim, a Comissão Europeia incluiu no art. 11.º da proposta de Diretiva apresentada em 2016 (COM/2016/0593 final) um direito conexo com vista a garantir a “proteção de publicações de imprensa no que diz respeito a utilizações digitais”. Esta proposta foi objeto de extensas críticas e bastantes modificações¹². O resultado final foi o art. 15.º da 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 (doravante “Diretiva” ou “Dir.”)¹³.

8 C-299/17, *VG Media* (EU:C:2019:716).

9 Curiosamente, essa estratégia – de forçar um *opt-out* – voltou a ser tentada em França após a transposição da Diretiva 2019/790. A Autoridade da concorrência francesa considerou que esta atuação constituía um abuso de posição dominante.

10 Sobre o tema, cfr. Rodríguez-Cano, Rodrigo Bercovitz, “Tasa Google o Canon AEDE: uma reforma desacertada”, *Propiedades Intelectuais*, 3 (2015), pp. 5-25.

11 Nicolás Binctin/Xavier Près (eds.), *Directives 2019/790 et 2019/789 sur le droit d’auteur dans le marché unique numérique: Commentaire article par article*, Bruylant, 2021, p. 149, sugerem que era necessária uma medida à escala europeia.

12 Cfr. <https://www.ivir.nl/academics-against-press-publishers-right/>. Para uma (rara) opinião favorável à consagração deste direito, vide Thomas Höppner, “EU copyright reform: the case for a publisher’s right”, *IPQ* (2018), pp. 1-21.

13 Sobre a Diretiva existe uma produção extensíssima. Aponta-se sem pretensão de exaustividade Concepción Saiz García/Raquel Evangelio Llorca (eds.), *Propiedad intelectual y mercado único digital europeo*, Tirant lo blanch, 2019; João Pedro Quintais, “The new copyright in the Digital Single Market Directive: a critical look”, *EIPR* (2020), pp. 28-41; Séverine Dussolier, “The 2019 Directive on Copyright in the Digital Single Market: Some progress, a few bad choices, and an overall failed ambition”, *CMLRev* (2020), pp. 979-1030; Nicolás Binctin/Xavier Près, *Directives 2019/790 et 2019/789... cit.*; Eleonora Rosati, *Copyright in the Digital Single Market: Article-by-Article Commentary to the Provisions of Directive 2019/790*, Oxford

Este art. 15.º da Dir. estabelece um novo direito conexo sobre publicações de imprensa. A justificação apontada reside, por um lado, nas dificuldades económicas que o sector da imprensa vem sofrendo (e o conseqüente risco de diminuição da qualidade do jornalismo) e, por outro, na existência de um aproveitamento não remunerado desses conteúdos por parte dos agregadores de notícias e empresas de *clipping*¹⁴. Pretende-se garantir a qualidade e sustentabilidade financeira do jornalismo e simplificar a cobrança de remuneração pela utilização de conteúdos¹⁵. São objetivos ambiciosos para um direito conexo.

Neste texto analiso este direito conexo na Diretiva e a respetiva transposição em Portugal feita pelo Decreto-Lei n.º 47/2023, de 19 de junho, que alterou o Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos (CDADC). O legislador nacional transpôs o art. 15.º da Diretiva (com copiosas referências no preâmbulo do Decreto-Lei), alterando o texto da utilização livre do art. 75.º, n.º 2, alínea c), agora restrito “a seleção regular de artigos de imprensa periódica, que não tenha por objetivo a obtenção de vantagem económica ou comercial, direta ou indireta”, incluindo expressamente este direito no âmbito dos direitos conexos e, assim, sujeitando-o ao regime geral (arts. 176.º, 183.º e 189.º), incluindo-o na tutela penal (através da inclusão de uma referência ao editor de publicação de imprensa nos arts. 195.º e 196.º) e, mais diretamente, introduzindo dois artigos novos: arts. 188.º-A e 188.º-B. Em geral, a transposição não parece apresentar grandes problemas de conformidade com a Diretiva¹⁶. Porém, como acontece quanto a esta Diretiva, subsistem bastantes dúvidas¹⁷.

2. Objeto e sujeitos

De acordo com o art. 15.º, n.º 1, da Diretiva, “Os Estados-Membros devem conferir aos editores de publicações de imprensa estabelecidos num Estado-Membro os direitos previstos no artigo 2.º e no artigo 3.º, n.º 2, da Diretiva 2001/29/CE relativos à

University Press, 2021; Simona Lavagnini (ed.), *Il diritto d'autore nel mercato unico digitale*, Giappichelli, 2022. Entre nós, *vide* Alexandre Dias Pereira, “Os direitos de autor no mercado único digital segundo a Diretiva 2019/790”, *RDI*, n.º 2 (2019), pp. 35-56; Nuno Sousa e Silva, “Subsídios para a transposição da Diretiva 2019/790”, *RDI*, n.º 1 (2020), pp. 245-270; Alberto Sá e Mello, “A transposição em Portugal da Diretiva 2019/790 (UE) relativa aos Direitos de Autor e Direitos Conexos no Mercado Único Digital – Subsídios em nova reflexão sobre o tema”, *RDI*, n.º 2 (2021), pp. 7-33.

14 A consistência desta justificação é no mínimo duvidosa, desde logo porque não cabe à Propriedade Intelectual corrigir desequilíbrios de mercado (assim, Caterina Sganga/Magali Contardi, “When harmonisation leads to fragmentation (and potential invalidity claims): snapshots from the implementation of the new press publishers’ right”, *EIPR*, Vol. 44 (2022), p. 473). Alguns autores (com destaque para Bernt Hugenholtz, “Neighbouring Rights are Obsolete”, *IIC*, Vol. 50 (2019), pp. 1006-1011) vão mesmo mais longe e questionam a necessidade atual de direitos conexos tendo em conta a intensa diminuição das necessidades de investimento para proceder à gravação ou radiodifusão de conteúdos. Segundo Bernt Hugenholtz, “All this makes the new press publisher’s right an inherently unbalanced right in the bad-old tradition of no-threshold neighbouring rights. This concept, I argue, is passé”.

15 Veja-se os considerandos 54 e 55 da Diretiva.

16 Na mesma linha, Gonçalo Gil Barreiros, “Os Direitos dos Editores de Publicações de Imprensa na Diretiva 2019/790 e no Direito Português”, *RDI*, n.º 2 (2022), p. 25.

17 Nicolás Binctin/Xavier Près, *Directives 2019/790 et 2019/789...*, *cit.*, p. 164.

utilização em linha das suas publicações de imprensa por prestadores de serviços da sociedade da informação”.

Vemos assim que este direito é atribuído aos editores de publicações de imprensa. A noção de publicação de imprensa é definida no art. 2.º, n.º 4, da Diretiva e, com ligeiras diferenças meramente linguísticas, no art. 176.º, n.º 11, alínea a), do CDADC¹⁸. Essa definição é feita pela positiva – tratar-se-á de uma coleção composta principalmente por obras literárias de carácter jornalístico, que constitui uma parte autónoma da publicação periódica ou regularmente atualizada sob um único título, com o objetivo fornecer ao público em geral informações relacionadas com notícias ou outros temas, publicada em todos os suportes no âmbito da iniciativa, sob a responsabilidade editorial e o controlo de um prestador de serviços – e pela negativa, excluindo publicações periódicas com fins científicos ou académicos, como as revistas científicas.

Se parece claro que jornais e revistas informativas mais gerais (v.g., *Sábado* ou *Visão*, em Portugal) estão incluídas, tal já não é evidente em relação a publicações satíricas e humorísticas (e.g., *Inimigo Público*, *Charlie Hebdo* ou *The Onion*), revistas puramente literárias (v.g., *Granta*, *The New Yorker* ou *Paris Review*), artísticas ou de banda desenhada ou revistas científicas com uma componente de divulgação (e.g., revista *Nature*, *National Geographic* ou *Science*). Este problema intensifica-se porque o conceito de obras de carácter jornalístico não está definido¹⁹. Em contrapartida, parece assente que revistas estritamente científicas como revistas jurídicas ou médicas não estão abrangidas.

Por outro lado, pode questionar-se se agências noticiosas (como *Reuters* ou *Lusa*) estão abrangidas, uma vez que fornecem notícias, mas não é seguro que as publiquem “sob um único título”²⁰. Jornais exclusivamente online (como é o caso do *Observador*) estão abrangidos, mas, de acordo com o considerando 56, a proteção “não deverá ser aplicável aos sítios Internet, como *blogs*, que fornecem informações como parte de

18 A utilização do subjuntivo (“constitua”, “tenha” e “seja”) em vez do indicativo (“constitui”, “tem” e “é”) e a formulação da exclusão no art. 176.º, n.º 11, alínea a), subalínea iv), do CDADC.

19 Elżbieta Czarny-Drożdziejko, “The Subject-Matter of Press Publishers’ Related Rights Under Directive 2019/790 on Copyright and Related Rights in the Digital Single Market”, *IIC*, Vol. 51 (2020), pp. 629-631, propõe que a aproximação deve ser feita por via da categoria profissional. Não concordo. O que me parece mais relevante é o propósito informativo e/ou de discussão de eventos da atualidade, independentemente de ser feito por alguém com carteira de jornalista ou por um cidadão comum. Nessa linha, Eleonora Rosati, *Copyright in the Digital Single Market...*, cit., p. 260, recorre à jurisprudência do Tribunal de Justiça em matéria de proteção de dados (C-73/07, *Tietosuojavaltuutettu* (EU:C:2008:727) que define atividade jornalística como aquela que tem como “finalidade a divulgação ao público de informações, de opiniões ou de ideias”. Em todo o caso, parece-me que a interpretação deve ser ampla (assim, Richard Danbury, “The EU’s press publisher’s right is too broad: what can be done about it?”, *EIPR* 44(1) (2022), pp. 23-24, este Autor vai mesmo mais longe e afirma: “A collection of weather reports, or knitting patterns, or recipes, or a catalogue of Lego minifigures, if falling in other respects under art. 2(4), would be caught by the press publishers’ right”. A este ponto já não o acompanho).

20 No sentido da sua inclusão, cfr. Eleonora Rosati, *Copyright in the Digital Single Market...*, cit., p. 258. Na verdade, as agências noticiosas são mencionadas no considerando 55, o que parece reforçar essa opinião.

uma atividade que não é desenvolvida no âmbito da iniciativa, da responsabilidade editorial ou sob o controlo de um prestador de serviços, como um editor de notícias”²¹.

Este direito conexo vem acrescer ao direito de autor e outros direitos que eventualmente incidam sobre as publicações em causa e/ou sobre o seu conteúdo e pertencerá a quem tiver a detenção económica da publicação, normalmente uma sociedade comercial. O legislador nacional, utilizando as duas últimas linhas do considerando 55 da Diretiva, definiu “editor de imprensa” como “a pessoa singular ou coletiva sob cuja iniciativa e responsabilidade é publicada a publicação de imprensa, incluindo, nomeadamente, as empresas jornalísticas, e prestadores de serviços, como os editores de notícias e as agências noticiosas, quando publicam publicações de imprensa na aceção da alínea anterior” (art. 176.º, n.º 11, alínea b), do CDADC).

O legislador parece tratar a publicação de imprensa como uma criação essencialmente literária²² e, quando inclua conteúdo audiovisual ou fotografia, como uma coletânea ou obra multimédia²³. Essa conclusão decorre da definição de publicação de imprensa (art. 176.º, n.º 11, alínea a), do CDADC) e do art. 188.º-A, n.º 3, que distingue o direito sobre a publicação de imprensa de outros direitos que incidam sobre “obras e outros materiais protegidos que integram uma publicação de imprensa”. O considerando 56 menciona que “As publicações de imprensa contêm sobretudo obras literárias, mas incluem cada vez mais outros tipos de obras e outro material protegido, em particular fotografias e vídeos”. Nessa linha, creio que uma publicação periódica constituída essencialmente por fotografias ou outro tipo de arte visual não poderá ser protegida por este direito conexo²⁴. Em contrapartida, a inclusão desses elementos, acompanhando as obras literárias jornalísticas, não impedirá a proteção da publicação (como um todo) ao abrigo do direito conexo do editor de imprensa²⁵.

21 Não é para mim evidente que todos os blogues estejam excluídos. Alguns têm verdadeiro controlo editorial e são praticamente indistinguíveis de uma revista ou jornal online. Creio que será necessário ajuizar em concreto se estamos perante um serviço com controlo editorial.

22 É indiscutível que os factos e notícias, livres ao abrigo do direito de autor, também não são passíveis de apropriação por este direito conexo (considerando 57).

23 Em sentido não totalmente coincidente, cfr. Elżbieta Czarny-Drożdżejko, “The Subject-Matter of Press Publishers’...”, *cit.*, pp. 631-632. Diz-se que este direito conexo está para as obras literárias como o direito do produtor de fonogramas está para as obras musicais (Manfred Reh binder/Alexander Peukert, *Urheberrecht*, C. H. Beck, 2015, p. 256).

24 Como explicam Caterina Sganga/Magali Contardi, “When harmonisation leads to fragmentation...”, *cit.*, p. 476, há uma grande divergência entre Estados-Membros quanto a este tema. No sentido do texto, veja-se Vítor Palmela Fidalgo, “A Tutela do Direito de Autor na Era Digital: O Novo Direito Conexos do Editor de Imprensa”, in AAVV, *Estudos de Direito do Consumo*, Vol. III, Almedina, 2023, pp. 453 e ss. (p. 470). Já não concordo quando este Autor afirma que o “direito conexo protege a publicação de imprensa na sua concretização e design específicos”. Na verdade, a ser assim, bastaria mudar o tipo de letra e arranjo gráfico para escapar à aplicação deste direito conexo. A meu ver, o que se protege é precisamente o conteúdo textual.

25 Poder-se-á discutir se publicações cujo conteúdo literário foi gerado exclusivamente com recurso a sistemas de Inteligência Artificial poderão ser abrangidas. Nesses casos, em que pode não haver direito de autor, este direito conexo ganharia acrescida importância prática. Sobre o tema, veja-se Tito Rendas, “Da suscetibilidade de proteção jusautorais de obras geradas por sistemas de inteligência artificial”, in AAVV, *Católica Talks: Direito e Tecnologia*, Universidade Católica Editora, 2021, pp. 129-144, e Nuno Sousa e Silva, “Inteligência Artificial e Propriedade Intelectual: está tudo bem?”, in AAVV, I Congresso Inteligência Artificial (Almedina 2023), pp. 201-220.

O texto da Diretiva (e do art. 188.º-A do CDADC) reserva este direito aos editores “estabelecidos num Estado-Membro”. O conceito de estabelecimento como critério de conexão é utilizado noutros instrumentos europeus, designadamente em matéria de proteção de dados²⁶, e nos Tratados para determinar a possibilidade de pessoas coletivas invocarem a liberdade de estabelecimento e de prestação de serviços (arts. 49.º e 54.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia), bastando, nesses casos, que a sede social, administração central ou estabelecimento principal da sociedade esteja no território da União Europeia²⁷. Na prática, creio que esta exigência impedirá publicações e agências noticiosas cuja redação se encontre fora da União Europeia, designadamente publicações norte-americanas e inglesas, de invocarem este direito. Em contrapartida, os sujeitos que atuem na União Europeia, independentemente da sua nacionalidade ou local de estabelecimento, terão de respeitar este direito, desde que os atos relevantes de reprodução ou comunicação ao público ocorram na União²⁸.

Do lado passivo, os principais utilizadores destas publicações abrangidos pelo novo direito serão essencialmente as empresas de *clipping* e os agregadores de notícias²⁹. Nos termos da Diretiva, têm de se tratar de *prestadores de serviços da sociedade da informação*, em Portugal definidos no Decreto-Lei n.º 30/2020, de 29 de junho (o qual transpõe a Diretiva (UE) n.º 2015/1535, relativa aos procedimentos de informação no domínio das regulamentações técnicas e das regras relativas aos serviços da sociedade da informação). De acordo com o art. 3.º, alínea g), desse Decreto-Lei, deve entender-se como “Serviço, qualquer prestação de atividade à distância, por via eletrónica e mediante pedido individual do seu destinatário, geralmente mediante remuneração, considerando-se, para efeitos da presente definição: i) À distância, um serviço prestado sem que as partes estejam simultaneamente presentes; ii) Por via eletrónica, um serviço enviado da origem e recebido no destino através de meios

26 Existem várias normas em que a noção de estabelecimento ou estabelecimento principal são utilizadas (arts. 3.º, 56.º, 60.º e 79.º, n.º 2, do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados – RGPD) e, em geral, a noção aponta o exercício de uma atividade real e efetiva no território (cfr. considerando 36 do RGPD). Veja-se, p. ex., o Acórdão C-230/14, *Weltimmo* (EU:C:2015:639) e art. 4.º, n.º 16, do RGPD, que define “Estabelecimento principal” de acordo com o local onde são tomadas as principais decisões (no caso do responsável pelo tratamento) ou onde a maior parte das atividades ocorrem (no caso do subcontratante).

27 Eleonora Rosati, *Copyright in the Digital Single Market...*, cit., p. 259, utiliza o critério dos tratados.

28 Eleonora Rosati, *Copyright in the Digital Single Market...*, cit., p. 263, propõe uma abordagem com base em *intention to target*. De acordo com essa orientação, os atos só relevam quando seja intencionalmente dirigido ao território de um Estado. Por isso, no Acórdão C-585/08 e C-144/09, *Pammer e Hotel Alpenhof* (EU:C:2010:740), o Tribunal de Justiça esclareceu que a mera existência de um site não chega para afirmar que há intenção (*targeting*) (§§66 e ss.). Na mesma linha, na decisão C-173/11, *Sportsradar* (EU:C:2012:642), §36, afirma-se “a simples acessibilidade, num dado território nacional, ao sítio Internet que contém os dados em causa não é suficiente para concluir que a pessoa que explora esse sítio leva a cabo um ato de reutilização abrangido pelo direito nacional aplicável a esse território em matéria de proteção conferida pelo direito *sui generis*”.

29 Maryna Manteghi, “The ‘link tax’ under the EU Copyright Directive: seeking a balance of interests in the digital age”, *EIPR*, Vol. 43 (2021), pp. 145-147, refere ainda *fact-checkers*. Ora, esse tipo de situações levanta uma questão curiosa: se o *fact-checker* for uma publicação (como acontece em Portugal com o Polígrafo), a reutilização da notícia não deverá ser enquadrada ao abrigo da utilização livre de “citações para fins de crítica ou análise” (art. 189.º, n.º 1, alínea b), do CDADC)? A meu ver, a resposta deve ser positiva e, em geral, os *fact-checkers* não deverão ser abrangidos por este direito.

eletrónicos de processamento (incluindo a compressão digital) e de armazenamento de dados que seja inteiramente transmitido, encaminhado e recebido por cabo, rádio, meios óticos ou outros meios eletromagnéticos; iii) ‘Mediante pedido individual do seu destinatário, um serviço fornecido por transmissão de dados mediante um pedido individualizado’. Apesar de este conceito ser amplo, incluindo motores de busca, plataformas e redes sociais, isso não quer dizer que todos os serviços da sociedade de informação pratiquem atos relevantes ao abrigo deste direito conexo³⁰.

3. Conteúdo e limites

O conteúdo do direito conexo é igualmente concretizado pela positiva e pela negativa. O âmbito do exclusivo é definido por referência a duas faculdades: reprodução e comunicação ao público (em sentido amplo, incluindo colocação à disposição)³¹. No entanto, o alcance destas faculdades é substancialmente reduzido em comparação com o direito de autor³². Em primeiro lugar, este direito conexo só abrange a utilização “em linha” (*online*)³³. Por outro lado, como já se referiu, a utilização só releva quando for feita por prestadores de serviços da sociedade da informação³⁴.

Apesar de a reprodução e comunicação parcial estarem previstas, não estão abrangidas a utilização de termos isolados ou excertos muito curtos (art. 188.º-A, n.º 2, alínea c), do CDADC)³⁵. A noção de excertos muito curtos não foi definida pelo legislador nacional. Em contrapartida, alguns países escolheram concretizar a noção apontando um número de caracteres (125 na Lituânia, 120 na Roménia)³⁶ ou um critério (“uso que

30 Ula Furgal, “The Emperor Has No Clothes...”, *cit.*, p. 662.

31 Estas noções são definidas no direito de autor, em especial nos arts. 2.º e 3.º da Diretiva 2001/29 e, com as especificidades que se mencionam seguidamente, devem ser entendidas essencialmente da mesma forma.

32 Romana Vučković, “The Effectiveness of the Press Publishers’...”, *cit.*, p. 1053.

33 Assim, atos de reprodução no contexto digital que não envolvam a transmissão de cópias numa rede (*v.g.*, uma digitalização) não serão abrangidos.

34 É importante sublinhar que está em causa a utilização *por* e não a utilização *em* serviços da sociedade da informação. O envio de um email implica a utilização de serviços da sociedade da informação, mas esses serviços estarão isentos de responsabilidade relativamente ao conteúdo do email e, de todo o modo, não fazem uso direto do conteúdo.

35 O que se discute são sobretudo os chamados *snippets* – pequenos excertos que acompanham uma hiperligação e que visam ajudar o internauta a perceber minimamente do que se trata e se pretende clicar. Se excertos muito curtos não são abrangidos e um excerto de 11 palavras (como um título) pode gozar de direito de autor se for original (C-5/08, *Infopaq*, EU:C:2009:465), sobrarão poucos casos em que haja interferência com este novo direito conexo sem haver também interferência com o direito de autor. Por outro lado, o considerando 58 da Diretiva sublinha que “a utilização de termos isolados ou de excertos muito curtos de publicações de imprensa pelos prestadores de serviços da sociedade da informação pode não prejudicar os investimentos feitos pelos editores de publicações de imprensa na produção de conteúdos”. Sublinhando a necessidade de uma interpretação ampla do conceito de “excertos muito curtos”, sob pena de limitar excessivamente a liberdade de expressão e a liberdade de informação, *cfr.* Tito Rendas, “Does size matter? The press publishers’ right and the implementation of the ‘very short extracts’ limitation”, *JIPLP*, Vol. 17(6) (2022), pp. 473-474.

36 Outros Estados-Membros abandonaram um critério quantitativo que chegou a constar das propostas (200 caracteres na Estónia, 11 palavras na Dinamarca).

não prejudique o investimento”, na Croácia e em Espanha, inspirando-se no texto do considerando 58 ou “que não ponha em causa a necessidade de consultar o artigo”, em Itália e em França).

Além disso, tendo em conta a complexa jurisprudência relativa ao tratamento das hiperligações³⁷, o legislador europeu esclareceu expressamente que as hiperligações não são abrangidas por esse direito (art. 188.º-A, n.º 2, alínea b), do CDADC)³⁸. Trata-se de uma restrição adicional do âmbito do direito de comunicação ao público. No entanto, tendo em conta que a maior parte das publicações serão igualmente abrangidas por direito de autor, esta exclusão terá pouco efeito prático.

Por último, a utilização privada por pessoas singulares e sem fins comerciais é igualmente livre (art. 188.º-A, n.º 2, alínea a), do CDADC)³⁹. Nesse sentido, a partilha de artigos noticiosos no contexto das redes sociais tendencialmente não estará abrangida⁴⁰. Mesmo assim, se eu, advogado e professor de Direito, partilhar numa rede social profissional (como LinkedIn) uma notícia ou se o perfil de uma empresa partilhar um artigo jornalístico entender-se-á, face ao texto do art. 188.º-A, n.º 2, alínea a), que a exclusão não será aplicável?

Se confrontarmos o texto do CDADC (“uso privado por utilizadores que sejam pessoas singulares, no exercício do direito de ser informado, mediante acesso lícito e desde que não façam uso comercial, direto ou indireto, das publicações de imprensa”) com a previsão da Diretiva (“Os direitos previstos (...) não se aplicam à utilização privada e não comercial de publicações de imprensa por utilizadores individuais”), fica claro que o legislador português utiliza uma formulação verbal mais restritiva da liberdade de utilização⁴¹. No entanto, fazendo uma interpretação conforme ao Direito da União Europeia, torna-se necessária uma redução teleológica da norma portuguesa.

37 Vide Eleonora Rosati, *Copyright in the Digital Single Market...*, cit., pp. 278 e ss.

38 Esta norma apresenta uma diferença de pormenor face à Diretiva. Enquanto o legislador português menciona o “estabelecimento de hiperligação”, o legislador europeu utiliza a expressão, mais ampla, “utilização de hiperligações”. Alguns autores têm discutido se outro tipo de associação de conteúdos que não constituem hiperligações *stricto sensu*, como *framing* e *deep linking*, estarão ou não abrangidas por esta ressalva (Maryna Manteghi, “The ‘link tax’...”, cit., p. 146). A meu ver, a resposta deve ser positiva. Em sentido diferente, muito mais restritivo, Eleonora Rosati, *Copyright in the Digital Single Market...*, cit., pp. 272 e 276, propõe que apenas estão excluídas as hiperligações que não relevam para o direito de autor. A ser esse o caso, esta previsão seria essencialmente inútil.

39 Não é totalmente claro se estamos perante alternativas ou exigências cumulativas. Uma utilização privada, mas comercial (um vendedor que partilha via WhatsApp ou por email uma notícia com um cliente) ou pública, mas não comercial (a partilha de uma notícia não relacionada com a atividade profissional num fórum aberto) deve ser abrangida? Eleonora Rosati, *Copyright in the Digital Single Market...*, cit., pp. 273-274, utiliza como epígrafe da secção do seu comentário “private or non-commercial use” e começa por afirmar que a utilização tem de ser simultaneamente privada e não comercial, mas dá como exemplo a partilha interna (privada) de cópias de uma notícia aos empregados de uma empresa...

40 Ula Furgal, “The Emperor Has No Clothes...”, cit., p. 664.

41 Na verdade, existirão várias previsões de uso privado: esta, a do art. 189.º, n.º 1, alínea a), a do art. 75.º, n.º 2, alínea a) (apenas em contexto reprográfico) e a do art. 81.º, alínea b). Quanto a esta última, poder-se-á dizer que não é aplicável a direitos conexos em virtude de o art. 189.º, n.º 3, apenas se referir aos arts. 75.º e 76.º. Quanto ao art. 75.º, n.º 2, alínea a), parece que a hipótese normativa não é facilmente transponível para o contexto em que este direito conexo é aplicável. Resta a previsão do art. 189.º, n.º 1, alínea a), mais

Nesse sentido, não parece que a inclusão de excertos de notícias em blogues passe a ser comercial apenas pela circunstância de esses blogues incluírem publicidade ou serem de livre acesso pelo público⁴². Em todo o caso, uma parte destas situações não cairá no âmbito de aplicação do direito, uma vez que não estão em causa utilizações por prestadores de serviços da sociedade da informação⁴³.

Apesar de o Decreto-Lei n.º 47/2023, de 19 de junho, dispor, no art. 14.º, n.º 1, que “Os direitos conferidos no artigo 188.º-A do Decreto -Lei n.º 63/85, de 14 de março, com a redação introduzida pelo presente decreto -lei, não se aplicam às publicações de imprensa publicadas pela primeira vez antes do dia 6 de junho de 2019”, não poderá haver lugar à aplicação deste novo artigo em data anterior à da entrada em vigor do Decreto-Lei de transposição, ou seja, 15 dias após a sua publicação (art. 15.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 47/2023)⁴⁴.

De acordo com a Diretiva, são aplicáveis “com as devidas adaptações” as normas relativas a utilizações livres, obras órfãs, medidas técnicas de proteção, informações para a gestão dos direitos e meios de tutela (art. 15.º, n.º 3, da Dir.). O legislador nacional, ao incluir este direito na categoria dos direitos conexos, torna-lhe plenamente aplicável o regime geral de utilizações livres (arts. 75.º e 76.º do CDADC) por via do art. 189.º do CDADC e as demais regras gerais que se referem a direitos conexos, nomeadamente os arts 210.º-A e ss. e 217.º e ss.

A duração prevista para este direito conexo é de dois anos contados da mesma forma que o direito de autor, ou seja, caducidade no primeiro dia de janeiro do ano seguinte àquele em que se completam os dois anos sobre a publicação (arts. 183.º, n.º 6, 183.º, n.º 8, e 31.º do CDADC). Em qualquer caso, este direito conexo não permite reapropriar obras ou outras prestações que já se encontrem no domínio público (art. 88.º-A, n.º 7, do CDADC). Assim, o editor que volte a publicar um texto histórico não gozará do direito conexo quanto a essa concreta publicação.

ampla que a do art. 188.º-A (que ressalva expressamente a aplicação do art. 189.º) e, nesse sentido, mais conforme à diretiva. Em suma, o art. 188.º-A, n.º 2, alínea a), apenas acrescenta confusão e complexidade.

42 Cfr. Maryna Manteghi, “The ‘link tax’...”, *cit.*, p. 146, aparentemente em sentido contrário quanto à inclusão de publicidade.

43 Pode mesmo questionar-se se a previsão de utilização privada faz sentido à luz dessa exigência. Por outro lado, não é evidente qual o tratamento a dar a utilizações “secundárias”. Pense-se na sociedade comercial ou associação que paga o serviço de uma empresa de *clipping* que está licenciada pelos titulares deste direito conexo. Pode essa empresa divulgar nas suas redes sociais o *clipping* que recebeu e em que é mencionada? E a resposta será diferente no caso de uma pessoa singular? Relevará o facto de a pessoa singular ser um ator, *influencer* ou outro tipo de profissional e de o fazer para fins profissionais, políticos ou recreativos? Em contrapartida, as empresas que exploram as redes sociais em que essa cópia é alojada e colocada à disposição do público parecem gozar de isenção de responsabilidade nos termos do Decreto-Lei n.º 7/2004, de 7 de janeiro, e do Regulamento (UE) 2022/2065 (Regulamento dos Serviços Digitais).

44 Tal decorre da falta de efeito direto horizontal das Diretivas. No máximo, poder-se-á invocar a Diretiva contra entidades estaduais no período entre 6 de junho de 2019 e julho de 2023.

4. Gestão

A Diretiva prevê no art. 15.º, n.º 2, algumas regras relativas à gestão deste direito e dispõe ainda que as receitas que resultem da sua exploração deverão ser repartidas de forma adequada com os autores (art. 15.º, n.º 5). Tendo em conta a ausência de previsão expressa em sentido contrário, o direito conexo do editor de imprensa deve considerar-se disponível⁴⁵.

Os direitos de autor sobre os conteúdos que integram a publicação de imprensa (quase sempre obra literária, frequentemente obra jornalística nos termos do art. 174.º do CDADC) e sobre a publicação como obra coletiva (art. 19.º, n.º 3, do CDADC) não são afetados por este direito conexo. O legislador esclarece que o direito conexo não interfere com os direitos dos titulares de explorar essas criações de forma independente (art. 188.º-A, n.º 4) e que as regras sobre titularidade dessas obras não são alteradas (art. 188.º-B, n.º 8). Assim, desde que os termos do contrato celebrado com o editor de imprensa o permita, o jornalista pode publicar as crónicas ou reportagens da sua autoria num blogue ou editá-las em *e-book*, sem que este direito conexo lhe seja diretamente oponível ou mesmo a terceiro que dele tenha obtido uma licença (art. 188.º-A, n.º 5).

O art. 188.º-B, n.º 2, inspirado no art. L 218-4 do CPI francês, concretiza a forma de determinação da remuneração devida pela utilização deste direito, apontando que esta “deve ter em conta o valor económico da utilização em linha de publicações de imprensa pelos serviços da sociedade da informação, incluindo, entre outros, qualquer benefício económico direto obtido pelo prestador de serviços da sociedade da informação com a utilização de publicações de imprensa.” Nos termos de uma sentença do Tribunal da Propriedade Intelectual de 3 de setembro de 2019, as empresas de *clipping* que operavam em Portugal foram condenadas a pagar 4,5% do valor de faturação com *clipping*, validando o modelo de licenciamento praticado pela sociedade de gestão que representava os titulares de direitos de autor sobre publicações de imprensa em Portugal (Visapress)⁴⁶.

Com a transposição da Diretiva, a Visapress passou também a gerir um novo direito conexo atribuído aos editores de imprensa. O art. 188.º-B, n.º 6, prevê que, quando os titulares sejam diferentes e seja gerada remuneração adicional, os autores terão direito a receber parte dessa remuneração, aplicando-se as novas regras sobre contratos (art. 188.º-B, n.º 7)⁴⁷. No entanto, não é totalmente claro se a consagração

45 Eleonora Rosati, *Copyright in the Digital Single Market...*, cit., p. 287. Existem, no entanto, alguns Estados-Membros, como a República Checa, que terão consagrado a solução oposta. Apesar de a Diretiva não ser perentória, o considerando 82 parece depor no sentido da disponibilidade do direito. Nicolás Binctin/Xavier Près, *Directives 2019/790 et 2019/789...*, cit., p. 159, entendem que cada Estado-Membro será livre de determinar a natureza deste direito. A ser assim esta Diretiva concretiza verdadeiramente o lema da União Europeia: “unidos na diversidade”.

46 Proc. 74/13.4YHLSB

47 Sobre estas, veja-se Nuno Sousa e Silva, “O que muda nos contratos de Direito de Autor com a transposição da Diretiva 2019/790?”, *JURISMAT*, n.º 17 (2023), pp. 197-214.

deste novo direito, com um objeto semelhante, frequentemente com os mesmos titulares e cobrindo as mesmas atividades que o direito de autor, implica necessariamente um aumento da remuneração devida^{48/49}.

Por outro, prevê-se um dever de colaboração por parte dos serviços da sociedade de informação com alguns limites de razoabilidade, proporcionalidade e respeito de direitos de terceiros (propriedade intelectual, segredos de negócio e dados pessoais) (art. 188.º-B, n.ºs 3 e 4).

Uma novidade do Decreto-Lei n.º 47/2023 foi a introdução de gestão coletiva alargada através do aditamento dos arts. 36.º-A e 36.º-B à Lei n.º 26/2015, de 14 de abril⁵⁰. Nos termos do art. 36.º-A, n.º 1, “Quando a lei expressamente o permitir, em relação a utilizações identificadas e delimitadas, cuja obtenção de autorizações de titulares de direitos numa base individual seja excessivamente onerosa e impraticável, a ponto de tornar improvável a obtenção de licenças individuais, uma entidade de gestão coletiva pode celebrar acordos de concessão de licenças de utilização de obras ou outro material protegido, com efeitos alargados a outros titulares de direitos que não a tenham mandatado, presumindo-se, em relação a estes, a representação por parte da entidade de gestão coletiva em causa”. Estas não estão expressamente previstas no CDADC para este direito conexo⁵¹. No entanto, o art. 12.º do Decreto-Lei n.º 47/2023 consagrou um regime transitório que permite que se estabeleça, com validade até 31 de dezembro de 2028, uma gestão coletiva alargada a fim de abranger as edições “publicadas sob iniciativa e responsabilidade dos editores de imprensa de âmbito regional”⁵². A Visapress já anunciou a intenção de usar este regime.

A fixação de tarifários será feita nos termos gerais da Lei n.º 26/2015 (art. 188.º-B, n.º 1), sujeita aos controlos próprios dessa lei, mas também do Direito da Concorrência⁵³.

48 Nesse sentido, Alberto Sá e Mello, “A transposição em Portugal da Diretiva 2019/790 (UE)...”, *cit.*, p. 21, foi ao ponto (exagerado) de dizer que a Diretiva não acrescentava nada ao Direito Português.

49 Ressalva-se a hipótese, provável, de a entidade gestora passar a representar editores de imprensa estrangeiros ao abrigo de acordos de representação recíproca, o que também pode afetar a base de cálculo utilizada, pelo menos para as empresas que façam uso de imprensa estrangeira.

50 A gestão coletiva de efeito alargado é diferente da gestão coletiva obrigatória, em que existe um mandato legal a favor da entidade de gestão coletiva. A diferença entre as duas está na possibilidade, existente nas licenças coletivas de efeito alargado, de o titular de direitos exercer o seu direito individualmente e de excluir a representatividade alargada (que apenas se presume). O que caracteriza as licenças coletivas com efeitos alargados é apenas o facto de uma entidade de gestão coletiva representar titulares de direitos que não a mandataram. Explicando a diferença, cf. João Pedro Quintais, *Copyright in the Age of Online Access*, Wolters Kluwer, 2017, pp. 106 e ss.

51 Apenas estão previstas para a comunicação ao público de fonogramas e videogramas (arts. 149.º, n.º 4, para autores e 184.º, n.º 4, para produtores) e para obras fora do circuito comercial (art. 74.º-C).

52 Definidas no art. 14.º, n.º 2, da Lei n.º 2/99, de 13 de janeiro, como “as que, pelo seu conteúdo e distribuição, se destinem predominantemente às comunidades regionais e locais”. Esta disposição constitui uma surpresa acrescentada à última da hora, que não foi objeto de discussão pública. Agradeço a Tito Rendas ter-me alertado para a sua existência; este regime está “escondido” no decreto-lei e não foi objeto de qualquer discussão pública.

53 Segundo jurisprudência constante do Tribunal de Justiça da União Europeia [e.g., C-351/12, *OSA* (EU:C:2014:110) e C-177/16, *AKKA* (EU:C:2017:689)], discrepâncias não explicadas entre as tarifas

A negociação individual com utilizadores, nos termos dos arts. 36.º e ss. da Lei n.º 26/2015, tem de obedecer aos princípios aí estabelecidos de boa-fé e transparência.

A fixação de tarifários gerais está regulada nos arts. 39.º e ss. da Lei n.º 26/2015. Caso as partes não consigam chegar a acordo na fixação de tarifários gerais, está previsto o recurso a um processo de arbitramento, recorrendo a uma Comissão de Peritos (art. 44.º da Lei n.º 26/2015). No entanto, esta Comissão nunca foi regulamentada (como exige o art. 44.º, n.º 4, desta Lei), o que, nos termos do art. 60.º, n.º 5 desta Lei, que estabelece disposições transitórias, implicaria o recurso à lei de arbitragem voluntária. No entanto, se as partes não aceitassem a arbitragem voluntária, o tema seria tratado nos tribunais judiciais.

A manutenção desta situação seria especialmente surpreendente quando o legislador adotou uma nova solução para dirimir litígios: um “centro de mediação e arbitragem institucionalizada especializado na matéria, no âmbito do qual funcionam a mediação e arbitragem institucionalizada em matéria de direitos de autor e conexos” (arts. 8.º a 11.º do Decreto-Lei n.º 47/2023)⁵⁴.

Na verdade, de acordo com o art. 188.º-A, n.º 8, do CDADC, “Os litígios entre os editores de imprensa e os prestadores de serviços da sociedade de informação, relativos ao disposto no presente artigo, e à aplicação do n.º 4 do artigo seguinte, bem como os litígios entre os editores de imprensa e os autores relativos à aplicação do n.º 6 do artigo seguinte, estão sujeitos a arbitragem necessária quando, por opção expressa, respetivamente, dos editores de imprensa ou do autor, sejam submetidos à apreciação de centro de arbitragem institucionalizada a que se reporta o artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 47/2023, de 19 de junho”. Esta norma não é clara, na medida em que se fala de arbitragem “necessária” “por opção expressa”⁵⁵. Encontra-se formulação equivalente no art. 175.º-G.

A interpretação mais correta parece-me ser estar em causa a consagração de um direito potestativo de submeter estes litígios à arbitragem. Os prestadores de serviços da sociedade da informação ou, no caso de estar em causa a repartição de remuneração,

cobradas por entidades de gestão coletiva de Estados-Membros constituem um forte indício de abuso de posição dominante, o que pode implicar uma intervenção da Autoridade da Concorrência.

54 Este centro é referido nos arts. 44.º-D [litígios relativos ao direito de informação (art. 44.º-B), à remuneração adicional, prevista nos arts. 44.º-C e, ainda, *ex vi* art. 14.º, n.º 5, no art. 14.º, n.º 4, e compensação suplementar para os tradutores (art. 170.º)], 74.º-E (autorização para a utilização de obras audiovisuais em serviços de vídeo a pedido), 144.º (remuneração equitativa por nova fixação de versões de obra musical já fixada), 175.º-G (conflitos entre os prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha e os utilizadores dos respetivos serviços) e 221.º, n.º 8 (litígios relativos a proteção de medidas tecnológicas). Não sendo fácil interpretar o art. 9.º, n.º 3, dir-se-á que também serão da competência deste centro de arbitragem as matérias do aluguer e comodato (arts. 5.º e 6.º do Decreto-Lei n.º 332/97, de 27 de novembro), litígios com a entidade gestora da cópia privada (AGECOP – Associação para a Gestão da Cópia Privada) a propósito da integração como membros de outras entidades (art. 6.º, n.º 5, da Lei n.º 62/98, de 1 de setembro) e retransmissão por cabo (arts. 7.º e 9.º do Decreto-Lei n.º 333/97, de 27 de novembro). Trata-se do tema mais confuso e, a meu ver, menos feliz do Decreto-Lei n.º 47/2023.

55 A confusão aumenta porque o art. 8.º, n.º 4, do Decreto-Lei n.º 47/2023 determina que “Salvo quando a lei expressamente previr o contrário, o recurso a centro de mediação e arbitragem especializado é facultativo”.

os editores de imprensa, encontram-se sujeitos à opção, respetivamente, dos editores de imprensa ou autores de recorrer a este centro⁵⁶.

Quanto à referida Comissão de Peritos, o legislador optou por manter inalterado o art. 44.º da Lei n.º 26/2015, mas veio afirmar, no art. 9.º, n.º 3, alínea b), do Decreto-Lei n.º 47/2023 (que tem como epígrafe “custos de utilização”), que este novo centro exerce as competências de mediação e arbitragem “que lhe são expressamente cometidas: (...) à Comissão de Peritos, prevista no artigo 44.º da Lei n.º 26/2015, de 14 de abril, na sua redação atual” (sic!). Esta redação, imperfeita, quererá dizer que o legislador pretendeu substituir a Comissão de Peritos do art. 44.º da Lei n.º 26/2015, transferindo as suas competências para este centro. Aliás, esse é também o objetivo nas restantes alíneas c) (retransmissão por cabo) d) (aluguer e comodato), e e) (cópia privada)⁵⁷. Não é, contudo, claro se esta competência, em substituição da Comissão de Peritos, é opcional ou necessária. Se, por um lado, o texto do art. 44.º da Lei n.º 26/2015 parece apontar para uma jurisdição obrigatória (i.e., arbitragem necessária), o art. 8.º, n.º 4, do Decreto-Lei n.º 47/2023 prevê que, “Salvo quando a lei expressamente previr o contrário, o recurso a centro de mediação e arbitragem especializado é facultativo”.

5. Conclusão

Poder-se-á perguntar se este direito conexo do editor de imprensa muda alguma coisa⁵⁸. Se a resposta for negativa, a sua consagração constitui essencialmente ruído, indesejável, mas não deve ser causa de grande preocupação. Em contrapartida, se este direito tiver um real impacto, teremos de avaliar se atinge os objetivos que se propôs⁵⁹. O que parece desde já claro é que o objetivo de harmonização não foi alcançado⁶⁰. Quanto ao mais, a dúvida permanece...

⁵⁶ Curiosamente, nestes casos não beneficiarão do regime favorável de custos de utilização previsto no art. 9.º do Decreto-Lei n.º 47/2023.

⁵⁷ No entanto, não se percebe porque se alterou o CDADC, prevendo expressamente esta competência, em geral facultativa e cuja possibilidade genérica resulta já do art. 229.º (artigo desatualizado, visto utilizar ainda o critério da disponibilidade do direito), nas várias normas. Melhor seria limitar-se a referir os casos de arbitragem necessária.

⁵⁸ Dirk Visser, “Sui Generis Rights: From *Geschriftenbescherming* to the Protection of sport Event Organisers”, in AAVV, *Intellectual Property Rights and Sports: Essays in Honour of P. Bernt Hugenholtz*, Wolters Kluwer, 2021, p. 193, refere-se a este direito conexo como completamente supérfluo e não resolvendo nada. Essa parece ser a opinião dominante.

⁵⁹ Em 2017, Mireille van Eechoud, num estudo encomendado pela OpenForum Europe (*A publisher’s intellectual property right Implications for freedom of expression, authors and open content policies*) assinalava: “The claims that are made about the causal relationship between the introduction of a publisher’s intellectual property right, increasing revenues and a sustainable press leading to media diversity, are not substantiated with data” (p. 11).

⁶⁰ Veja-se o relatório demolidor de Christina Angelopoulos, *Articles 15 & 17 of the Directive on Copyright in the Digital Single Market* (CIPIL 2022) e o artigo de Caterina Sganga /Magali Contardi, “When harmonisation leads to fragmentation...”, *cit.*

Reflexões críticas sobre a transposição do artigo 17.º da Diretiva do Mercado Único Digital para o direito português

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.128.5>

Tito Rendas¹

Resumo

O presente artigo procede a uma análise crítica da transposição do art. 17.º da Diretiva do Mercado Único Digital. Na primeira parte, apresenta-se um breve enquadramento histórico da norma, com enfoque sobre a narrativa utilizada durante o processo legislativo para justificar a introdução do novo regime de responsabilidade das plataformas de partilha de conteúdos. De seguida, são explicados os aspetos fundamentais desse novo regime, à luz das orientações relativas à sua transposição e aplicação, publicadas pela Comissão Europeia a 4 de junho de 2021, e do Acórdão C-401/19, proferido pelo Tribunal de Justiça da União Europeia a 26 de abril de 2022. Por fim, discute-se o resultado da transposição do art. 17.º para o ordenamento interno, examinando-se criticamente os novos arts. 175.º-A a 175.º-I do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos.

Palavras-chave

Direito de Autor; Diretiva do Mercado Único Digital; Diretiva (UE) 2019/790; art. 17.º; Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos; moderação de conteúdos; responsabilidade das plataformas.

¹ Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa (Escola de Lisboa) e Diretor Executivo da Católica Global School of Law. O presente artigo corresponde, com ligeiras adaptações, ao texto que serviu de apoio à intervenção que fiz no dia 26 de abril de 2023 na Escola de Direito da Universidade do Minho, sendo uma versão revista e atualizada de Tito Rendas, “O artigo 17.º da Diretiva 2019/790: Desenvolvimentos recentes e transposição para o direito português”, *Revista de Direito Intelectual*, Vol. I (2022), pp. 109-125. Agradeço às Professoras Maria Miguel Carvalho e Giulia Piora a generosidade do convite para participar na conferência.

Sumário

1. Enquadramento histórico; **2.** O artigo 17.º da Diretiva do Mercado Único Digital; **2.1.** Âmbito subjetivo de aplicação; **2.2.** Regime específico de autorização; **2.3.** Regime específico de imputação da responsabilidade; **2.4.** Salvaguardas para utilizações livres; **3.** A transposição para o direito português.

Abstract

The paper provides a critical analysis of the transposition of Article 17 of the Digital Single Market Directive. In the first part, I summarize the historical background of the provision, focusing on the narrative that was used during the legislative process to justify the introduction of a new liability regime for content sharing platforms. Next, I outline the fundamental aspects of this new regime, in light of the guidelines on its transposition and application that were published by the European Commission on 4 June 2021 and of the CJEU's judgment in Case C-401/19, handed out on 26 April 2022. Finally, I discuss the transposition of Article 17 into Portuguese law, critically examining the new Articles 175-A to 175-I of the Copyright and Related Rights Code.

Keywords

Copyright; Digital Single Market Directive; Directive (EU) 2019/790; Article 17; content moderation; Copyright and Related Rights Code; platform liability.

Summary

1. Historical background; **2.** Article 17 of the Digital Single Market Directive; **2.1.** Subjective scope of application; **2.2.** Special licensing regime; **2.3.** Special platform liability regime; **2.4.** Safeguards; **3.** Transposition into Portuguese law.

A minha intervenção versará sobre aquele que é o resultado da mais colossal das batalhas que o direito de autor da União Europeia alguma vez conheceu: o art. 17.º da Diretiva do Mercado Único Digital^{2/3}. Estatísticas internas do Parlamento Europeu revelam que os deputados raramente, ou nunca mesmo, haviam sido sujeitos a um nível de lobbying semelhante àquele que marcou o processo legislativo que levou à aprovação da Diretiva e, em particular, do art. 17.º⁴. Qualificar esta disposição como uma das mais controversas da história recente da legislação da União não será, pois, um exagero⁵.

Iniciarei a exposição com um breve enquadramento histórico do art. 17.º, explicando a narrativa que subjaz à introdução do novo regime de responsabilidade das plataformas de partilha de conteúdos. De seguida, examinarei os aspetos fundamentais desse regime, complementando a análise com as orientações dadas pela Comissão Europeia⁶ e com o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE)

2 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.

3 Sobre a Diretiva, em geral, veja-se, Alexandre Dias Pereira, “Os direitos de autor no mercado único digital segundo a Diretiva 2019/790”, *Revista de Direito Intelectual*, Vol. II (2019), pp. 35-56; Alberto de Sá e Mello, “A Directiva (UE) 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*, Vol. II (2019), pp. 15-34; Eleonora Rosati, *Copyright in the Digital Single Market: Article-by-Article Commentary to the Provisions of Directive 2019/790*, Oxford University Press, Oxford, 2021; João Pedro Quintais, “The new copyright in the Digital Single Market Directive: a critical look”, *European Intellectual Property Review*, Vol. 1 (2020), pp. 28-41; e Nuno Sousa e Silva, «Subsídios para a transposição da Diretiva 2019/790», *Revista de Direito Intelectual*, Vol. I (2020), pp. 245-270.

4 Cf. “Questions and Answers on issues about the digital copyright directive”, <https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20190111IPR23225/questions-and-answers-on-issues-about-the-digital-copyright-directive>: “The directive has been the subject of intense campaigning. Some statistics inside the European Parliament show that MEPs have rarely or never been subject to a similar degree of lobbying before (through telephone calls, emails etc.)”.

5 O art. 17.º tem sido objeto de extensa reflexão doutrinária. Haja vista, entre outras, às seguintes obras: Alexandre Dias Pereira, “A responsabilidade das plataformas de partilha de conteúdos digitais segundo a Diretiva 2019/790/EU sobre direitos de autor no mercado digital”, in *Encontros de Direitos Civil III – Evolução Tecnológica no Direito Civil*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2021, pp. 9-33 (p. 26); European Copyright Society, “Selected Aspects of Implementing Article 17 of the Directive on Copyright in the Digital Single Market into National Law”, 2020; Gerard Spindler, “The Liability system of Article 17 DSMD and national implementation: Contravening prohibition of general monitoring duties?”, *JIPITEC*, Vol. 10(3) (2019), pp. 344 e ss.; Martin Husovec/João Pedro Quintais, “How to License Article 17? Exploring the Implementation Options for the New EU Rules on Content-Sharing Platforms under the Copyright in the Digital Single Market Directive”, *GRUR International*, Vol. 70(4) (2021), pp. 325 e ss.; Matthias Leistner, “European Copyright Licensing and Infringement Liability Under Art. 17 DSM-Directive Compared to Secondary Liability of Content Platforms in the U.S. – Can We Make the New European System a Global Opportunity Instead of a Local Challenge?”, *ZGE*, Vol. 2 (2020), pp. 123 e ss.; Sebastian Felix Schwemer, “Article 17 at the Intersection of EU Copyright Law and Platform Regulation”, *Nordic Intellectual Property Law Review*, Vol. 3 (2020), pp. 400 e ss.; 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*, Vol. II (2019), pp. 57-78; e Tito Rendas, “Are copyright-permitted uses “exceptions”, “limitations” or “user rights”? The special case of Article 17 CDSM Directive”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, Vol. 17(1) (2022), pp. 54 e ss.

6 Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho, “Orientações sobre o artigo 17.º da Diretiva 2019/790 relativa aos direitos de autor no mercado único digital”, COM(2021) 288 final, 4 de junho de 2021 (adiante, simplesmente, “Orientações da Comissão”). O n.º 10 do art. 17.º exige que

no Proc. C-401/19, que negou provimento ao recurso de anulação do art. 17.º interposto pela República da Polónia. Por fim, debruçar-me-ei sobre a transposição da norma para o ordenamento interno, dissecando criticamente as opções tomadas pelo legislador português no Decreto-Lei n.º 47/2023, de 19 de junho.

1. Enquadramento histórico

Nos anos que precederam a apresentação da Proposta de Diretiva, a indústria fonográfica iniciou uma campanha de comunicação assente na ideia de que existia uma “lacuna de valor” (na expressão inglesa, um *value gap*) no mercado de conteúdos protegidos por direitos de autor e conexos disponíveis *online*. Essa lacuna, assim alegavam, devia ser suprida⁷.

Os titulares de direitos e seus representantes chamavam a atenção para o facto de nem sempre lograrem receber uma justa remuneração da parte das plataformas de partilha de conteúdos, apontando para um suposto desequilíbrio entre o valor que plataformas como o YouTube obtêm ao explorar os conteúdos em questão e os montantes que entregam aos titulares de direitos. Acrescentavam, ainda, que a injustiça se tornava particularmente evidente quando se considerava a diferença entre a remuneração que era voluntariamente paga pelos operadores dessas plataformas e a remuneração paga por operadores de serviços por subscrição, como o Spotify Premium⁸. O objetivo fundamental da campanha passava por levar a uma redistribuição do lucro gerado pelas plataformas de partilha de conteúdos, forçando as empresas que as operam a concluir acordos de licenciamento com os titulares de direitos.

É com esse objetivo que surge o célebre art. 13.º, que constava da Proposta de Diretiva apresentada pela Comissão Europeia em setembro de 2016, e que veio a dar lugar à aberração normativa que é o atual art. 17.º da Diretiva do Mercado Único Digital. O art. 17.º – uma norma que, à medida que foi progredindo pelas várias fases do processo legislativo europeu, se tornou extraordinariamente complexa – é um

a Comissão emita orientações sobre a aplicação desta norma, nomeadamente no que diz respeito à cooperação entre plataformas e titulares de direitos. Essas orientações – que não têm carácter vinculativo – refletem os resultados de seis diálogos de *stakeholders* que ocorreram entre outubro de 2019 e fevereiro de 2020.

7 É na Comunicação da Comissão intitulada “Rumo a um quadro de direitos de autor moderno e mais europeu”, COM(2015) 626 final, publicada na sequência de uma consulta pública sobre a revisão das regras europeias de direito de autor, conduzida entre dezembro 2013 e março 2014, que se lê pela primeira vez que a Comissão ponderava apresentar medidas com o objetivo de “assegurar que todos os intervenientes que contribuem para gerar esse valor [associado a novas formas de distribuição em linha de obras protegidas por direitos de autor] tenham a possibilidade de exercer plenamente os seus direitos, contribuindo assim para uma afetação justa desse valor”.

8 A narrativa era, no mínimo, questionável: os titulares de direitos demonstravam que existia uma diferença de valores, mas não explicavam a razão pela qual essa diferença devia deixar de existir. Da mera existência da diferença não decorre, naturalmente, que a diferença seja injustificada e deva ser eliminada. É que plataformas abertas como o YouTube – que dependem de conteúdo gerado e carregado pelos seus utilizadores – operam com base em princípios e modelos de negócio fundamentalmente diferentes daqueles que guiam, por exemplo, o Spotify – uma plataforma de distribuição que depende quase inteiramente de conteúdo que carece de licenciamento.

exemplo de experimentalismo legislativo⁹. Em resultado da pressão exercida por diferentes grupos de interesses, o legislador acabou a tentar acomodar as pretensões divergentes de titulares de direitos e plataformas (e, em certa medida, também dos utilizadores). Martin Husovec e João Pedro Quintais usam uma imagem ilustrativa para caracterizar este esforço: como um pai de duas crianças desavindas, a norma tenta serenar ambas ao mesmo tempo¹⁰.

2. O artigo 17.º da Diretiva do Mercado Único Digital

2.1. Âmbito subjetivo de aplicação

O art. 17.º dirige-se aos “prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha”, definidos no art. 2.º, n.º 6, da Diretiva como “prestador[es] de um serviço da sociedade da informação que [têm] como principal objetivo ou um dos seus principais objetivos armazenar e facilitar o acesso do público a uma quantidade significativa de obras ou outro material protegido por direitos de autor carregados pelos seus utilizadores, que organiza[m] e promove[m] com fins lucrativos”¹¹. Para além do YouTube – plataforma a pensar na qual o regime foi gizado –, estão abrangidos também serviços como o Facebook, o Instagram, o Snapchat, o Twitter, o TikTok, o LinkedIn, o Slideshare, o DailyMotion, o Vimeo, entre outros. Por outro lado, plataformas que armazenem conteúdos carregados pelos utilizadores, mas que não se enquadrem na definição do art. 2.º, n.º 6, nomeadamente por não darem acesso a uma “quantidade significativa” de conteúdos protegidos, permanecem sujeitas ao regime do art. 3.º da Diretiva Sociedade de Informação¹² (que, em relação ao art. 17.º, opera como *lex generalis*)¹³.

O considerando 62 exclui do âmbito de aplicação da norma, de forma não exaustiva, plataformas como enciclopédias em linha sem fins lucrativos (*e.g.*, Wikipedia), repositórios científicos e educativos sem fins lucrativos (*e.g.*, SSRN e Research Gate), plataformas de desenvolvimento e partilha de software de fonte aberta (*e.g.*, GitHub), prestadores de serviços de comunicações eletrónicas na aceção da Diretiva (UE) 2018/1972 (*e.g.*, WhatsApp, Telegram e Signal), mercados em linha (*e.g.*, eBay,

9 E que já tem vindo a produzir ecos além-fronteiras: um estudo do U.S. Copyright Office sobre o art. 512 do título 17 do U.S. Code – que institui o sistema de *notice-and-takedown* no direito norte-americano – dedica uma secção inteira ao art. 17.º da Diretiva – cf. U.S. Copyright Office, “Section 512 of Title 17: A Report of the Register of Copyrights”, 2020, pp. 61-63.

10 Martin Husovec/João Pedro Quintais, “Too Small to Matter? On the Copyright Directive’s bias in favour of big right-holders”, in *Global Intellectual Property Protection and New Constitutionalism: Hedging Exclusive Rights* (coords.: Jonathan Griffiths/Tuomas Mylly), Oxford University Press, 2021, pp. 219-237 (p. 220) (“Like a parent of squabbling toddlers, it tries to appease both children at the same time”).

11 Doravante, por motivos de facilidade expositiva, referir-me-ei a estes prestadores como “operadores de plataformas” ou, simplesmente, “plataformas”.

12 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 de informação.

13 Contudo, o TJUE já teve o ensejo de esclarecer, no Acórdão C-682/18 e C-683/18, *YouTube/Cyando*, que uma plataforma como o YouTube não realiza atos de comunicação ao público na aceção do art. 3.º da Diretiva Sociedade de Informação (§§92-96).

OLX e Vinted), e serviços em nuvem entre empresas e serviços em nuvem que permitem aos utilizadores carregar conteúdos para seu próprio uso (e.g., Dropbox, Google Drive e OneDrive).

Para além desta delimitação negativa do âmbito da norma, prevê-se, no n.º 6 do art. 17.º, uma exoneração de certos deveres para novas empresas do setor com volumes de negócios e números médios mensais de visitantes mais baixos (*startups*), mas cujo campo de aplicação é, na verdade, pouco expressivo.

2.2. Regime específico de autorização

O n.º 1 do art. 17.º determina que a oferta ao público de acesso a conteúdos protegidos por direitos de autor carregados pelos utilizadores destas plataformas constitui um ato de comunicação ao público sujeito a autorização dos titulares de direitos. Ao regular desta forma a disponibilização dos meios destinados a facilitar a disponibilização em rede de conteúdos protegidos, a norma converte um conjunto de intermediários em verdadeiros autores de atos de comunicação ao público desses conteúdos¹⁴. As plataformas tornam-se, assim, *diretamente* responsáveis pelos atos de carregamento praticados pelos seus utilizadores, estando, nos termos do n.º 3 do art. 17.º, excluídas da isenção de responsabilidade prevista no art. 14.º da Diretiva do Comércio Eletrónico¹⁵ e, atualmente, no art. 6.º do Regulamento dos Serviços Digitais¹⁶.

Para não serem apanhadas nas malhas da responsabilidade, as plataformas devem, pois, obter uma licença¹⁷. Em teoria, essas licenças podem ser adquiridas através de diferentes formas. Podem, desde logo, ser concedidas diretamente pelos titulares de direitos aos operadores das plataformas, mediante a celebração de acordos individuais de licenciamento. É neste sentido que aponta a própria norma, ao estabelecer que os operadores devem “obter uma autorização dos titulares de direitos (...), por exemplo, através da celebração de um acordo de concessão de licenças”¹⁸.

Apresenta-se, contudo, uma dificuldade óbvia: atendendo ao número e dispersão de titulares de direitos sobre obras ou excertos de obras que estão disponíveis nas plataformas, a obtenção de licenças numa base individual é simplesmente inexecutável. Para responder a esse problema, o legislador esclareceu, no n.º 4 do art. 17.º, que aquilo que

14 Cf. Associação Portuguesa de Direito Intelectual (APDI), “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”, 2021, p. 16.

15 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.

16 Regulamento (UE) 2022/2065 do Parlamento Europeu e do Conselho de 19 de outubro de 2022 relativo a um mercado único para os serviços digitais e que altera a Diretiva 2000/31/CE.

17 Pese embora, nos termos do considerando 61, os titulares de direitos não possam ser obrigados a conceder tal licença.

18 Sobre o tema, explorando vários modelos de licenciamento possíveis para além dos acordos individuais, cf. Martin Husovec/João Pedro Quintais, “How to License Article 17? ?...”, *cit.*, pp. 325-348.

as plataformas devem fazer é envidar os “melhores esforços”¹⁹ para obter uma autorização. O preceito tem sido lido como impondo às plataformas uma obrigação de contactar proativamente *apenas* os titulares de direitos que sejam facilmente identificáveis e que representem um amplo catálogo de obras ou prestações protegidas, como os grandes estúdios de cinema e editoras de música, ou outras entidades, como as sociedades de gestão coletiva²⁰. Exigir que as plataformas tomem a iniciativa de contactar todos os pequenos autores e titulares de direitos seria inteiramente desproporcional.

Independentemente do modelo de licenciamento a que se recorra, o n.º 2 vem esclarecer que a autorização obtida pelos operadores deve abranger os atos dos utilizadores que se enquadrem numa de duas categorias: (i) aqueles que atuem para fins não comerciais (*e.g.*, o *upload* de um vídeo doméstico que inclua música de fundo sujeita a proteção) ou (ii) aqueles cuja atividade não gere receitas significativas²¹ (*e.g.*, o *upload* de vídeos que incluam excertos de obras protegidas e que gerem receitas de publicidade limitadas). Os utilizadores que ajam com carácter comercial e obtenham receitas significativas a partir dos conteúdos que carregam não estarão abrangidos pela autorização que haja sido concedida aos operadores das plataformas. Assim, a não ser que as partes tenham estipulado contratualmente que tais utilizadores se encontram abrangidos pela licença, as atividades dos mesmos cairão no âmbito de aplicação do art. 3.º da Diretiva Sociedade de Informação.

2.3. Regime específico de imputação da responsabilidade

Decorre do art. 17.º, n.º 1, que, para evitar que sejam diretamente responsabilizados por violação de direitos de autor ou conexos, os operadores das plataformas devem obter uma autorização da parte dos titulares de direitos. Esta não é, contudo, a única forma de se eximirem de responsabilidade. Nos casos em que não lhes tenha sido concedida qualquer licença, os operadores podem ainda demonstrar o cumprimento dos deveres (cumulativos) enunciados no n.º 4. Na ausência de autorização, os operadores das plataformas serão responsáveis a não ser que demonstrem que:

- (a) envidaram “todos os esforços” para obter uma autorização²²;

19 Na versão portuguesa da Diretiva, a expressão “*best efforts*” surge erradamente traduzida como “todos os esforços”. Porém, no novo art. 175.º-C, n.º 1, alínea a), do CDADC, optou-se, corretamente, pela expressão “melhores esforços”, em linha com as Orientações da Comissão, que esclarecem que as plataformas, no âmbito do art. 17.º, n.º 4, alínea a), não devem ser sujeitas à obrigação de contactar proativamente *todos* os titulares (p. 8).

20 Cf. Orientações da Comissão, p. 10.

21 Segundo as Orientações da Comissão (p. 8), os Estados-Membros não devem definir limiares quantitativos ao transporem o conceito de “receitas significativas”, cujo preenchimento deverá ser avaliado de forma casuística.

22 As diferentes versões linguísticas da Diretiva recorrem a expressões distintas: “todos os esforços” em português e alemão, “melhores esforços” em inglês e francês, “maiores esforços” em espanhol ou, ainda, “máximos esforços” em italiano. O cumprimento desta obrigação deve ser apurado casuisticamente, analisando-se, entre outros fatores, se os operadores abordaram os titulares proativamente, que titulares foram abordados, se lhes foram oferecidas licenças com termos justos, etc.

- (b) efetuaram os melhores esforços para assegurar a indisponibilidade de conteúdo ilicitamente carregado, na medida em que os titulares de direitos tenham fornecido às plataformas as informações pertinentes e necessárias;
- e
- (c) agiram com diligência, após receção de um aviso suficientemente fundamentado, no sentido de bloquear o acesso ou retirar o conteúdo objeto de notificação (*notice-and-takedown*) e envidaram os melhores esforços para impedir o seu futuro carregamento (*notice-and-staydown*)²³.

Com o nítido objetivo de salvaguardar a liberdade de empresa e de iniciativa económica, o n.º 5 impõe que o cumprimento destes deveres seja aferido à luz do princípio da proporcionalidade. Para o efeito, devem ser tidos em conta vários elementos, como (i) o tipo, o público-alvo e a dimensão do serviço, o tipo de obras carregadas pelos utilizadores do serviço, e (ii) a disponibilidade de meios adequados e eficazes, assim como o respetivo custo para as plataformas. Neste contexto, deverá determinar-se, por exemplo, quão dispendiosas são as tecnologias de reconhecimento de conteúdos em relação aos recursos de que o operador da plataforma dispõe.

2.4. Salvaguardas para utilizações livres

O art. 17.º, n.º 7, divide-se em dois parágrafos, que podem ser caracterizados como contemplando, respetivamente, uma salvaguarda geral e uma salvaguarda especial para utilizações livres. O primeiro parágrafo estipula que a cooperação entre plataformas e titulares, ao abrigo do n.º 4, não pode resultar na indisponibilidade de conteúdos que *não* violem direitos de autor ou conexos, nomeadamente nos casos em que sejam aplicáveis exceções a esses direitos. Já o segundo parágrafo prevê um regime especial para duas exceções: os utilizadores, ao carregar e disponibilizar conteúdos por si gerados, devem poder invocar, pelo menos, a exceção de citação e a exceção de paródia. Estas duas exceções – que, nos termos do art. 5.º da Diretiva Sociedade de Informação, são de transposição optativa – passam a ser obrigatórias no que se refere ao tipo de utilizações previstas no art. 17.²⁴ No que respeita à paródia, o legislador português optou – a meu ver, bem – por acrescentar ao catálogo do art. 75.º do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos (CDADC) uma exceção de âmbito mais geral, aplicável a todos os tipos de reprodução e comunicação ao público, e não apenas aos atos a que se refere o art. 17.²⁵

²³ Note-se que os operadores não poderão ser responsabilizados por conteúdo que não tenha sido devidamente identificado ou notificado pelos titulares de direitos. Este ónus, que se retira também do considerando 66, mitiga, embora esteja longe de eliminar, os problemas resultantes deste mecanismo específico de responsabilidade.

²⁴ No considerando 70, reconhece-se que estas exceções são de particular importância para “garantir um equilíbrio entre os direitos fundamentais consagrados na Carta dos Direitos Fundamentais da UE, nomeadamente a liberdade de expressão e a liberdade das artes, e o direito à propriedade, incluindo a propriedade intelectual”.

²⁵ Cf. nova alínea x) do art. 75.º, n.º 2.

Na transposição da Diretiva, o maior desafio para os Estados-Membros tem sido seguramente o de compatibilizar as alíneas b) e c) do n.º 4, que contemplam obrigações de realizar esforços para impedir *uploads* ilícitos, com o n.º 7, que impõe o respeito por liberdades fundamentais dos utilizadores. É que as exigências do n.º 4 traduzem-se, na prática, numa obrigação de utilizar tecnologias automatizadas de reconhecimento de conteúdos, como o ContentID ou o Audible Magic, capazes de examinar preventivamente todo o conteúdo carregado nas plataformas²⁶. O próprio TJUE assim o reconhece, no Acórdão C-401/19, ao admitir que, “para poder efetuar esse controlo prévio, os prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha são (...) obrigados a recorrer a ferramentas de reconhecimento e de filtragem automáticas”²⁷. Ou seja, muito embora o n.º 8 estipule que a aplicação do art. 17.º não constitui uma obrigação geral de vigilância – numa tentativa vã de afastar conflitos com a proibição consagrada no art. 15.º da Diretiva do Comércio Electrónico (atualmente, o art. 8.º do Regulamento dos Serviços Digitais)²⁸ –, na prática, as alíneas b) e c) do n.º 4 impõem uma tal obrigação²⁹.

O anterior regime – de natureza reativa, já que exigia que os titulares tomassem a iniciativa de notificar as plataformas da existência de conteúdo especificamente carregado – foi convertido num regime que exige maior proatividade da parte dos operadores das plataformas, em virtude da não aplicação da isenção de responsabilidade para prestadores de serviços de armazenagem. Estas medidas de filtragem que os operadores se veem agora obrigados a implementar devem conciliar duas obrigações: por um lado, devem prevenir o carregamento ilícito de conteúdos protegidos e identificados previamente pelos titulares de direitos; por outro, não podem ter por efeito o bloqueio ou remoção de conteúdos que fazem uso de obras ou prestações protegidas ao abrigo de exceções e que são, por isso, disponibilizados de forma lícita³⁰.

26 A norma acaba, assim, por resultar na criação de um mercado para tecnologias de reconhecimento de conteúdos, que poderão ser licenciadas pelas maiores empresas do setor a outras incapazes de investir no desenvolvimento das suas próprias tecnologias – cf. Alexandre Dias Pereira, “A responsabilidade das plataformas...”, *cit.*, p. 26.

27 Acórdão C-401/19, *Polónia*, §54.

28 Nas palavras, de Nuno Sousa e Silva, “Subsídios...”, *cit.*, p. 266, o art. 17.º, n.º 8, ao dizer que uma obrigação de filtragem não constitui uma obrigação geral de monitorização, faz “uma homenagem ao surrealista belga René Magritte”, em alusão à conhecida pintura *La Trahison des Images*.

29 Não obstante, no Acórdão C-682/18 e C-683/18, *YouTube/Cyando* – aresto, assinala-se, que não versava diretamente sobre o regime que veio a ser instituído pelo art. 17.º –, o TJUE sugeriu que ferramentas como o ContentID não são as únicas medidas possíveis ou apropriadas a assegurar a indisponibilidade de *uploads* ilícitos. O Tribunal identificou um conjunto de outros mecanismos destinados a combater violações aos direitos de autor implementados pelo YouTube, entre os quais os apelos aos utilizadores das plataformas no sentido de que respeitem os direitos de autor de terceiros; os bloqueios de contas de utilizadores em casos de reincidência no carregamento ilícito; a existência de procedimentos internos para notificação de conteúdos ilícitos; e a existência de processos especiais de alerta para titulares de direitos (§§93-94).

30 Cf. conclusões do Advogado-Geral, C-401/19, *Polónia*, acrescentando que os operadores das plataformas “se encontram numa posição profissional bilateral relativamente aos utilizadores e aos titulares de direitos”, devendo “agir ‘diligentemente’ relativamente a estas duas categorias” (§§191-192).

O problema fundamental é que mesmo as tecnologias de reconhecimento de conteúdos mais avançadas são altamente falíveis³¹. Numa notícia recentemente publicada pelo *Wall Street Journal*, são lançadas dúvidas fundadas sobre a eficácia das tecnologias de reconhecimento de conteúdos – eficácia propalada oficialmente pela administração de empresas como a Meta, mas de que os seus funcionários desconfiam, segundo relatam documentos internos a que o referido jornal teve acesso. Um dos exemplos discutidos nesses documentos, e que gerou alguma perplexidade no seio da empresa, foi o de vídeos de lutas de galos. Estes vídeos violam os termos e condições do Facebook, sendo que o sistema de reconhecimento de conteúdos tinha sido treinado a detetá-los e removê-los. Ora, o sistema, apesar de ter sido alimentado com milhares de horas de vídeos de lutas de galos, revelou-se incapaz de distinguir lutas sangrentas, em que os intervenientes saem visivelmente maltratados, de quezílias relativamente inócuas. Outro exemplo conhecido é o do bloqueio, por parte do Facebook, de uma fotografia da milenar estátua da Vénus de Willendorf, por conter conteúdo pornográfico.

As mesmas dificuldades existem no domínio do direito de autor, em que a distinção entre utilizações lícitas e ilícitas é altamente contextual e dependente de juízos de ponderação. Identificar uma paródia ou uma citação legítima é, para um sistema tecnológico, uma missão espinhosa, precisamente por depender de apreciações de natureza eminentemente *humana*. Veja-se o caso do vídeo de uma aula de direito de autor, carregado por um professor da Universidade de Harvard na plataforma YouTube, que foi bloqueado por usar excertos de músicas de Jimi Hendrix, Joe Cocker e Santana – uma utilização feita para fins de ilustração didática e, por isso, obviamente lícita³².

As salvaguardas previstas no art. 17.º, n.º 7, são complementadas pelo n.º 9, que prevê a criação de mecanismos de reclamação e recurso contra bloqueios indevidos. Trata-se de uma salvaguarda *ex post* que pode ser acionada depois de o conteúdo ser bloqueado, destinando-se já não a prevenir, mas a *reagir* contra bloqueios ilegítimos, com fundamento, por exemplo, na aplicabilidade de uma das exceções referidas no n.º 7.

Em primeiro lugar, o n.º 9 estabelece a obrigação de as plataformas criarem mecanismos internos de reclamação e de recurso. Os titulares de direitos devem justificar devidamente os pedidos de bloqueio ou de remoção de conteúdos que façam ao abrigo desses mecanismos e as reclamações apresentadas deverão ser processadas sem demora injustificada e sujeitas a controlo humano³³.

Em segundo lugar, e para além destes mecanismos de autorregulação, os Estados-Membros devem assegurar a disponibilidade de mecanismos de resolução

31 De resto, como a própria Comissão Europeia reconhece nas suas Orientações (pp. 20 e 23).

32 Torrent Freak, “YouTube Copyright Complaint Kills Harvard Professor’s Copyright Lecture (Update)”, 2016.

33 Cf. considerando 70.

extrajudicial de litígios³⁴, assim como o acesso a tribunais ou outros órgãos jurisdicionais, para que os utilizadores possam reclamar o exercício das prerrogativas concedidas pelas exceções³⁵.

Não obstante a relevância destas salvaguardas reativas, associações representativas de utilizadores e consumidores, assim como certos setores da doutrina, têm vindo a apontar que as mesmas não são suficientes para garantir a efetividade prática do n.º 7 e não afetar as utilizações livres nele previstas, defendendo a consagração, em sede de transposição, de salvaguardas concretas que evitem *a priori* bloqueios de *uploads* lícitos. Para que se dê cumprimento ao n.º 7, alegam, não basta um mecanismo de reclamação e recurso que permita restaurar o conteúdo depois de ele ter sido erradamente removido; são necessárias, também, salvaguardas de natureza *preventiva*³⁶.

O objetivo de tais salvaguardas passa por prevenir o risco de zelo excessivo (*over-compliance*) da parte das plataformas, resultante da adoção de filtros tecnológicos demasiado apertados e, conseqüentemente, de bloqueios de conteúdos licitamente carregados. O problema dos bloqueios injustificados é real, como resulta, aliás, de informação disponibilizada pelos próprios operadores das plataformas. Segundo o primeiro *YouTube Copyright Transparency Report*, publicado no final de 2021³⁷, a plataforma tinha processado mais de 700 milhões de casos relacionados com direitos de autor na primeira metade desse ano, dos quais 99% foram decididos de forma automatizada pelo Content ID. 3.7 milhões dessas reclamações foram apresentadas por utilizadores que entendiam que os seus conteúdos haviam sido erradamente bloqueados (ou objeto de ações de desmonetização). Dessas, 60% foram decididas a favor dos utilizadores, o que significa que, na primeira metade de 2021, terá havido pelo menos 2.2 milhões de bloqueios injustificados³⁸.

Uma solução possível para o problema passaria por limitar a obrigação de bloqueio automático aos casos de carregamentos que fossem *manifestamente* ilícitos. Tal solução implicaria que os *uploads* cuja ilicitude não fosse evidente pudessem ser efetuados e que o respetivo bloqueio só pudesse ser levado a cabo *a posteriori*, após verificação humana, que seria desencadeada pelos titulares de direitos através de notificação às plataformas.

34 A configuração concreta destes mecanismos extrajudiciais é deixada à discricionariedade dos Estados-Membros.

35 Estas salvaguardas, creio, transformam as prerrogativas em questão em verdadeiros direitos subjetivos dos utilizadores. Sobre essa questão, cf. Tito Rendas, "Are copyright-permitted uses...", *cit.*

36 Cf. Orientações da Comissão, p. 23.

37 Cf. YouTube Copyright Transparency Report, <https://blog.youtube/news-and-events/access-all-balanced-ecosystem-and-powerful-tools/>.

38 Importa sublinhar que este é apenas um número mínimo, já que só uma pequena percentagem de utilizadores que entende que o seu conteúdo foi removido injustificadamente apresenta reclamações. É provável, por isso, que o número real seja muito superior ao reportado no relatório. Veja-se, a esse propósito, o estudo de Jennifer M. Urban/Joe Karaganis/Brianna Schofield, "Notice and Takedown in Everyday Practice", UC Berkeley Public Law Research Paper n.º 2755628, 2016.

A Comissão Europeia, nas suas orientações a respeito do art. 17.^º³⁹, e o Advogado-Geral Saugmandsgaard Øe, nas conclusões proferidas no âmbito do Proc. C-401/19⁴⁰, acolheram expressamente essa ideia. O Advogado-Geral pronunciou-se contra a invalidade do art. 17.^º, concluindo que o novo regime constitui uma ingerência na liberdade de expressão e de informação dos utilizadores, mas que esta ingerência não é desproporcional, na medida em que é acompanhada de salvaguardas que se destinam a minimizar os riscos para tais liberdades fundamentais, nomeadamente as previstas nos n.ºs 7 e 9. No entanto, não deixou de alertar para os efeitos colaterais negativos decorrentes da obrigação de filtragem e de eventuais bloqueios excessivos. Para mitigar tais riscos, o Advogado-Geral propôs que a obrigação de filtragem se cingisse aos casos de *uploads* manifestamente ilícitos, aplicando-se apenas a conteúdos que sejam idênticos aos conteúdos identificados pelos titulares de direitos ou equivalentes, no sentido de que lhes foram introduzidas apenas alterações insignificantes, por exemplo, simples modificações técnicas destinadas a ludibriar o sistema de filtragem, tais como alterações do formato ou da velocidade da imagem. Por outro lado, em casos mais ambíguos, relativamente aos quais se pode plausivelmente argumentar no sentido da aplicação de uma exceção, os conteúdos não poderiam ser bloqueados preventivamente⁴¹. Ou seja, segundo a interpretação proposta pelo Advogado-Geral, se a ilicitude do *upload* não fosse manifesta, o conteúdo em causa não poderia ser objeto de bloqueio preventivo e os titulares teriam de solicitar a respetiva remoção através de notificações devidamente justificadas.

A Grande Secção do TJUE, cujo acórdão foi proferido a 26 de abril de 2022, parece ter ecoado as preocupações do Advogado-Geral, embora de modo não inteiramente explícito. Lê-se no parágrafo 90 da decisão que os operadores das plataformas “não podem ser obrigados a prevenir o carregamento e a disponibilização ao público de conteúdos cuja constatação do caráter ilícito necessitaria (...) de uma *apreciação autónoma* do conteúdo à luz das informações fornecidas pelos titulares de direitos, bem como de eventuais exceções e limitações aos direitos de autor”⁴². Ora, se as

39 Lamentavelmente, a Comissão propôs também que se acrescentasse um mecanismo que acabava por permitir que os titulares de direitos, na prática, derrogassem esta salvaguarda: o chamado mecanismo de “marcação prévia” (*earmarking*). Nos termos desta proposta, ao fornecerem as informações necessárias às plataformas, no âmbito do art. 17.^º, n.º 4, alínea b), os titulares de direitos poderiam optar por identificar conteúdos específicos cuja disponibilização *online* pudesse causar-lhes prejuízos económicos significativos, como conteúdos particularmente sensíveis ao fator tempo, designadamente o pré-lançamento de músicas ou filmes ou destaques de transmissões de eventos desportivos recentes – cf. Orientações da Comissão, p. 16. Mas a verdade é que, segundo este regime, os titulares de direitos poderiam marcar o conteúdo que bem entendessem, sem qualquer critério limitativo de marcações abusivas. Esta proposta da Comissão previa ainda que, se o conteúdo estivesse marcado, as plataformas deveriam exercer especial cuidado no cumprimento das suas obrigações de melhores esforços. Esse especial cuidado poderia incluir, quando razoável e exequível, uma verificação humana *ex ante* e expedita. Ou seja, as plataformas deveriam bloquear a título preventivo e, idealmente, sujeitar o bloqueio a um controlo humano rápido. A existência de controlo humano, porém, não alterava o facto de a Comissão pretender, com esta proposta, um bloqueio *prévio*, ainda que potencialmente temporário, de carregamentos potencialmente lícitos.

40 Cf. conclusões do Advogado-Geral, C-401/19, *Polónia*, §§198-203.

41 Cf. conclusões do Advogado-Geral, C-401/19, *Polónia*, §206.

42 Destaque acrescentado.

plataformas não devem bloquear conteúdos cuja licitude exija uma “apreciação autônoma”, parece daí retirar-se que só devem bloquear conteúdos que – pela sua ilicitude ser manifesta, evidente, indiscutível – não exijam uma tal apreciação.

3. A transposição para o direito português

A transposição da Diretiva do Mercado Único Digital para o ordenamento nacional conheceu dois momentos: um primeiro, com a apresentação da Proposta de Lei n.º 114/XIV (PPL 114/XIV), que caducou com o termo da XIV Legislatura na sequência da dissolução do Parlamento decretada pelo Presidente da República; e um segundo, com a apresentação de uma segunda proposta em novembro de 2022 – a PPL 52/XV – que veio a dar lugar ao Decreto-Lei n.º 47/2023, de 19 de junho (DL 47/2023)⁴³.

Em ambos, a opção expressa foi a de transpor de forma quase literal o art. 17.º, delegando nos tribunais a missão de densificar o regime⁴⁴. A opção afigurava-se compreensível no contexto em que a primeira proposta havia sido apresentada, desde logo pelo facto de, à altura, se encontrar pendente o recurso de anulação interposto pela Polónia, que poderia levar à revogação das normas de transposição do art. 17.º. Contudo, e apesar de a decisão do TJUE já ser conhecida à data da apresentação da segunda proposta, a preferência pela “lógica de elevada proximidade com o texto original” manteve-se.

Na PPL 114/XIV, o legislador havia optado por dividir o longo preceito da Diretiva em oito artigos – os arts. 175.º-A a 175.º-H, a ser aditados ao CDADC –, ao invés de o condensar numa única disposição, como se fez, por exemplo, em Espanha. Também no DL 47/2023 se seguiu a opção de dividir a disposição, mas desta feita em nove artigos, com o art. 175.º-I a corresponder ao art. 175.º-B, n.º 5, da redação da PPL 114/XIV. No que à inserção sistemática diz respeito, aditou-se uma nova secção XI ao Capítulo III do Título II, referente às “utilizações em especial”, em vez de se autonomizar esta matéria em legislação avulsa, como fez o legislador alemão.

43 Para uma visão panorâmica do diploma de transposição, veja-se Nuno Sousa e Silva/Giulia Piora, “A summary look at the Portuguese transposition of the CDSM Directive”, *Kluwer Copyright Blog*, 2023.

44 Com efeito, segundo se lê no texto da exposição de motivos, foi “opção consciente seguir-se uma lógica de elevada proximidade com o texto original, permitindo que se encete o caminho jurisprudencial que a mesma terá de fazer”.

Tabela 1

Tabela de correspondência entre os articulados do CDADC e da Diretiva.

CDADC	Diretiva do Mercado Único Digital
Art. 175.º-A (Definições)	Art. 2.º, n.º 6; considerando 62
Art. 175.º-B (Utilização de conteúdos protegidos por OCSSPs)	Art. 17.º, n.ºs 1, 2, e 3
Art. 175.º-C (Atos de comunicação ao público não autorizados)	Art. 17.º, n.ºs 4 e 5; considerando 61
Art. 175.º-D (Limitação de obrigações quanto a novos OCSSPs)	Artigo 17.º, n.º 6; considerando 67
Art. 175.º-E (Dever de informação)	Artigo 17.º, n.º 8, ii; Artigo 17.º, n.º 9, iv
Art. 175.º-F (Procedimento de reclamação e reapreciação)	Artigo 17.º, n.º 9, i e ii
Art. 175.º-G (Resolução alternativa de litígios)	[concretização do Artigo 17.º, n.º 9, ii]
Art. 175.º-H (Proteção de dados pessoais)	Artigo 17.º, n.º 9, iii
Art. 175.º-I (Disponibilidade de conteúdos)	Artigo 17.º, n.º 7, i

Sem prejuízo de me parecer avisada a decisão de se seguir de perto o texto da Diretiva, a margem de liberdade conferida aos legisladores nacionais permitiria verter no texto da transposição soluções mais protetoras das liberdades fundamentais dos utilizadores. Especificamente, poderia ter-se optado pela restrição dos bloqueios automáticos aos casos de ilicitude manifesta, conforme se deixou explicado acima⁴⁵.

A primeira parte do n.º 8 do art. 17.º (“a aplicação do artigo não implica qualquer obrigação geral de monitorização”) deveria também ter constado do diploma de transposição. Bem sei que é difícil interpretar o art. 17.º como não gerando uma obrigação de monitorização, mas a transposição do conteúdo do n.º 8 para a lei nacional poderia contribuir para uma interpretação minimalista das obrigações de melhores esforços previstas nas alíneas b) e c) do n.º 4.

No que respeita ao âmbito subjetivo de aplicação deste novo regime, poderia o DL 47/2023 ter incorporado o esclarecimento feito no considerando 62 da Diretiva, segundo o qual o art. 17.º visa os operadores que desempenham um papel importante no mercado de conteúdos *online* ao “competirem com outros prestadores de serviços de conteúdos em linha, como os prestadores de serviços de transmissão de áudio e vídeo em linha, relativamente ao mesmo público”. Este esclarecimento poderia ter

45 A terminologia da “ilicitude manifesta”, aliás, não seria nova entre nós, tendo sido utilizada no art. 16.º do Decreto-Lei n.º 7/2004, de 7 de janeiro, que procedeu à transposição da Diretiva do Comércio Eletrónico. A seguir-se este caminho, poderia ainda definir-se o conceito de “ilicitude manifesta” ou prever critérios para a identificação de *uploads* manifestamente ilícitos. Nas suas orientações, a Comissão propõe alguns critérios possíveis, tais como a proporção dos conteúdos que é detetada em relação à totalidade do *upload* (e.g., se os conteúdos com correspondência são utilizados isoladamente ou em combinação com outros) ou o nível e propósito da alteração da obra utilizada (se foi alterada com fins criativos – por exemplo, adicionando elementos de texto a uma imagem com o propósito de criar um *meme* – ou, pelo contrário, apenas com o fim de evitar a sua deteção). Cf. Orientações da Comissão, pp. 24-25.

constado do novo art. 175.º-A, n.º 1, alínea a), tal como se fez na Alemanha e tal como proposto pela Comissão nas suas Orientações⁴⁶. Para além disso, o art. 175.º-A, n.º 2, não especifica que a lista de exclusões é meramente exemplificativa, como resulta do considerando 62 da Diretiva e também como recomendado pela Comissão⁴⁷.

Por fim, a previsão, no art. 175.º-G, de um mecanismo de arbitragem necessária para resolução de litígios entre operadores de plataformas e utilizadores – que não constava da PPL 114/XIV – merece também reparos. Estipula a norma que tais litígios “estão sujeitos a arbitragem necessária quando, por opção expressa dos referidos utilizadores, sejam submetidos à apreciação de centro de arbitragem institucionalizada a que se refere a que se reporta o artigo 8.º” do DL – solução para a qual se espera vir a ser desenvolvida regulamentação. Como oportunamente alertado pela Associação Portuguesa de Direito Intelectual, em parecer relativo à segunda proposta de transposição da Diretiva, a referência à arbitragem necessária não pode deixar de considerar-se “equivocada”, já que “não é em virtude de os interessados recorrerem a um centro de arbitragem institucionalizada que a arbitragem adquire a condição de necessária”; sê-lo-á apenas se a lei a impuser “quanto a certo ou certos tipos de litígios”, o que não acontece no diploma. A norma deveria prever, portanto, que tais litígios *podem* ser submetidos a arbitragem⁴⁸.

46 Cf. Orientações da Comissão, p. 4.

47 Cf. Orientações da Comissão, p. 4.

48 APDI, “Parecer sobre as Propostas de Lei n.ºs 51/XV e 52/XV em Matéria de Direitos de Autor e Conexos”, 2022, p. 7.

Reflexões para um regime dos serviços acessórios em linha dos organismos de radiodifusão

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.128.6>

Pedro Dias Venâncio¹

Resumo

A União Europeia tem desenvolvido um esforço de harmonização do direito de autor e direitos conexos, em particular na sua relação com a Sociedade da Informação, em dois vetores: (1) os bens digitais como novos objetos de tutela; e (2) o mercado digital como novo ambiente de exploração patrimonial da obra e prestações protegidas por direito de autor e direitos conexos.

Neste segundo vetor, a recente Diretiva (UE) 2019/789, de 17 de abril de 2019, veio repescar o princípio do país de origem para a determinação do exercício dos direitos de autor e direitos conexos aplicáveis aos serviços acessórios em linha dos organismos de radiodifusão. Analisamos neste texto, no que à Diretiva (UE) 2019/789 diz respeito, o conceito de serviço acessório em linha, o âmbito do princípio do país de origem e o regime proposto por esta Diretiva aos acordos para utilização de obras e prestações em serviços acessórios em linha, nomeadamente, quanto aos critérios de fixação da remuneração dos titulares dos direitos de autor e direitos conexos.

Por fim, abordamos sucintamente o processo de transposição – muito atrasado – desta Diretiva para o direito interno português.

Palavras-chave

Direito de autor; direitos conexos; país de origem; serviços acessórios em linha; organismos de radiodifusão.

¹ Professor Auxiliar da Escola de Direito da Universidade do Minho e Investigador Integrado do JusGov – Centro de Investigação em Justiça e Governação.

Sumário

1. Direito de Autor na União Europeia; **2.** Âmbito da Diretiva (UE) 2019/789; **3.** O princípio do país de origem aplicável aos serviços acessórios em linha na Diretiva; **4.** A Lei de Autorização Legislativa n.º 7/2023, de 27 de fevereiro; **5.** O Decreto-Lei autorizado n.º 46/2023, de 19 de junho; **6.** Reflexões.

Abstract²

The European Union has developed an effort to harmonise copyright and related rights, particularly in its relationship with the Information Society, in two vectors: (1) digital goods as new objects of protection; and (2) the digital market as a new environment of patrimonial exploitation of the work and performances protected by copyright and related rights.

In this second vector, the recent Directive (EU) 2019/789, of 17 April 2019, has reinstated the country-of-origin principle for the determination of the exercise of copyright and related rights applicable to online ancillary services of broadcasters. We analyse in this text, as regards Directive (EU) 2019/789, the concept of online ancillary service, the scope of the country-of-origin principle and the regime proposed by this Directive to agreements for the use of works and performances in online ancillary services, namely, as regards the criteria for fixing the remuneration of the holders of copyright and related rights.

Finally, we briefly address the transposition process – very delayed – of this Directive into Portuguese domestic law.

Keywords

Copyright; related rights; country of origin; online ancillary services; broadcasting organisations.

Summary

1. Copyright in the European Union; **2.** Scope of Directive (EU) 2019/789; **3.** The country-of-origin principle applicable to online ancillary services in the Directive; **4.** The Legislative Authorization Law no. 7/2023, of 27 February; **5.** The authorized Decree-Law no. 46/2023, of 19 June; **6.** Reflections.

² Todas as traduções apresentadas neste texto foram elaboradas com recurso ao tradutor automático gratuito da DeepL, disponível em: <https://www.deepl.com/translator/>. All the translations presented in this text have been produced using the free automatic translator from DeepL, available at: <https://www.deepl.com/translator>.

1. Direito de Autor na União Europeia

Desde a última década do século passado, a União Europeia tem realizado um intenso esforço de harmonização da legislação europeia de direitos de autor e direitos conexos. Esse trabalho é particularmente relevante nas matérias relacionadas com as interações do direito de autor e direitos conexos com as novas tecnologias maximizadas pela expansão da Internet, na comumente designada Sociedade da Informação.

Esta preocupação tem se centrado em dois vetores: (1) os bens digitais como novos objetos de tutela; e (2) o mercado digital como novo ambiente de exploração patrimonial de obras e prestações protegidas por direito de autor e direitos conexos.

Ao nível dos bens digitais como novos objetos protegidos e respectivos regimes especiais de tutela, são particularmente relevantes: a Diretiva do Conselho n.º 87/54/CEE, de 16 de dezembro de 1986, relativa à proteção jurídica das topografias de produtos semicondutores; a Diretiva n.º 2009/24/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de abril de 2009, relativa à proteção jurídica dos programas de computador (que veio revogar a Diretiva 91/250/CEE, que tratava a mesma matéria); e a Diretiva n.º 96/9/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de março de 1996, relativa à proteção jurídica das bases de dados (recentemente alterada pela Diretiva (UE) 2019/790 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de abril de 2019).

Já no que respeita ao mercado digital de obras e prestações protegidas por direito de autor e direitos conexos, são especialmente relevantes³: a Diretiva n.º 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 (esta Diretiva já foi alterada duas vezes pelas: Diretiva (UE) 2017/1564 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de setembro de 2017, e Diretiva (UE) 2019/790 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de abril de 2019); a 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; a Diretiva (UE) 2019/789, de 17 de abril de 2019, que estabelece normas sobre o exercício dos direitos de autor e direitos conexos aplicáveis a determinadas transmissões em linha dos organismos de radiodifusão e à retransmissão

³ Existem muitas outras diretivas relacionadas com direito de autor que não necessariamente com as questões próprias do mercado digital de obras protegidas, como, por exemplo: a Diretiva 2001/84/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de setembro de 2001, relativa ao direito de sequência; a Diretiva 2006/115/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2006, relativa ao direito de aluguer, ao direito de comodato; a Diretiva 2006/116/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2006, relativa ao prazo de proteção do direito de autor e de certos direitos conexos; a Diretiva 2012/28/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2012, relativa a determinadas obras órfãs (relevante para efeitos do EEE); e a Diretiva (UE) 2017/1564 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de setembro de 2017, relativa a determinadas utilizações permitidas de determinadas obras e outro material protegidos por direito de autor e direitos conexos em benefício das pessoas cegas, com deficiência visual ou com outras dificuldades de acesso.

de programas de televisão e de rádio e que altera a Diretiva 93/83/CEE do Conselho; e a 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.

Trata-se de uma regulamentação profusamente difusa e interconectada, gerando uma teia de micro regimes jurídicos com que o legislador europeu tenta abarcar as múltiplas e emergentes formas de exploração patrimonial de obras e prestações protegidas por direito de autor e direitos conexos

Neste texto cingiremos a nossa análise à Diretiva (UE) 2019/789, de 17 de abril de 2019, e, dentro desta, ao regime especialmente concebido para o exercício dos direitos de autor e direitos conexos aplicáveis aos serviços acessórios em linha dos organismos de radiodifusão.

2. Âmbito da Diretiva (UE) 2019/789

A Diretiva (UE) 2019/789, de 17 de abril de 2019 (de ora em diante designada apenas por “Diretiva”), estabelece normas sobre o exercício dos direitos de autor e direitos conexos aplicáveis a determinadas transmissões em linha dos organismos de radiodifusão e à retransmissão de programas de televisão e de rádio e altera a Diretiva 93/83/CEE do Conselho.

Em particular, esta Diretiva aborda três temáticas:

- I. Aplicação do princípio do “país de origem” aos serviços acessórios em linha (Capítulo II);
- II. O exercício dos direitos de retransmissão de programas de televisão e de rádio (Capítulo III);
- III. E a transmissão de programas por injeção direta (Capítulo IV).

Como referimos *supra*, iremos debruçar-nos apenas sobre o regime previsto para a aplicação do *princípio do país de origem*⁴ aos serviços acessórios em linha por organismos de radiodifusão, ao qual a Diretiva dedica apenas a definição do n.º 1 do art. 2.º e art. 3.º na sua parte dispositiva, mas cujo regime surge densificado nos considerandos iniciais.

4 Para Pedro Alberto de Miguel Asensio, “O recurso ao princípio do país de origem constitui uma exceção muito relevante, mas específica, à aplicação do critério da *lex loci protectionis*. A aplicação da lei do país em relação ao qual a proteção é reivindicada (para cujo território o ato de exploração remete) e que normalmente leva à necessidade de respeitar as leis dos vários países em que se prevê a exploração da obra continua a ser o critério de base, derivado da natureza territorial dos direitos, mesmo no contexto da prestação de serviços da sociedade da informação no mercado interno. Isto é coerente com o facto de o anexo da Diretiva 2000/31/CE relativa ao comércio eletrónico ter deixado o direito de autor e os direitos conexos – tendo em conta a sua natureza territorial – fora do critério de origem, previsto no artigo 3.º da diretiva para os serviços da sociedade da informação” (tradução nossa) [Pedro Alberto de Miguel Asensio, “Territorialidad de los derechos de autor y mercado único digital”, *Cuadernos De Derecho Transnacional*, v. 12, n. 2 (2020), p. 349 (p. 369)].

Analisaremos nas seções seguintes os termos em que o regime está previsto na Diretiva, a sua previsão na Lei de autorização legislativa n.º 7/2023, de 27 de fevereiro, e sua concretização no Decreto-Lei autorizado n.º 46/2023, de 19 de junho.

3. O princípio do país de origem aplicável aos serviços acessórios em linha na Diretiva

Nos seus considerandos iniciais, o legislador comunitário salienta que as novas plataformas de comunicação ao público de programas utilizados pelos organismos de radiodifusão já não se limitam à “retransmissão simultânea, inalterada e integral por cabo ou sistemas de microondas”, utilizando não só outras tecnologias, como disponibilizando outros serviços acessórios a estas transmissões.

Quanto a estes conclui o considerando (9) que, “a fim de facilitar o apuramento dos direitos aplicáveis à prestação de serviços acessórios em linha além-fronteiras, é necessário prever o estabelecimento do princípio do país de origem no que se refere ao exercício dos direitos de autor e direitos conexos relevantes para factos ocorridos no decurso da prestação, o acesso ou a utilização de um serviço acessório em linha”.

Em contra partida, adverte o considerando (12) que “é necessário garantir que, na determinação do montante a pagar pelos direitos em questão, as partes tenham em conta todos os aspetos do serviço acessório em linha, designadamente as características do serviço, incluindo a duração da disponibilidade em linha dos programas incluídos no serviço, o público – incluindo o público do Estado-Membro do estabelecimento principal do organismo de radiodifusão e de outros Estados-Membros em que o serviço acessório em linha é acedido e utilizado – e as versões linguísticas disponibilizadas”.

Na verdade, o princípio do país de origem tem sido muito debatido no seio da União Europeia a propósito da sua aplicação em diversas Diretivas e áreas de atividade económica, em particular nas relacionadas com os serviços da Sociedade da Informação. Uma opção que sendo recorrente não é pacífica. Como refere Polanski, “embora o princípio do país de origem continue a ser o elemento-chave da construção da liberdade de prestação de serviços da sociedade da informação, o próprio princípio sofre uma série de restrições, tanto explícitas como implícitas, que tornam a sua aplicação prática um sério desafio” (tradução nossa)⁵.

No entanto, ao contrário do intenso debate público suscitado pela Diretiva (UE) 2019/790, relativa aos direitos de autor e direitos conexos no mercado único digital e à recorrente discussão que a adoção do princípio do país de origem tem suscitado em outras áreas⁶, a adoção do princípio do país de origem aplicável aos serviços

5 Paul Przemyslaw Polański, “Revisiting country of origin principle: Challenges related to regulating e-commerce in the European Union”, *Computer Law and Security Review*, Vol. 34(3) (2018), p. 1.

6 Questão que vem sendo discutida nos últimos 20 anos pela doutrina, como o denotam os artigos que citamos a seguir a título de exemplo: Paolo Cavaliere, “Who’s sovereign? The AVMSD’s country of origin principle and video-sharing platforms”, *Journal of Digital Media and Policy*, Vol. 12(3) (2021); Karsten Eng-

acessórios em linha de organismos de radiodifusão parece ter passado *entre os pingos da chuva* da polémica doutrinal.

Exceção a esta minguia doutrinal, pronunciou-se sucintamente sobre o tema Pedro Alberto de Miguel Asensio, defendendo que, “a fim de facilitar a possibilidade de difundir estes programas através da Internet em toda a União, a Diretiva (UE) 2019/789 prevê a extensão do princípio do país de origem a determinados serviços em linha com base no modelo estabelecido para a radiodifusão por satélite na Diretiva 93/83/CEE, cujas disposições não se aplicam à prestação de serviços em linha” (tradução nossa)⁷.

Face a esta escassez de debate doutrinal, apresentamos neste texto uma reflexão focada na análise crítica dos textos legais. Como ponto de partida dessa análise, verificamos que a implementação deste regime importou a harmonização comunitária dos seguintes conceitos:

- a) O conceito de *serviço acessório em linha*;
- b) O âmbito do *princípio do país de origem*;
- c) E regime aplicável aos acordos para utilização de obras e prestações em serviços acessórios em linha, nomeadamente, quanto aos *critérios de fixação da remuneração* dos titulares dos direitos de autor e direitos conexos.

Quanto ao ponto a), o art. 2.º, n.º 1, da Diretiva define “Serviço acessório em linha” como “o serviço em linha que consiste no fornecimento ao público, por um organismo de radiodifusão ou sob o seu controlo e responsabilidade, de programas de televisão ou de rádio em simultâneo com a sua transmissão pelo organismo de radiodifusão, ou num posteriormente a essa transmissão durante um período de tempo determinado, bem como de quaisquer materiais que sejam acessórios em relação a essa difusão”.

Esta definição deve ser interpretada em concordância com os considerandos (6) a (8) da mesma Diretiva, nomeadamente, que esta Diretiva visa abarcar os serviços que não se encontram abrangidos pela Diretiva 93/83/CEE, nomeadamente, “retransmissão simultânea, inalterada e integral por cabo ou sistemas de microondas”.

Da conjugação desta definição com os considerandos citados, devemos entender que um *serviço acessório em linha* relevante para esta Diretiva é aquele que cumpra os seguintes quatro requisitos:

1. Serviço prestado “por um organismo de radiodifusão ou sob o seu controlo e responsabilidade”;
2. “que consiste no fornecimento ao público”

sig Sørensen, “Enforcement of harmonization relying on the country of origin principle”, *European Public Law*, Vol. 25(3) (2019); Michael A. Wagner, “Revisiting the Country-of-Origin Principle in the AVMS Directive”, *Journal of Media Law*, Vol. 6(2) (2014); Michael Hellner, “The Country of Origin Principle in the E-commerce Directive – A Conflict with Conflict of Laws?”, *European Review of Private Law*, Vol. 12(2) (2004).

7 Pedro Alberto de Miguel Asensio, “Territorialidad de los derechos de autor...”, *cit.*, p. 368.

3. “de programas de televisão ou de rádio em simultâneo com a sua transmissão pelo organismo de radiodifusão, ou num posteriormente a essa transmissão durante um período de tempo determinado, bem como de quaisquer materiais que sejam acessórios em relação a essa difusão”
4. que não se reconduzam “à retransmissão simultânea, inalterada e integral por cabo ou sistemas de microondas” (que se encontra abrangida pela Diretiva 93/83/CEE).

O ponto b) – o âmbito do princípio do país de origem – vem consagrado no art. 3.º da Diretiva, mas a compreensão do seu âmbito material requer a conjugação com os considerandos iniciais da mesma.

Pensamos poder dissecar este princípio em três notas essenciais: os atos abrangidos; o âmbito substantivo; e o efeito jurídico pretendido.

Quanto aos *atos abrangidos*, o princípio do país de origem aplica-se aos “atos de comunicação ao público de obras ou outro material protegido, por fio ou sem fio, e de colocação à disposição do público”. Pensamos poder daqui concluir que o legislador comunitário considera a disponibilização de obras ou prestações protegidas através destes serviços acessórios como um ato de comunicação ao público distinto e autónomo do ato de comunicação ao público decorrente da sua transmissão síncrona pelo organismo de radiodifusão, por fio ou sem fio, e por isso carente de uma autorização específica opara esse fim.

Quanto ao seu *âmbito material*, este princípio aplica-se à comunicação de “obras ou outro material protegido, por fio ou sem fio, de forma que este possa ter acesso aos mesmos no local e na data da sua escolha, que ocorrem aquando da prestação ao público: a) De programas de rádio; e b) De programas de televisão que sejam: i) programas de informação e atualidades, ou ii) produções próprias, inteiramente financiadas pelo organismo de radiodifusão” (n.º 1). Excluindo-se expressamente “às transmissões de eventos desportivos e às obras e outro material protegido neles incluídas”.

Este âmbito material vem aprofundado no considerando (10), que deverá ser tido em consideração na sua interpretação⁸.

8 Consta deste considerando (10) que: “Estas categorias de programas deverão incluir os programas noticiosos e de atualidades, bem como as produções próprias de um organismo de radiodifusão exclusivamente financiadas por este, incluindo no caso em que o financiamento utilizado pelo organismo de radiodifusão para as suas produções provem de fundos públicos. Para efeitos da presente diretiva, consideram-se produções próprias dos organismos de radiodifusão as produções realizadas por um organismo de radiodifusão que utiliza os seus próprios recursos, mas excluindo as produções encomendadas pelo organismo de radiodifusão a produtores que dele são independentes, nem as coproduções. Pelas mesmas razões, o princípio do país de origem não deverá aplicar-se às transmissões televisivas de eventos desportivos abrangidas pela presente diretiva. O princípio do país de origem só deverá ser aplicado se os programas forem utilizados pelo organismo de radiodifusão nos seus próprios serviços acessórios em linha. O referido princípio não deverá aplicar-se à atribuição, por um organismo de radiodifusão, de licenças a terceiros, incluindo a outros organismos de radiodifusão, para as suas próprias produções. O princípio do país de origem não deverá afetar a liberdade dos titulares de direitos e dos organismos de radiodifusão de, no respeito da legislação da União, chegarem a acordo quanto a limitações, nomeadamente geográficas, à exploração dos seus direitos.”

O *efeito jurídico* relevante deste princípio é considerar, “para efeitos do exercício de direitos de autor e direitos conexos aplicáveis a esses atos”, que os atos praticados por *serviço acessório em linha* “ocorrem exclusivamente no Estado-Membro do estabelecimento principal do organismo de radiodifusão”⁹.

O princípio não vem assim acrescentar uma nova tutela aos direitos de autor e direitos conexos protegidos, mas estabelecer um novo critério de competência, determinando que se concentre numa única jurisdição o exercício dos direitos de autor e direitos conexos, por referência ao país do estabelecimento principal do organismo de radiodifusão, e independentemente do país do espaço europeu em que os serviços são acedidos pelo utilizador final.

Neste ponto, Pedro Alberto de Miguel Asensio salienta que “a localização no país de origem se limita a atos relevantes para o direito de autor para efeitos do exercício de direitos, como a concessão de licenças” (tradução nossa)¹⁰. Não se encontram assim abrangidos por este princípio a competência sobre eventuais infrações e/ou danos ilicitamente causados aos titulares desses direitos¹¹.

Por fim, quanto ao ponto c) – *regime aplicável* –, o n.º 2 deste art. 3.º impõe que “os Estados-Membros assegurem que, na fixação do montante da remuneração devida pelos direitos aos quais se aplica o princípio do país de origem (...), as partes tenham em conta todos os aspetos do serviço acessório em linha, tais como as características do serviço, incluindo a duração da disponibilidade em linha dos programas fornecidos nesse serviço, o público e as versões linguísticas disponibilizadas”.

9 Como refere Pedro Alberto de Miguel Asensio, “A exceção ao critério da *lex loci protectionis* introduzida pela Diretiva (UE) 2019/789 assenta na ficção de que certos atos de exploração de uma obra, para efeitos do exercício do direito de autor e dos direitos conexos, ocorrem apenas no Estado-Membro em que o organismo de radiodifusão tem o seu estabelecimento principal, conforme dispõe o artigo 3.º, n.º 1, inspirado no artigo 1.º, n.º 2, alínea b), da Diretiva 93/83/CEE, embora este último, para localizar o Estado de origem, se refira ao Estado-Membro em que os sinais portadores de programas são introduzidos numa cadeia ininterrupta de comunicação que conduz ao satélite e do satélite à terra. Na nova diretiva, o país de origem coincide com o Estado-Membro em que o organismo de radiodifusão tem o seu estabelecimento principal” (tradução nossa) (Pedro Alberto de Miguel Asensio, “Territorialidad de los derechos de autor...”, *cit.*, p. 369).

10 *Ibidem*.

11 Pedro Alberto de Miguel Asensio reforça esta ideia, concluindo que, “no que diz respeito aos aspetos não abrangidos pelo critério do país de origem, continua a ser determinante a *lex loci protectionis*, de acordo com o disposto no artigo 8.º do Regulamento Roma II, o que conduz, como já foi salientado, à aplicação de cada um dos Estados para os quais se reclama a proteção do direito, ou seja, onde se situam os alegados atos de infração em função da localização das pessoas que acedem aos conteúdos ilícitos. Por outro lado, o critério de determinação do país de origem previsto na nova diretiva também não é diretamente aplicável para avaliar o Estado de origem do dano – embora, na prática, muitas vezes coincidam – quando se aplica a competência especial no domínio da violação dos direitos de propriedade intelectual prevista no n.º 2 do artigo 7.º do Regulamento Bruxelas I-A, tal como se reflete na jurisprudência do Tribunal de Justiça sobre a localização do «facto gerador» para efeitos de atribuição de competência internacional.” (tradução nossa) (*ibidem*).

Nem o articulado da Diretiva, nem os seus considerandos (nomeadamente o n.º 12 que diretamente se relaciona com o disposto¹²) esclarecem como tais critérios deverão ser aplicados na fixação desta remuneração, limitando-se a prever que tal “não exclui a possibilidade de calcular o montante dos pagamentos devidos com base nas receitas do organismo de radiodifusão”.

Estabelece ainda o n.º 3 do mesmo art. 3.º da Diretiva que “O princípio do país de origem estabelecido no n.º 1 não prejudica a liberdade contratual dos titulares de direitos e dos organismos de radiodifusão de chegarem a acordo, nos termos do direito da União, sobre a introdução de limitações à exploração de tais direitos, incluindo os previstos na Diretiva 2001/29/CE”.

Por fim, ainda a propósito destes serviços acessórios em linha, o art. 11.º da Diretiva vem estabelecer um regime transitório: “os acordos sobre o exercício de direitos de autor e direitos conexos aplicáveis aos atos de comunicação ao público de obras ou outros materiais protegidos, com ou sem fios, e de colocação à disposição do público de obras ou outros materiais protegidos, com ou sem fios, de modo que este possa aceder aos mesmos em local e data da sua escolha, que ocorram no decurso da prestação de um serviço acessório em linha, bem como aos atos de reprodução necessários à prestação, acesso ou utilização desses serviços acessórios em linha, que estejam em vigor em 7 de junho de 2021 estão sujeitos ao disposto no artigo 3.º a partir de 7 de junho de 2023, se caducarem após essa data”.

O que se afigura uma norma que suscitará alguma dificuldade de aplicação no caso português face ao significativo atraso com que se promoveu esta transposição.

4. A Lei de Autorização Legislativa n.º 7/2023, de 27 de fevereiro

A Lei n.º 7/2023, de 27 de fevereiro (em boa verdade com um substancial atraso relativamente à data de transposição prevista no art. 12.º da Diretiva, de 7 de junho de 2021), vem, no seu art. 2.º, autorizar o Governo a legislar sobre esta matéria com o seguinte sentido e extensão:

12 Pode ler-se no considerando (12) que: “Uma vez que se considera que a prestação, o acesso ou a utilização de serviços acessórios em linha, nos termos da presente diretiva, ocorrem exclusivamente no Estado-Membro do estabelecimento principal do organismos de radiodifusão, embora na verdade os serviços acessórios em linha possam ser prestados além-fronteiras em outros Estados-Membros, é necessário garantir que, na determinação do montante a pagar pelos direitos em questão, as partes tenham em conta todos os aspetos do serviço acessório em linha, designadamente as características do serviço, incluindo a duração da disponibilidade em linha dos programas incluídos no serviço, o público – incluindo o público do Estado-Membro do estabelecimento principal do organismo de radiodifusão e de outros Estados-Membros em que o serviço acessório em linha é acedido e utilizado – e as versões linguísticas disponibilizadas. No entanto, deverá continuar a ser possível aplicar métodos específicos para calcular o montante da remuneração devida pelos direitos sujeitos ao princípio do país de origem, como os métodos baseados nas receitas do organismo de radiodifusão geradas pelo serviço em linha, que são usados em especial pelos organismos de radiodifusão.”

- a) Definir o conceito 'serviço acessório em linha', para efeitos do disposto no n.º 1 do art. 2.º da Diretiva (UE) 2019/789, do Parlamento Europeu e do Conselho;
- b) Estender o regime jurídico constante nos artigos 149.º a 156.º, 178.º e 184.º do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 63/85, de 14 de março, aos serviços acessórios em linha, nos termos definidos na Diretiva (UE) 2019/789, do Parlamento Europeu e do Conselho;
- c) Estabelecer as condições de aplicabilidade do princípio do país de origem aos serviços acessórios em linha, para efeitos da determinação da lei aplicável em matéria de direitos de autor e direitos conexos e da fixação do montante da remuneração devida pelos respetivos direitos, nos termos do artigo 3.º da Diretiva (UE) 2019/789, do Parlamento Europeu e do Conselho;
- [...]
- m) Definir o regime de aplicação no tempo de cada um dos regimes jurídicos aplicáveis, nos termos do artigo 11.º da Diretiva (UE) 2019/789, do Parlamento Europeu e do Conselho”.

Como é fácil de verificar pelas alíneas transcritas, a Lei de autorização legislativa é muito escassa na delimitação do sentido e extensão a dar às normas a transpor.

Nas alíneas a) e c), quanto à definição do conceito e do princípio, a autorização legislativa limita-se a remeter para preceitos que se encontram concretamente determinados pelos normativos da Diretiva e que, como tal, não deixam margem de “adaptação” ao legislador.

O mesmo já não se poderá dizer quanto às alíneas b), c) e m), na parte respeitante ao cumprimento do disposto no n.º 2 do art. 3.º e art. 11.º da Diretiva, que, penso, merecem alguma reflexão.

De facto, impondo-se que o legislador faça “estender o regime jurídico constante nos artigos 149.º a 156.º, 178.º e 184.º do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos” (CDADC) aos serviços acessórios em linha, poderá questionar-se se o legislador autorizante entendeu que a mera remissão para este regime cumpre, por si só, as exigências do n.º 2 do art. 3.º da Diretiva. Ou se alguma adaptação é necessária e qual.

Os arts. 149.º a 156.º dizem respeito ao regime de “radiodifusão e outros processos destinados à reprodução dos sinais, dos sons e das imagens” de obra protegida por direito de autor. Nomeadamente quanto à necessidade, âmbito e limite das autorizações para o efeito. Faz todo o sentido que as autorizações para as comunicações ao público no âmbito de serviços acessórios em linha sejam integradas de forma coe-rente nesta secção. No entanto, estes dispositivos não estabelecem qualquer critério quanto à fixação da remuneração devida.

Também os arts. 178.º e 184.º do CDADC, relativos às faculdades exclusivas dos titulares dos direitos conexos dos artistas e dos produtores de fonogramas e videogramas, respetivamente, não consagram qualquer critério de remuneração.

Não se vê assim como a mera remissão para estas normas vá cumprir a imposição do n.º 2 do art. 3.º da Diretiva.

É certo que o regime estabelecido nestas normas não assegura “que, na fixação do montante da remuneração devida pelos direitos aos quais se aplica o princípio do país de origem (...) as partes tenham em conta todos os aspetos do serviço acessório em linha, tais como as características do serviço, incluindo a duração da disponibilidade em linha dos programas fornecidos nesse serviço, o público e as versões linguísticas disponibilizadas”.

Por outro lado, a lei de autorização, limitando expressamente a autorização às normas citadas, sem concretizar que alterações possam ser produzidas às mesmas, para além da extensão do seu regime, não parece dar margem à introdução de critérios nela não previstos por incumprir com o dever de “definir o objeto, o sentido, a extensão e a duração da autorização”, imposto pelo n.º 2 do art. 165.º da Constituição da República Portuguesa.

Por fim, quanto à alínea m), relativa à norma transitória imposta pelo art. 11.º da Diretiva, a lei de autorização não esclarece como o diploma autorizado há de resolver o problema suscitado pelo atraso na transposição.

Não restam dúvida que se deverá determinar que todos os acordos que se renovam após a entrada em vigor da lei deverão transitar para o novo regime.

A questão é que o Decreto-Lei autorizado apenas veio a ser publicado a 19 de junho de 2023, entrando em vigor no dia seguinte ao da sua publicação, logo, onze dias depois da data de 7 de junho de 2023.

5. O Decreto-Lei autorizado n.º 46/2023, de 19 de junho

A proposta de Decreto-Lei que transpõe a Diretiva (UE) 2019/789 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de abril de 2019, esteve em consulta pública de 22 de fevereiro a 7 de março do presente ano de 2023¹³. Sendo certo, como vimos referindo, que a parte que analisamos neste texto foi das menos debatidas.

Na sequência desta proposta, foi publicado o Decreto-Lei n.º 46/2023, de 19 de junho, que transpõe a Diretiva (UE) 2019/789, que estabelece normas sobre o exercício do direito de autor e direitos conexos aplicáveis a determinadas transmissões em linha dos organismos de radiodifusão e à retransmissão de programas de televisão e de rádio.

13 Disponível em: https://www.consultalex.gov.pt/ConsultaPublica_Detail.aspx?Consulta_Id=286.

O Decreto-Lei n.º 46/2023 dedica aos serviços acessórios em linha de organismos de radiodifusão: a alínea c) do art. 2.º, que transpõe a definição constante do art. 2.º, n.º 1, da Diretiva; os arts. 3.º e 4.º, que transpõem o art. 3.º da Diretiva; e a questão do regime transitório do art. 11.º da Diretiva é abordada no art. 10.º, n.ºs 1 e 2, da proposta de Decreto-Lei. Artigos que correspondem quase literalmente ao texto constante da proposta levada a discussão pública, que, nesta parte, não sofreu alterações significativas.

Desde logo, como nota prévia, salientamos que o Governo veio uma vez mais regulamentar matérias de direitos de autor e direitos conexos num diploma avulso ao CDADC, aumentando a dispersão legislativa destes regimes, em particular no que diz respeito ao ambiente digital.

Quanto aos serviços acessórios em linha de organismos de radiodifusão, haveria a legislar os três pontos que salientámos *supra* na análise da Diretiva, nomeadamente: (a) previsão da definição de serviços acessório em linha; (b) definição e delimitação de aplicação do princípio do “país de origem”; (c) o regime jurídico aplicável no ordenamento interno a estes atos e, dentro deste regime, os critérios de fixação da remuneração dos titulares de direitos de autor e direitos conexos abrangidos por esses serviços.

O *ponto a)* cumpre-se com a introdução literal da definição de serviço acessório em linha na alínea c) do art. 2.º, que transpõe a definição constante art. 2.º, n.º 1, da Diretiva. Solução que se afigura coerente com a imposição da legislação europeia.

O *ponto b)* – a imposição e âmbito do princípio do “país de origem” aos serviços acessórios em linha – é tratado nos n.os 1 a 3 do art. 3.º do Decreto-Lei, que reproduzem o disposto no art. 3.º, n.º 1, da Diretiva, e no n.º 3 do art. 4.º do Decreto-Lei, que reproduz o disposto no n.º 3 do art. 3.º da Diretiva.

Ainda quanto a este aspeto, o legislador português opta por acrescentar alguns esclarecimentos ao âmbito de aplicação deste princípio que, não constando expressamente do art. 3.º da Diretiva, resultam implícitos, essencialmente, dos considerandos (9) e (10) da Diretiva.

Nomeadamente:

- O n.º 4 do art. 3.º do Decreto-Lei clarifica o conceito de “produção própria”, reproduzindo os esclarecimentos constantes do considerando (10) da Diretiva;
- O n.º 5 do art. 3.º do Decreto-Lei transpõe um dos esclarecimentos constante do considerando (9) da Diretiva, não todos, pois este considerando também se reflete no n.º 1 do art. 4.º do Decreto-Lei;
- O n.º 1 do art. 4.º do Decreto-Lei compila alguns limites de aplicabilidade do princípio do país de origem, constantes dos considerandos (9) da Diretiva;
- O n.º 2 do art. 4.º do Decreto-Lei transcreve a regra estabelecida no considerando (10) da Diretiva.

Quanto ao *ponto c)* – a determinação dos critérios de fixação do montante da remuneração devida pela utilização de obras e outro material protegido por direitos de autor e conexos –, o n.º 4 do art. 4.º do Decreto-Lei limita-se a reproduzir o texto do n.º 2 do art. 3.º da Diretiva, sem lhe acrescentar qualquer critério quantitativo. E, mais preocupante na nossa opinião, sem lhe acrescentar mecanismos de controlo ou regime sancionatório específicos.

Por fim, acrescente-se que, quanto ao regime transitório, o legislador português limita-se a reproduzir o proposto na diretiva, ignorando (inclusive no tempo verbal) que a data de 7 de junho de 2021 ocorreu há quase dois anos!

Na verdade, considerando que o presente diploma entraria em vigor a 20 de junho de 2023, a formulação deste n.º 1 do art. 10.º do Decreto-Lei é um pouco estranha: “O regime previsto nos artigos 3.º e 4.º não se aplica aos acordos que estejam em vigor a 7 de junho de 2021 nem aos atos de reprodução necessários à prestação, acesso ou utilização desses serviços acessórios em linha”.

Devemos desta norma interpretar, *a contrario*, e por força do cumprimento do imposto pela Diretiva comunitária, que estes arts. 3.º e 4.º se aplicam retroativamente aos acordos celebrados desde 8 de junho de 2021?

Por outro lado, do n.º 2 do art. 10.º do Decreto-Lei parece determinar-se que os arts. 3.º e 4.º produzem efeitos retroativos à data de 7 de junho de 2023 relativamente aos contratos referidos no n.º 1, ou seja, os celebrados antes de 7 de junho de 2021.

Face ao atraso da transposição, pensamos que esta norma transitória deveria ter sido adaptada, prevendo expressamente e em que circunstâncias o regime é aplicável retroativamente, relativamente às datas limites de transposição e produção de efeitos (ambas ultrapassadas) previstas na Diretiva.

6. Reflexões

Em primeiro lugar, considerando que o ambiente digital tende a tornar-se o mercado dominante dos direitos de autor e direitos conexos, pensamos que a contínua fragmentação da sua regulação em diplomas avulsos ameaça a coerência e legibilidade do seu regime jurídico como um todo.

Face a esta situação, entendemos que já era tempo de recodificar a matéria dos direitos de autor e direitos conexos, condensando os múltiplos diplomas que regulam a matéria casuisticamente a cada nova transposição de direito europeu, e repensando o seu regime numa visão “atualizada”.

Em segundo lugar, pensamos que a divisão das matérias tratadas nos dois artigos citados (3.º e 4.º do Decreto-Lei) mistura de forma pouco coerente as três questões *supra* levantadas. Seria mais coerente e clara a interpretação da lei se o diploma separasse as normas que dizem respeito à delimitação do âmbito de aplicação do

princípio do país de origem das normas que consagram um regime aplicável aos acordos abrangidos por tal princípio.

Nomeadamente:

- Não compreendemos porque o legislador português separa a remissão para os arts. 149.º a 156.º, 178.º e 184.º do CDADC (no n.º 6 do art. 3.º do Decreto-Lei) da previsão dos critérios de remuneração (no n.º 4 do art. 4.º do Decreto-Lei). As duas matérias estão em clara relação, os critérios de fixação de remuneração vêm completar o regime das autorizações previstas no CDADC quando aplicáveis aos serviços acessórios em rede.
- Não compreendemos porque este n.º 4 relativo aos critérios de remuneração é incluído no art. 4.º sobre a epígrafe de “Exceções ao princípio do país de origem”. É suposto estes critérios de remuneração serem o regime regra na aplicação deste princípio e não a sua exceção.
- Por fim, tendo o legislador português feito um esforço por incluir na regulação interna os esclarecimentos (aprofundamentos) constantes dos considerandos, o que é positivo, penso que o fez de forma algo confusa, nomeadamente incluindo desnecessariamente normas de conteúdo negativo.

Em terceiro lugar, se a consagração do *princípio do país de origem* quanto aos serviços acessórios em linha dos organismos de radiodifusão parece cumprir de forma adequada a necessidade de concentração do processo de autorização num único momento e jurisdição dentro da União Europeia, a ausência de critérios de remuneração minimamente quantificáveis parece deixar desprotegidos os titulares das obras e prestações que possam ser objeto destes serviços. Prejudicando um justo equilíbrio entre a fluidez do mercado e a justa remuneração que se pretende garantir para as novas plataformas de difusão digital.

É certo que, em alguns pontos, como na definição dos conceitos essenciais de serviços acessórios em linha ou princípio do “país de origem”, a própria diretiva não deixava margem de adaptação ao legislador. Já quanto à fixação de critérios para a determinação da remuneração dos titulares dos direitos de autor e direitos conexos abrangidos, pedia-se ao legislador nacional para “assegurar” o cumprimento dos princípios estabelecidos. Pensamos que, aqui, o legislador português poderia ser mais ambicioso. Desde logo, além de se limitar a reproduzir critérios genéricos, não resulta do diploma qualquer consequência jurídica decorrente do incumprimento deste normativo ou formas de fiscalização do mesmo.

Por fim, o Decreto-Lei, nas suas normas transitórias, deveria reconhecer que o legislador português transpôs a Diretiva não só para lá da data limite para a sua transposição, mas ultrapassando também a data limite para a sua produção de efeitos.

Em face disso, a norma transitória do art. 10.º deveria ter sido adaptada, prevendo expressamente e em que circunstâncias o regime é aplicável retroativamente, relativamente às datas limites de transposição e produção de efeitos previstas na Diretiva.

Visual art works in the public domain (Article 14 of Directive 2019/790)

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.128.7>

Maria Victória Rocha¹

Abstract

For the first time in the European Union (EU), Article 14 of Directive 2019/790 grants a positive status to public domain with reference to works of visual art. Any material resulting from acts of reproduction of a work of visual art in the public domain is not subject to copyright or related rights, unless such material is original, in the sense that it is the author's own creation. The provision's purpose is to prevent copyright-fraud, which has been practiced by museums and other owners. Avoid this practice is especially important in the digital market. Article 14 is clarificatory and codifies the concept of originality according to the Court of Justice settled case law. The provision also aims to avoid divergent approaches across the EU, which lead to uncertainty that affects cross-border dissemination of works of art in the public domain. The transposition of this provision should be minimalistic. Article 14 does not define what are works of visual art and does not determine the consequences of the infringement of the provision. Articles 2 and Recital 13 do not contain an exhaustive list of what should be considered a Cultural Heritage Institution. All these issues create doubts about the effectiveness of Article 14. Our purpose is to analyze Article 14 of Directive 2019/790 and the issues it raises.

Keywords

Works of visual art; public domain; copyright; related rights; cultural heritage institutions; originality; work.

¹ Auxiliar Professor of Universidade Católica Portuguesa, Escola de Direito, Porto. Member and researcher of CEID – Católica Research Centre for the Future of Law. Senior Investigator of GEDAI – Grupo de Estudos de Direito Autoral e Industrial da Universidade Federal do Paraná, Brasil. Member of the project I + D + i PID2020-112707GB-I00, MODA Y BIENES INMATERIALES, funded by MCIN/AEI/10.13039/501100011033. Email: virocha@ucp.pt. Orcid.org/0000-0002-0518-9223.

Summary

1. Introduction; **2.** History; **3.** Rationale; **3.1.** Public domain; **3.2.** Cross-border market; **4.** Definitions; **4.1.** Works of visual art; **4.2.** Reproductions; **4.3.** Material; **4.4.** Cultural Heritage Institutions; **5.** Material that can be subject to copyright; **5.1.** Originality; **5.2.** Work; **6.** Exclusion of related rights; **7.** Sale of reproductions; **8.** Effectiveness; **9.** Application in time; **10.** Conclusions.

Resumo

Pela primeira vez na União Europeia (UE), o art. 14.º da Diretiva 2019/790 reconhece um estatuto positivo ao domínio público em relação às obras de arte visual. O material resultante de um ato de reprodução de uma obra de arte visual no domínio público não será protegido por direitos de autor ou direitos conexos, exceto se for original, no sentido de ser uma criação do autor. A norma visa impedir que obras no domínio público sejam consideradas indevidamente protegidas, o que tem sido prática corrente de museus e outros proprietários. Evitar esta prática fraudulenta é especialmente importante no mercado digital. O art. 14.º é uma norma clarificadora e codifica o conceito de originalidade, de acordo com a jurisprudência constante do Tribunal de Justiça. A norma visa também evitar abordagens divergentes na UE, que implicam incertezas e afetam a difusão transfronteiriça de obras de arte do domínio público. A sua transposição deveria ser minimalista. Todavia, o art. 14.º não define o que são obras de arte visual e não determina as consequências da sua infração. O art. 2.º e o Considerando 13 não contêm uma lista exaustiva do conceito de Instituição do Património Cultural. Há dúvidas fundadas sobre a eficácia da norma. Temos por objetivo analisar o art. 14.º e procurar responder às questões que o mesmo suscita.

Palavras-chave

Obras de arte visual; domínio público; direito de autor; direitos conexos; instituições do património cultural; originalidade; obra.

Sumário

1. Introdução; **2.** História; **3.** Fundamentação; **3.1.** Domínio público; **3.2.** Mercado transfronteiriço; **4.** Definições; **4.1.** Obras de arte visual; **4.2.** Reproduções; **4.3.** Material; **4.4.** Instituições do Património Cultural; **5.** Material que pode ser objeto de direitos de autor; **5.1.** Originalidade; **5.2.** Obra; **6.** Exclusão de direitos conexos; **7.** Venda de reproduções; **8.** Eficácia; **9.** Aplicação no tempo; **10.** Conclusões.

1. Introduction

Article 14 of Directive 2019/790², headed “Works of visual art in the public domain”, states that: “Member States shall provide that when the term of protection of a work of applied art has expired, any material resulting from an act of reproduction of that work is not subject to copyright or related rights, unless the material resulting from that act of reproduction is original in the sense that it is the author’s own intellectual creation”.

Once the copyright of a work of visual art has expired it may be reproduced, or in a broad sense, used, without the necessity of the author’s consent, since it is part of the public domain. In addition, no exclusive rights shall attach to any copy of a work of art in the public domain, unless the reproduction is its author’s own intellectual creation.

The “copyright fraud”, that is, the false claim of copyright protection, still practiced by many museums, other cultural heritage institutions³ and private operators, under this provision, seems to be doomed to failure.

Nevertheless, it is regrettable that Article 14 of DSM Directive does not extend to all manuscripts, old documents, music sheets, and parchments that exist in collections of CHIs, on which these institutions regularly claim copyright protection. Also, Article 14 of DSM Directive does not sanction the false claim of copyright protection that may consist, *inter alia*, in inserting a copyright notice, in the use of technological measures, or of restrictive terms and conditions in the digital reproductions. This is very a common practice of many museums, other CHIs, and private operators, without legal ground for the prohibition⁴.

Despite its limitations, this provision is very important. For the first time in the EU, Article 14 of DSM Directive grants a positive status to works of visual art belonging to the public domain by forbidding any regaining of exclusivity therein. It also codifies the concept of work of visual art according to the Court of Justice of the European Union⁵ case law.

2. History

The Commission’s Proposal did not contain any provision specifically devoted to the “public domain”, nor any provision concerning the reproduction of works of visual

2 Directive (EU) 2019/790 of the European Parliament and the Council of 17 April 2019 on copyright and related rights in the Digital Single Market and amending Directives 96/9/EC and 2001/29/EC. Hereinafter DSM Directive.

3 Hereinafter CHIs.

4 See, criticizing Article 14 of DSM regarding these two aspects, Séverine Dusollier, “The 2019 Directive in Copyright in the Digital Single Market: some progress, a few bad choices, and an overall failed ambition”, *Common Market Law Review*, 55 (2020), pp. 979-1029 (pp. 997-998).

5 Hereinafter CJ.

art. Article 14 of DSM Directive was an addition that was introduced during the final round of discussion at the European Parliament (EP). The provision is part of an amendments package put forward by the EP. The original wording of the amendment suggested the modification of Article 5 of the Proposal (Article 6 of DSM Directive), to mandate upon Member States to grant that any material resulting from an act of reproduction of material in the public domain should not be subject to copyright or related rights, provided that such reproduction was a faithful reproduction for purposes of preservation of the original material. The purpose was to place the public domain within the broader context of the issue of preservation of cultural heritage. The final version of the provision, has seen above, is different and separated from Article 5 of the Proposal (Article 6 of DSM Directive). While the text initially proposed by the EP included reproductions of all material that was in the public domain, the final version was restricted to works of visual art. This origin of Article 14 of DSM and its relation to what would be Article 6 also explains the specific reference to cultural heritage institutions (Recital 53).

Despite its limitations, for the first time in the EU, Article 14 of DSM Directive grants a positive status to works of visual art belonging to the public domain, which is considered to be remarkable⁶.

3. Rationale

Article 14 of the DSM Directive is to be inserted in the context of EU initiatives of both preservation of cultural heritage in a broad sense and open access. Also important is the consideration that the circulation of faithful reproductions of works of visual art in the public domain contributes to the access and promotion of culture and the access to cultural heritage⁷. Recital 53 helps to understand the reasons behind this provision.

Recital 53 clears that the expiry of the term of protection of copyright protected work entails the entry of that work into the public domain and thus the end of the rights granted by the EU in relation to that work. In what concerns visual arts, the circulation of faithful reproductions of works that are in the public domain “contrib-

⁶ See, regarding the history of Article 14 of DSM Directive, Eleonora Rosati, *Copyright in the digital single market, Article-by-Article Commentary to the Provisions of Directive 2019/790*, Oxford University Press, Oxford, 2021, pp. 240-241; ECS-European Copyright Society (26 April, 2020), *Comment of the European Copyright Society on the Implementation of Art. 14 of the Directive (EU) 2019/790 on Copyright in the Digital Single Market*, pp. 1-5 (p. 1), available at [ecs_cdsm_implementation_article_14_final.pdf](https://ecs-cdsm_implementation_article_14_final.pdf) (wordpress.com), last access on 05.05.2023; Cristiana Sappa, “Hosting the public domain into a minefield: the resistance to art. 14 of the DSM Directive and to the related rules that transpose it into national law”, *Journal of Intellectual Law & Practice*, Vol. 17(11) (2022), pp. 924-939 (pp. 926-929); Séverine Dusollier, “The 2019 Directive in Copyright in the Digital Single Market...”, *op. cit.*, pp. 997-998; Alexandra Giannopoulou, «The New Copyright Directive: Article 14 or when the Public Domain Enters the New Copyright Directive», *Kluwer Copyright Blog*, (June 27, 2019) pp. 1-4 (p. 1), available at [The New Copyright Directive: Article 14 or when the Public Domain Enters the New Copyright Directive – Kluwer Copyright Blog](https://www.kluweriplaw.com/) (kluweriplaw.com), last access on 06.06.2023.

⁷ See, in this sense, Eleonora Rosati, *Copyright...*, *op. cit.*, p. 241.

utes to the access to and promotion of culture, and the access to cultural heritage”. In the context of digital environment “the protection of such reproductions through copyright or related rights is inconsistent with the expiry of the copyright protection of works”. Also, the existing differences in the national laws of EU Member States regarding the protection of such reproductions “give rise to legal uncertainty and affect the cross-border dissemination of works of visual arts in the public domain. Certain reproductions of works of visual arts in the public domain should, therefore, not be protected by copyright or related rights”. But none of what was stated shall affect the possibility of CHIs to continue to sell reproductions, such as postcards.

As derives from Recital 53, the reasons behind Article 14 of DSM Directive seem to be two:

3.1. Public domain

One of purposes of Article 14 of DSM Directive is to prevent faithful reproductions of public domain works of visual arts to be vested with regained exclusive protection, by copyright or any related right in the reproduction itself.

This is a regular practice, namely in many museums, where photographs of works in their collections are accompanied by a copyright notice requiring authorization or a license from the museum before any use. This copyright claim is, as a rule, illegitimate, because the photograph is normally a faithful reproduction of the painting or other type of work (e.g., sculpture, artistic installation) that is already in the public domain, which means that the photograph has no “originality” and cannot be protected by copyright.

Article 14 is considered very important, amongst other users, by art historians. It prevents new copyright being claimed, namely by museums, regarding reproductions of art works which were never protected by copyright or that had copyright protection, but that protection already expired and are now in the public domain. Thus, a photograph that is a faithful reproduction of Mona Lisa, by Leonardo da Vinci, The Kiss, by Klimt, Liberté, by Helena Vieira da Silva, does not qualify for copyright protection. This new provision is “the end of image reproduction fees, because copyright is the glue which holds image fees in place”⁸. Many museums use copyright to control the circulation of images of works in their collections, even of historic works which long ago fell out of copyright or were made even before copyright existed. Museums like the “Galleria degli Uffizi”, in Florence, or the “Rijksmuseum”, in Amsterdam, do not claim to hold any copyright over the digitalized images of works that do not have copyright protection. Other museums, like the “Pinacoteca di Brera” or the

⁸ See, Bendor Grosvenor, “The end of museum image fees?”, *Art History News* (March 28, 2019), pp. 1-5 (p. 2), available at [The end of museum image fees? – Art History News – by Bendor Grosvenor](#), last access on 05.05.2023. On this subject, see, also, Eleonora Rosati, “DSM Directive Series #3: How far does Article 14 go?”, *The IPKAT* (April 09, 2019), pp. 1-5 (pp. 3-4), available at [DSM Directive Series #3: How far does Article 14 go? – The IPKat \(ipkitten.blogspot.com\)](#), last access on 05.05.2023; Cristiana Sappa, “Hosting...”, *op. cit.*, pp. 928-929.

“Kunsthistorische Museum” of Vienna, already introduced some open access practices when the use of reproductions is for non-commercial purposes. But museums like “Musée d’Orsay”, in Paris, *inter alia*, claim to hold copyright over the digitalized images of the works of their collections, though these works are in the public domain, or were made before copyright existed. Article 14 of DSM Directive clears that photographs of historic art works taken to make a faithful reproduction of them shall not be protected by copyright across the EU. They may only be protected if they are the photographer’s own intellectual creation, that is, if they are photographic works. Considering Recital 53 and the intent of DSM Directive, any future arguments in the EU that art photographs of works in public domain which seek to be faithful reproductions of the original work underlying them should be protected by copyright or related rights seems to be doomed to failure.

But the long-standing practice of claiming copyright regarding non-original reproductions that Article 14 confronts goes beyond museums. CHIs, picture library agencies, and other private or public owners, built business models around claiming copyright in public domain faithful reproductions and charging the public fees to use those images⁹.

The public domain should be available for everyone to use and for whatever purpose. Namely to make new cultural goods, to generate new knowledge, *inter alia*. This is the issue that Article 14 is addressing¹⁰. Copies of cultural goods embedding works of art in the public domain have a high economic value, namely for creators of multimedia, and audiovisual works, as developers of NFTs. But the combined reading of the provision with Recital 53 clearly indicates presence of non-economic interests related to the public domain. Thus, besides the need to maintain a certain level of competition in a market where intellectual property rights can easily introduce monopolistic positions and avoid the abuse of those positions, Article 14 aims to reach “a reasonable and well-balanced economic and social *welfare*”¹¹. This non-economic purpose is clear in Recital 53, with its reference to the access to cultural heritage, and is confirmed by the location of the provision in Title III of DSM, “Measures to improve licensing practices and to ensure wider access to content”. A wider access facilitates a wider subsequent exploitation, but also an easier enhancement of educational and cultural purposes¹². Introduction of Article 14 improves public domain

9 See Andrea Wallace and Ariadna Matas, “Keeping digitised works in the public domain: how the copyright directive makes it a reality”, *Europeana Foundation* (September 1, 2020) , pp. 1-7 (p. 3), available at Keeping digitised works in the public domain: how the copyright directive makes it a reality | Europeana PRO, last access on 06.06.2023; Cristiana Sappa, “Hosting...”, *op. cit.*, pp. 926-929.

10 In this sense, see Andrea Wallace and Ariadna Matas, “Keeping...”, *op. cit.*, pp. 1-7 (p. 4).

11 Cristiana Sappa’s words, “Hosting...”, *op. cit.*, p. 927.

12 See, in this sense, Cristiana Sappa, “Hosting...”, *op. cit.*, pp. 926-927. This author stresses the importance of some aspects that may have played a role as for the introduction of Article 14 of DSM. First, digitalization of cultural heritage done by private market operators, mainly based in the US, already during the last phase of the analogic world (e.g., Bridgeman Art Library, now Bridgeman Images, Getty Trust Foundation, company Corbis), but also by other commercial photo image archives based in the UK, EU, and Canada. More recently, Google also became one of the main actors in the creation of archives of digital works of visual art. At first, CHIs, when contacted by these private operators, only received a financial

for both economic and non-economic purposes. It will be interesting to see how all the entities will react after national transposition of Article 14 of DSM Directive. It is possible that some may try to resist, namely by limiting the access to reproduction materials using contracts, restrictive website terms and conditions, or by not making data available at all. It is an open question to know whether the enhancement of public domain, expressed in Article 14 of DSM Directive, will find resistance in national provisions and factual practices of the EU Member States¹³.

3.2. Cross-border market

The second reason behind Article 14 of DSM Directive is to avoid divergent approaches across the EU, to avoid legal uncertainty that affects cross-border dissemination of works of art in the public domain.

In some Member States national laws there is a related right, or even a special copyright on photographs, which does not require originality, so there were doubts

compensation in exchange of granting the access to the cultural goods for realizing the digital collections. In the middle of the Information Society, public sector bodies and CHIs also started this practice in the EU, though the reasons were mainly non-economic. Cultural heritage institutions aimed to preserve better information and to comply with their educational and cultural mission, namely by making available digital images of cultural goods. To foster the implementation of these educational and cultural purposes in a more coordinated way, Europeana project was officially launched in November 2008. But CHIs also have market interests, they recognize digital reproductions as a sustainable self-funding tool. When CHIs have digital versions of a cultural heritage work, they can sell such reproductions to third parties allowing them to create derivative works (e.g., literary, audiovisual, and multimedia works) or directly create these derivative works and put them on the market. Should digitalization happen for economic or non-economic purposes, it is the first step for accessing or exploiting the digital material. Framing the exploitation of digital material is one of the purposes of DSM Directive, in many provisions, including Article 14. Secondly, the structure of the cultural heritage reproductions market may also have played an important role in the introduction of Article 14 of DSM Directive. A few giants, like Bridgeman, Getty Trust, and Google, created large databases related to this subject matter because of unbalanced agreements between them and CHIs. In many of these agreements these private sector giants bear the costs of the digitalization of CHIS works but they also become the right owners of the digital collections. CHIs only receive digital copies for their use. Within this context, companies that invested time and resources have the possibility to claim and exercise exclusive rights on reproductions to have a return on investment through royalties imposed via contractual tools. This increases the costs for anyone who wants to create derivative works based on these reproductions for commercial reasons, but also for CHIs that aim at creating dissemination initiatives to favour the access to information on cultural heritage, since in many cases they are not the right owners. Confirming that mere reproductions of visual art works are in the public domain offers the possibility of entering or remaining in the market for those business that still do not have a solid position in the market, unlike Bridgman, Getty Trusty or Google. Thus, Article 14 of DSM Directive seems to introduce aspects of competition law into the digital single market. Also, this provision benefits CHIs that wish to introduce initiatives for their own educational and cultural purposes, including when they are deprived of useful digital copies of the works they have in their collections. This provision was introduced while in the meantime an increasing number of initiatives to make cultural heritage reproductions available, often under open licenses, was carried out by members of the civil society, like Wikimedia, Communia and Creative Commons, and by many museums. Together with public and institutional initiatives, such as Europeana, and individual users of social networks, all these activities were important to make digital cultural heritage available online as widely as possible. In this sense, and with more details, see Cristiana Sappa, "Hosting...", *op. cit.*, pp. 926-929.

13 In this sense, see Andrea Wallace and Ariadna Matas, "Keeping...", *op. cit.*, pp. 1-7 (p. 4); Cristiana Sappa, "Hosting...", *op. cit.*, p. 929.

to know whether there can be a renewed exclusive protection of these related or special rights. The protection of non-original photographs was introduced by Article 6 of Term Directive 93/98/CEE and confirmed under Article 6 of Term Directive 2006/116/CE. Member States were left free to choose whether to introduce a related right on some photographs, and, in case this option was chosen, no mandatory term of protection had to be complied with. Articles 87 ff of the Italian Copyright Act protect “simple photographs”, which include faithful reproduction of art works. Article 128 of Spanish “Ley de Propiedad Intelectual” also protects simple photographs in general (*las meras fotografías*). In Germany, there is a related right protecting some photographs under § 72 of Urheberrecht Gesetz (UrhG).

The insertion of Article 14 in the DSM occurred late and was connected to a, at that point, recent litigation in Germany concerning digitalized images of works in the public domain. That case was about the digitisation of art in the public domain and whether museums could grant exclusive rights on photographs of public domain artworks. The court found that granting exclusive rights on photographs did not contradict the rationale of the public domain. The Federal Court of Justice of Germany (Bundesgerichtshof) ruled that faithful photographic reproductions of works of visual art in the public domain enjoy protection under the German fifty years related right for simple (that is, non-original) photographs¹⁴. The decision, of 20 December 2018, was favourable to the protection of some digital version of museum works in the public domain. The litigation was between the Reiss-Engelhorn-Museen, in Mannheim, and the Wikimedia Foundation and concerned the divulgation of 17 reproductions of works that were on the Wikimedia Commons website. The museum had published on a catalogue the photographs of the public domain works it exhibited in its premises. This publication occurred when the museum acquired the rights on those photographs. Meanwhile, a Wikimedia volunteer visitor took photographs of these works, not respecting the prohibition of taking those pictures. The visitor then scanned the photographs to make them available online. The museum brought a legal action on the grounds of copyright infringement and breach of contract. The case reached the Bundesgerichtshof. The Court considered that a photograph of a painting can be protected when the photographer takes a certain number of decisions while taking the photographs, namely regarding the moment when to take the photograph, the lights, the distance, the angles, and the framing of the object that is to be reproduced. This seems to point out to the existence of copyright protection. Nevertheless, the Court did not consider the photograph at issue a work of photography, protected under §2.5 UrhG, but a photograph protected under §72 UrhG, thus having a protection as a related right. The publication of digitalized images of the online catalogue was considered an infringement of the related right covering reproductions under of works under §72 UrhG. The court found that photographs of public domain artworks taken by the Wikimedia volunteer breached the museum’s contract and ordered the photos to be taken down.

14 BGH, 20.12.2018 – I ZR 104/17. With more detail, see S Michel, “Digitalization of art in the public domain-museum urges Wikimedia to take down reproductions of out-of-protection artworks”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, Vol. 14 (6) (2019), pp. 427-429. See also, Cristiana Sappa, “Hosting...”, *op. cit.*, pp. 924-939 (p. 935).

This case was decided before Germany transposed Article 14 at the national level. The new §68 UrhG respects this DSM Directive provision. Thus, Article 14 of DSM Directive seems to put an end to this question, by asking Member States not to grant copyright or any other exclusive right in material that reproduces works of visual art in the public domain, except for reproductions that are original, in the sense that they are the author's own intellectual creations. However, how Cristiana Sappa points out "even in case of a reasonably expected interpretation reversal because of compliance-related reasons, the facts into the decision show that limits and impediments to the free circulation of faithful reproductions of works in public domain may derive by contractual clauses"¹⁵.

Article 14, rather than a change, is a particularly important clarification of the EU copyright law that already exists or that has been developed by case law of the CJ. A simple reproduction of a work that is in the public domain is not enough to create new copyright because it cannot be considered as work, that is, as the author's own intellectual original creation¹⁶. Article 14 codifies CJ case law regarding the concept of originality. Until now there was a formal harmonization of the concept of "originality" only regarding computer programs (Computer Program Directives) databases (Database Directive) and photographs (Term Directives). The effect of this provision, though being a clarification of the existing concepts in EU copyright in this area, is also very important because it requires all Member States to comply with the provision. With the introduction of Article 14, the question is to know if and to what extent the possibility of protection of simple photographs, allowed by the Term Directive 2006/116, has been affected. From the text of Article 14, we understand that if a Member State recognizes protection of a non-original photograph as related right, that right cannot be recognized anymore insofar the photograph in question is of a work of visual art in the public domain. Thus, for example, a simple photography of a work of art that is part of the collection of a museum shall not be protected by related rights if the work of art never had copyright protection, or if is already in the public domain¹⁷.

4. Definitions

Although the wording of Article 14 seems to be straightforward, essential concepts like "works of visual art", "public domain", "reproduction" or "material" are not defined in the DSM. This leads to questions that need to be answered at the stage of implementation.

15 Cristiana Sappa, "Hosting...", *op. cit.*, pp. 924-939 (p. 935).

16 See Eleonora Rosati, "DSM Directive...", *op. cit.*, pp. 1-5 (p. 2). In the same sense, Bendor Grosvenor, "The end of museum image fees?", *op. cit.*, pp. 1-5 (p. 3).

17 For the relation between the Term Directive and the DSM, insofar as Article 14 concerns, see Eleonora Rosati, "DSM Directive...", *op. cit.*, pp. 1-5 (pp. 3-4).

4.1. Works of visual art

Article 14 covers “works of visual art”. This gives rise to a question regarding the extent of the works covered. Does Article 14 apply also to the reproduction of public domain design works, works of architecture and maps, which in some Member States are also listed as works of visual arts, while in other Member States are listed in separate categories of copyrighted works? The question is not easy to answer, since: a) EU Directives do not contain a binding, autonomous list of categories to be considered as “works”; b) the language and systematic structure of International Treaties (to which the CJ often refers to interpret provisions of EU copyright law) does not help in this case. Article 2 of the Bern Convention does not use the term “visual art” but refers to a broader category of “artistic works” and provides a non-exhaustive list that may fall into the category of “visual art” (namely, works of drawing, painting, architecture, sculpture, engraving and lithography); c) in the Bern Convention “photographic works” are listed in a separate category, as are “works of applied art”, “maps”, “sketches” and “three-dimensional works relative to geography, topography, architecture or science”¹⁸.

The large understanding expressed in the Bern Convention seems to indicate that the expression “works of visual art” should be constructed in a broad sense¹⁹. If we understood “works of visual art” in a narrow sense, copyright protected photographic works, technical drawings and maps would be excluded, thus exclusive related rights under national laws could still attach to faithful reproductions of public domain photographs, old maps and similar. A narrow understanding of the concept of “works of visual art” would go against the purpose of Article 14. Recital 53 emphasizes access to promotion of culture and access to cultural heritage.

For all these reasons, a broad understanding of “works of visual art” ought to be adopted. Article 14 should also apply to non-creative reproductions of public domain photographic works, works of applied art and maps, or else one would grant greater derivative protection to such works than to works of visual art (in a strict sense).

Thus, amongst others, the category of “works of visual art” ought to encompass: a) artistic works, in two dimensions (drawings, paintings, serigraphs, lithographs, engravings, etc.) and three dimensions (sculptures, statues, works of architecture, monuments, etc.), regardless of their nature and purpose; b) photographs and photographic works; c) works of applied art, including designs and models; d) technical drawings and maps.

18 According to Article 2(1) of Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works (as amended on September 28, 1979), artistic works include: (...) “works of drawing, painting, architecture, sculpture, engraving and lithography; photographic works to which are assimilated works expressed by a process analogous to photography; works of applied art; illustrations, maps, plans, sketches and three-dimensional works relative to geography, topography, architecture or science”.

19 See, in this sense, ECS-European Copyright Society, *Comment...*, *op. cit.*, pp. 1-5 (p. 2); Eleonora Rosati, *Copyright...*, *op. cit.*, pp. 242-243.

As Eleonora Rosati points out: “Overall, the notion of ‘works of visual arts’ refers to any figurative work that is perceptible to the eye, irrespective of both, its form of expression and the intention of its author”²⁰.

4.2. Reproductions

The concept of reproduction, considering the broad sense given by EU directives, namely Article 2 of Directive 2001/29²¹, refers to any act of copying, either direct or indirect, temporary or permanent, by any means and in any form, in whole or in part.

If reproductions are not the author’s own intellectual creation, according to Article 14, no new rights shall apply. As we said before, the concept of reproduction covers reproductions done in any form, but they must be faithful ones. Recital 53 refers to faithful reproductions. Thus, it may cover all types of reproductions, digital or analogical, either in 2D or 3D. It is a fact that 2D reproductions in most cases are non-original and 3D reproductions may or may not be the result of their authors’ own intellectual creation. But what matters is to know if any type of reproduction of the original work that in the public domain is faithful or if it transforms it in any creative way. In the first case we are before faithful reproductions²².

4.3. Material

The concept of “material” resulting from an act of reproduction is broad. It can be a work, a performance, a broadcast, a film, or any other subject matter. There are no restrictions, regarding the notion of material, within the meaning of Article 14²³. Article 14 anticipates that technologies and media inevitably change. If it applies to any material resulting from an act of reproduction, this may also include metadata, software code, raw data from 3D scans or digital photography, as well as any materials produced via future technologies, regardless the format²⁴.

If we refer to material that may be eligible for protection by copyright, the concept is strict, it must be an “original work”, satisfying the requirements for protection. Material resulting from an act of reproduction of a work of visual art in the public domain can only be protected by copyright. Protection under related rights shall not be possible.

20 Eleonora Rosati, *Copyright...*, *op. cit.*, p. 243; in the same sense, defending a broad approach to the concept of “works of visual art”, see Andrea Wallace and Ariadna Matas, “Keeping...”, *op. cit.*, pp. 1-7 (p. 4); ECS – European Copyright Society, *Comment...*, *op. cit.*, pp. 1-5 (p. 2).

21 Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society *OJ L 167*, 22.6.2001, pp. 10-19. Hereinafter InfoSoc Directive.

22 For the concept of reproduction, see Eleonora Rosati, *Copyright...*, *op. cit.*, p. 243. In relation to 2D or 3D reproductions, see ECS – European Copyright Society, *Comment...*, *op. cit.*, pp. 1-5 (p. 3); with more detail, see Cristiana Sappa, “Hosting...”, *op. cit.*, pp. 924-939 (pp. 931-934).

23 For the notion of material, see Eleonora Rosati, *Copyright...*, *op. cit.*, p. 243.

24 In this sense, Andrea Wallace and Ariadna Matas, “Keeping...”, *op. cit.*, pp. 1-7 (p. 4).

It is doubtful if Article 14 exempts all uses regarding faithful, non-original reproductions after the term of the reproduced work has expired, irrespective of the moment when that reproduction was made. According to the ECS-European Copyright Society, what matters is the moment when the reproduction is being used, irrespective of the moment when it was made. This interpretation seems to be more in line with the aim of Article 14, which is to contribute to the access and to the promotion of culture, and to the access to cultural heritage (Recital 53), even if it might imply cutting back of rights already vested²⁵. Though recognizing that this interpretation is more adequate to the purpose of Article 14 of DSM Directive, we doubt if it is in accordance with Article 26 of the same Directive that doesn't seem to allow cutting back of rights still in force.

4.4. Cultural Heritage Institutions

Article 2(3) defines “cultural heritage institution” as a “publicly accessible library or museum, an archive or a film or audio heritage institution. Recital 13 states that cultural heritage institutions should cover “publicly accessible libraries and museums, regardless of the type of works or other subject matter that they hold in their permanent collections, as well as archives, film or audio institutions. They should also be understood to include, amongst others, national libraries, national archives and, as far as their archives and publicly accessible libraires are concerned, educational establishments, research organizations and public sector broadcasting organizations”.

Joining Article 2(2) and Recital 13 of DSM Directive we can conclude that CHIs include: publicly accessible libraires and museums, regardless of the type of works or other subject matter that they have in their permanent collections; archives; film or audio heritage institutions; national libraries and national archives; educational establishments, research organizations, and public sector broadcasting organizations, as far as their archives and publicly accessible libraries are concerned²⁶. From the

²⁵ Advocating in this sense, ECS-European Copyright Society, *Comment...*, *op. cit.*, pp. 1-5 (p. 4). As the ECS states, Article 14 of DSM Directive refers that “...when the term of protection of a work of visual art has expired, any material resulting from an act on reproduction of that work...”. The formulation can give rise to conflicting readings. According to one reading, “when” is a point in time from which onwards reproductions newly made will not give rise to any new rights. Existing rights regarding reproductions made before that point in time shall continue to exist. This interpretation would mean that even after the expiry of the term of protection of the reproduced work, users would have to know whether the reproduction was made before or after that date, to avoid infringement of rights. According to another interpretation, “when” marks the moment in time after which any reproductions covered by Article 14 shall not have exclusive rights, whether they were made before or after the expiry of protection of the work that was reproduced. The last interpretation seems to be more in line with the aim of Article 14, which is to contribute to the access and to the promotion of culture, and to the access to cultural heritage (Recital 53), even if it might imply cutting back of rights already vested.

²⁶ We follow the wording of Eleonora Rosati, *Copyright...*, *op. cit.*, pp. 243-244. Portugal has recently transposed the DSM, by DL no. 47/2023, of June 19, 2023 (published in Diário da República no. 117/2023, Série I, of 2023.06.19). New Article 74-A(9)(a) of Portuguese Copyright and Related Rights Code (Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos, hereinafter CDADC) follows the DSM definition of CHIs. Under paragraph 9 (a), for the purposes of this section, it is considered (a) “Instituição responsável pelo património cultural uma biblioteca ou um museu que sejam acessíveis ao público, um arquivo, um estabelecimento de ensino, ou um organismo de investigação e de radiodifusão do

wording of Article 2(2) and Recital 13 we can deduce that this list is not exclusive, which may give rise to different implementations of the notion of CHIs by Member States, with all the problems attached to non-harmonized national concepts within the EU²⁷. Recital 13 only refers “regardless of the type of works or other subject matter that they hold in their permanent collections” to publicly accessible libraires and museums. Because of their nature, these institutions hold works and other subject matter that can be considered cultural heritage²⁸. The requirement of public accessibility is only expressed regarding libraries and museums. Other institutions qualified as CHIs do not have to fulfil this requirement²⁹.

5. Material that can be subject to copyright protection

According to Article 14, no material resulting from an act of reproduction of a work of visual art that is already in the public domain shall be subject to copyright, unless if that material constitutes an original work. The provision excludes protection under other kinds of rights, namely protection under related rights.

In the EU, to achieve copyright protection, the material in question must fulfill two requirements: the material must be a work, and that work must be an original creation of the author. The notions of “work” and “originality” are autonomous and independent concepts of the EU, as results from EU case-law and EU directives. The EU only demands these requirements to protect the reproduced material under copyright, and no further requirements ought to be necessary according to national laws. This means that, according to EU Directives and settled case-law, “originality” and “work” ought to have uniform application throughout the EU³⁰.

setor público, no que diz respeito aos seus arquivos, ou uma instituição responsável pelo património cinematográfico ou sonoro”. Article (9)(b) determines, in a broad sense, what is part of the collection of CHIs. The wording is: (...) “uma obra ou outro material protegido é parte integrante e permanente de uma instituição responsável pelo património cultural quando as cópias dessa obra ou outro material protegido sejam propriedade ou estejam definitivamente na posse dessa instituição, nomeadamente na sequência de transferências de propriedade, acordos de concessão de licenças, obrigações de depósito legal ou acordos de custódia a longo prazo”.

27 As Eleonora Rosati stresses, *Copyright...*, *op. cit.*, p. 244.

28 In this sense, Eleonora Rosati, *Copyright...*, *op. cit.*, p. 244.

29 In the same sense, Eleonora Rosati, *Copyright...*, *op. cit.*, p. 244.

30 In this sense, Eleonora Rosati, *Copyright...*, *op. cit.*, p. 244. As the author points out, these demands are an expression of the principle of autonomy of EU law, settled in the case law of the EU. See, with reference to several EU CJ judgments, Eleonora Rosati, *Copyright...*, *op. cit.*, p. 245. Nevertheless, the practice of national courts shows that uniform interpretation is far from being a reality in what concerns cumulative protection of designs, works of design and works of applied art and copyright protected works. See, on this subject, Pedro Sousa e Silva, “Tutela Jusautorale de obras de *design* na esteira do Acórdão Cofemel: Nada de Novo debaixo do Céu”, *Revista de Direito Intelectual*, 1 (2023), pp. 171-196.

5.1. Originality

Article 14 states that material resulting from an act of reproduction of a work of visual art in the public dominion shall be protected if that material is original in the sense that it is the author's own creation. This provision codifies the concept of originality.

Before this provision, there was a limited codification regarding software, in Computer Programs Directive (Article 1(3) of both, Computer Programs Directive 91/250 and then Computer Programs Directive 2009/24), databases, in Database Directive (Article 3(1) of Directive 96/9) and photographs, in Term Directives (Article 6 of both Term Directive 93/98 and then Term Directive 2006/116). All these Directives refer to the concept of originality as being the author's own intellectual creation.

Article 14 codifies the settled case law of the EU, considering that the material resulting from an act of reproduction "is original in the sense that it is the author's own intellectual creation"³¹.

The CJ, in the *Infopaq* ruling of 2009³² started the case law harmonization of the concept of originality regarding subject matter falling within the scope of InfoSoc Directive. The CJ considered that work was a concept derived from the Bern Convention. Although the Convention does not have a specific definition of work, the concept implies that subject matter shall be protected by copyright if it is sufficiently original in the sense of being an intellectual creation of its author (paragraph 34). InfoSoc Directive is based on the same principles of the above-mentioned directives that have an expressed notion of originality (paragraphs 35, 36 and 37). In case of a newspaper, which may be a literary work, through the choice, sequence, and combination of elements, like words (which themselves are not protected), the author may express his creativity in an original manner and achieve an intellectual creation (paragraphs 45 to 51). Thus, the CJ ruled that an act occurring during a data capture process, which consists of storing an extract of a protected work comprising 11 words and printing out that extract, may be an act of reproduction in part within the meaning of Article 2 of InfoSoc Directive if the elements thus reproduced are the expression of the intellectual creation of its author. It is for the national court to make this determination.

In *SAS Institute* case³³, some questions asked by the national court regarded the interpretation of Article 2(a) of InfoSoc Directive. The national court wanted to know if the reproduction, in a computer program or a user manual for that program, of certain elements described in the user manual for another computer program protected by copyright is an infringement of that right in the latter manual, which is considered by the CJ a literary work for the purposes of InfoSoc Directive (paragraphs 63, 64).

31 This is emphasized, namely, by Eleonora Rosati, *Copyright...*, *op. cit.*, p. 245.

32 Judgment of 16.07.2009, *Infopaq International A/S v Danske Dagblades Forening*, C-5/08, EU:C:2009:465.

33 Judgement of 02.05.2012, *SAS Institute Inc. v World Programming Ltd*, C-410/10, EU:C:2012:259.

The CJ held that various parts of a work may enjoy protection under Article 2(a) of InfoSoc Directive if they contain elements which are the expression of the intellectual creation of the author of the work (paragraph 65). In the *SAS Institute* case, though the keywords, syntax, commands and combinations of commands, options, defaults, and iterations consisting of words, figures or mathematical concepts, in isolation, as such, are not an intellectual creation of the author of the computer program (paragraph 66), through the choice, sequence and combination of those words, figures or mathematical concepts, the author may express his creativity in an original manner and achieve a result, namely the user manual for the computer program, which is an intellectual creation (paragraphs 67 to 70). In this case, as in *Infopac*, the CJ stressed that there can be originality when there is a choice, sequence, and combination of elements made by the author.

In *Bezpečnostní softwarová asociace case*³⁴, the CJ analysed whether the graphic user interface of a computer program could be protected by the ordinary law of copyright in light of InfoSoc Directive (paragraph 44) and considered that copyright within the meaning this Directive is liable to apply only in relation to a subject-matter that is original in the sense that it is its author's own intellectual creation (paragraph 45). The Court stressed that the graphic user interface can, as a work, be protected by copyright if it is its author's own intellectual creation (paragraph 46). If the expression of those components is dictated by their technical function, the criterion of originality is not met (paragraphs 48 and 49). In such a situation, the components of a graphic user interface do not allow the author to express his creativity in an original manner and achieve a result which is an intellectual creation of that author (paragraphs 50 and 51). The CJ stressed the importance of creativity. If there is no freedom of choice (*Spielraum*), originality is ruled out.

In *Football Association Premier League*³⁵, the CJ gave emphasis again to creative freedom as being fundamental for a work to have originality. Sporting events cannot be regarded as intellectual creations classifiable as works within the meaning of the InfoSoc Directive. This applies, namely to football matches, which are subject to rules of the game, leaving no room for creative freedom for the purposes of copyright (paragraphs 98 and 99).

In *Painer*³⁶, the CJ stressed that originality requires that the author has the possibility to make free and creative choices, to give the work his "personal touch". The fourth question referred by the CJ was to know whether Article 6 of Term Directive 93/98 ought to be interpreted as meaning that a portrait photograph could, under that provision, be protected by copyright (paragraph 86). The CJ held that copyright only

³⁴ Judgment of 22.12.2010, *Bezpečnostní softwarová asociace – Svaz softwarové ochrany v Ministerstvo kultury*, C-393/09, EU:C:2010:816.

³⁵ Judgement of 04.11.2011, *Football Association Premier League Football Association Premier League Ltd and Others v QC Leisure and Others (C-403/08) and Karen Murphy v Media Protection Services Ltd (C-429/08)*, EU:C:2011:631.

³⁶ Judgement of 01.12.2011, *Eva-Maria Painer v Standard VerlagsGmbH and Others*, C-145/10, EU:C:2011:789.

applies to a subject matter, such as a photograph, if it is original, in the sense that the photograph in question is the author's own intellectual creation (paragraph 87). According to Recital 17 of Term Directive 93/98, if the intellectual creation reflects the author's personality, it is a creation of the author (paragraph 88). That happens if the author can express his creative abilities in the production of that work, by making free and creative choices (paragraph 89). Regarding portrait photographs, the photographer can make free and creative choices in many ways and at various points in its production (paragraph 90). The photographer can choose the background, the subject's pose and the lighting, for example, in the phase of preparation of the photography. The photographer, when taking the portrait photograph, can choose the framing, the angle of view and the desired atmosphere. When selecting the snapshot, the photographer may choose from a variety of developing techniques the one he wishes to adopt or use computer software (paragraph 92). These various choices allow the author of a portrait photograph to stamp the created work with his "personal touch" (paragraph 93). Thus, in portrait photographs the freedom of the author to exercise creativity is not necessarily minor, or non-existent (paragraph 93). Thus, a portrait photograph can, under Article 6 of Term Directive 93/98, be protected by copyright if, which it is for the national court to determine in each case, the photograph is an intellectual creation of the author because it reflects the author's personality and expresses his free and creative choices in the production of that photograph (paragraph 94)³⁷.

In *Football Dataco*³⁸, the CJ made clear that skill, labour and effort are not enough to grant originality, in order to assure copyright protection for databases (paragraph 37). Regarding databases, the criterion of originality is satisfied when, through the selection or arrangement of the data, the author expresses his creative ability in an original manner, by making free and creative choices (paragraph 38) and thus stamps his "personal touch". The criterion is not satisfied when the setting up of the database is dictated by technical considerations, rules or constraints which leave no room for creative freedom (paragraph 39). Article 3(1) and Recital 16 of Directive 96/9 demand no other criteria than that of originality to determine the eligibility of a database for the copyright protection provided for by that directive (paragraph 40). As a consequence, the intellectual effort and skill of creating that data are not relevant in

37 The second part of the question was to know if copyright protection of portrait photographs ought to be inferior the protection enjoyed by other works, particularly photographic works (paragraph 86). The CJ stressed that the author of a protected work, under Article 2(a) of InfoSoc Directive, has the exclusive right to authorize or prohibit its direct or indirect, temporary or permanent reproduction by any means and in any form, in whole or in part (paragraph 95). The provision must be interpreted in a broad sense (paragraph 96). Nothing in InfoSoc or in other directive applicable in this matter supports that the extent of the protection should depend on possible differences in the degree of creative freedom in the production of various categories of works (paragraph 97). Portrait photographs protection, under Article 2(a) of Infosoc Directive, cannot be inferior to the one enjoyed by other works, namely other photographic works (paragraph 98). If the national court concludes that the portrait photograph in question is a work, its protection is not inferior to that enjoyed by any other works, including other photographic works (paragraph 99).

38 Judgement of 01.03.2012, *Football Dataco Ltd and Others v Yahoo! UK Ltd and Others*, C-604/10, EU:C:2012;115.

order to assess the eligibility of the database at issue for protection by copyright; it is irrelevant, for that purpose, whether or not the selection or arrangement of that data includes the addition of important significance to that data; the significant labour and skill required for setting up the database cannot, as such, justify protection by copyright if they do not express any originality in the selection or arrangement of the data which the database contains (paragraph 46 of the ruling). The CJ also stated that Directive 96/9 must be interpreted in the sense that it precludes national legislation to grant copyright protection under conditions which are different to those set out in Article 3(1) of the Directive (see paragraphs 47 to 52 of the ruling).

In *Funke Medien* case³⁹, the CJ stated that subject matter can be protected by copyright under InfoSoc Directive only if such subject matter can be classified as ‘work’ (paragraph 18). To be protected as “work”, the subject matter must be original in the sense that it is its author’s own intellectual creation, reflecting the author’s personality, which is the case if the author was able to express his creative abilities in the production of the work by making free and creative choices (paragraph 19). Only something which is the expression of the author’s own intellectual creation may be classified as a ‘work’ within the meaning of InfoSoc Directive (paragraph 20). It is for the national court to determine whether military status reports, such as those at issue in the main proceedings, or certain elements thereof, may be regarded as “works” within the meaning of Article 2(a) and of Article 3(1) of InfoSoc Directive and therefore be protected by copyright (paragraphs 21, 22, 23). If military status reports, such as those at issue, are purely informative documents, the content of which is essentially determined by the information which they contain, so that such information and the expression of those reports become indissociable and that those reports are entirely characterized by their technical function, precluding all originality, it should be considered that, in drafting those reports, it was impossible for the author to express his creativity in an original manner and to achieve a result which is that author’s own intellectual creation (paragraphs 24 and 25).

In *Cofemel* Case⁴⁰, the question at issue was whether the copying of the design of G-Star’s ARC jeans and “ROWDY” t-shirts and sweatshirts ought to be considered an infringement of the copyright of G-Star. The CJ considered it is settled case-law that for a subject matter to be considered original, it is both necessary and sufficient that it reflects the personality of its author, as an expression of his free and creative choices (paragraph 30). There is no originality when the realization of the subject matter was dictated by technical considerations, rules, or other constraints, leaving no room for creative freedom (paragraph 31).

In *Brompton* Case⁴¹, the question at issue was to know whether the design of a folding bicycle could benefit from copyright protection, though it was mainly functional or

39 Judgment of 29.07.2019, *Funke Medien NRW GmbH v Bundesrepublik Deutschland*, C-469/17, EU:C:2019:623.

40 Judgment of 12.09.2019, *Cofemel – Sociedade de Vestuário SA v G-Star Raw CV*, C-683/17, EU:C:2019:721.

41 Judgement of 11.06.2020, *Sl, Brompton Bicycle Ltd v Chedech/Get2Get*, C-833/18, EU:C:2020:461.

technic. The CJ ruled that, according to settled case-law, if the realization of a subject matter has been dictated by technical considerations, rules or other constraints which have left no room for creative freedom, it has no originality and cannot be protected by copyright (paragraph 24). A subject matter satisfying the condition of originality may be eligible for copyright protection, even if its realization has been dictated by technical considerations, provided that these technical considerations do not prevent the author from reflecting his personality in that subject matter, as an expression of free and creative choices (paragraph 26). That cannot be the case where the realization of a subject matter has been dictated by technical considerations, rules or other constraints which left no room for creative freedom or a such limited room that the idea and its expression become indissociable (paragraph 31). If the shape of the product is only dictated by its technical function, that product cannot be covered by copyright protection (paragraph 33). It is for the referring court to determine whether, through that choice of the shape of the product, its author has expressed his creative ability in an original manner by making free and creative choices and has designed the product in such a way that it reflects his personality (paragraph 34).

5.2. Work

The term “work”, referred under InfoSoc Directive, requires the subject matter to be expressed in a way that makes it identifiable with sufficient precision and objectivity. In the process of classification of the protected subject matter as “work”, there cannot be any subjectivity. Nevertheless, the subject matter in question does not have to constitute an expression in a permanent form, as it was stressed in *Levola Hengelo*⁴². The Court stated that the concept of “work” necessarily entails the existence of a subject matter that is identifiable with sufficient precision and objectivity (*Levola Hengelo*, paragraph 40, and *Cofemel*, paragraph 32). This is, first, because the authorities responsible to ensure that the exclusive rights inherent to copyright protection are protected must be able to identify clear and precisely the protected subject matter. Third parties against whom the copyright owner may claim infringement of copyrights must also be able to identify the subject matter in the same way (*Cofemel*, paragraph 33). Second, the need to ensure that there is no element of subjectivity, which goes against legal certainty, in the process of identification of the material as “work”, implies that the subject matter must have been expressed in an objective manner (*Levola Hengelo*, paragraph 41; *Cofemel*, paragraph 33). The required precision and objectivity are not achieved when the identification of the subject matter in question is essentially based on the sensations of the individual who perceives that subject matter. These sensations are necessarily subjective (*Levola Hengelo*, paragraph 42; *Cofemel*, paragraph 34).

⁴² Judgement of 13.11. 2018, *Levola Hengelo BV v Smilde Foods BV*, C-310/17, EU:C:2018:899, paragraph 40: “...for there to be a ‘work’ as referred to in Directive 2001/29, the subject matter protected by copyright must be expressed in a manner which makes it identifiable with sufficient precision and objectivity, even though that expression is not necessarily in permanent form”.

In Brompton Case, the CJ repeated that the concept of ‘work’ which is the subject of InfoSoc Directive necessarily entails the existence of a subject matter that is identifiable with sufficient precision and objectivity (paragraph 25, referring to *Cofemel*, paragraph 32).

6. Exclusion of related rights

According to Article 14, “Material” shall only be eligible for protection under copyright. Article 6 of Term Directive 2006/116, besides protecting works of photography, also allows Member States to protect photographs that are not eligible for copyright protection because they cannot be considered an author’s own creation, that is, they do not have “originality”. Some Member States protect simple photographs by introducing a national related right (Germany, Italy, and Spain, *inter alia*, grant this protection). According to the best interpretation of the relation between simple photographs protection, allowed by Article 6 of Term Directive, and Article 14 of DSM, Member States are prevented from introducing a related right that would also extend to simple photographic reproductions of works of visual art that are already in the public domain. Member States that protect simple photographs as a related right must restrict its application, excluding simple photographic reproductions of works of art in the public domain from its scope. Because Article 14 is a special provision, it precludes Member States from protection of material resulting from reproductions of works of visual art in the public domain by any type of related right, including the one allowed under Article 6 of the Term Directive⁴³.

43 In this sense, see Eleonora Rosati, *Copyright...*, *op. cit.*, p. 248; Eleonora Rosati, “DSM Directive...”, pp. 1-5 (pp. 3-4); ECS-European Copyright Society, *Comment...*, *op. cit.*, pp. 1-5 (p. 3). The same approach should be followed regarding other EU law provisions, or unharmonized rights under national laws of the Member States. In this sense, see Eleonora Rosati, *Copyright...*, *op. cit.*, pp. 248-249; ECS-European Law Society *Comment...*, *op. cit.* pp. 1-5 (p. 3). Regarding the Term Directive 2006/116, Article 4 allows protection of previous unpublished works and Article 5 allows critical and scientific publications. According to Article 4: “Any person who, after the expiry of copyright protection, for the first time lawfully publishes or lawfully communicates to the public a previously unpublished work, shall benefit from a protection equivalent to the economic rights of the author. The term of protection of such rights shall be 25 years from the time when the work was first lawfully published or lawfully communicated to the public”. According to Article 5: “Member States may protect critical and scientific publications of works which have come into the public domain. The maximum term of protection of such rights shall be 30 years from the time when the publication was first lawfully published”. If these publications are works of visual arts, or include works of visual arts, and if they satisfy the requirement of “originality” (which is probable to happen, regarding critical or scientific publications) they can be protectable. In this sense, see Eleonora Rosati, *Copyright...*, *op. cit.*, pp. 248-249; see also Cristiana Sappa, “Hosting...”, *op. cit.*, pp. 924-936 (pp. 935-936). Regarding the incentive given by Article 4 of the Term Directive to the divulgation of unpublished works (*editio princeps*), we think that Article 14 of DSM should not apply if such works have “originality”, because works of visual art published or communicated for the first time when already into the public domain would introduce an unjustified discriminatory treatment compared to works of different nature (with more detail, see Cristiana Sappa, “Hosting...”, *op. cit.*, pp. 924-936 (pp. 935-936). Article 39 CDADC, headed “Obras no domínio público” grants a patrimonial right of 25 years to whoever lawfully publishes or discloses a previously unknown work, after the expiry of patrimonial copyright protection (1) and to critical or scientific lawful publications of works that are in the public domain (2).

7. Sale of reproductions

As stated in Recital 53, Article 14 does not prevent CHIs or anyone else, *inter alia*, tourist offices, photographic agencies, souvenir establishments, or any kind of establishments from selling reproductions, such as postcards, of works of visual art in the public domain.

8. Effectiveness

Article 14 was introduced to foster public domain and to prevent inconsistent approaches of Member States in order to avoid legal uncertainty that affects the cross-border dissemination of works of visual art (in a broad sense) in the public domain. Member States' freedom to legislate, regarding this provision, is very limited. Article 14 (as Article 6) requires Member States to adopt a minimalistic approach in the process of transposition of the DSM, prohibiting Member States to alter the scope of Article 14⁴⁴.

Nevertheless, it is not certain if public domain will still face factual and legal resistance in Member States after the transposition of Article 14 of DSM.

Member States transposed the provision in slightly different ways. Some countries, like Portugal (Article 39-A of CDADC⁴⁵), Spain (Article 72 of the Spanish Real Decreto-Ley 24/202), and Italy (new Art. 32 quarter of the Italian Legislative Decree 42/2004) made a copy paste of it. Others, like France, did not transpose the provision because they considered the current legal framework as already compliant with Article 14 of DSM Directive. German §68 Urheberrechtsgesetz only states that the reproduction of public domain visual works is not protected by related rights of Parts 2 and 3 of the law. We must wait and see if these different approaches will affect a harmonized interpretation of Article 14 of DSM Directive, which is not desirable because, *inter alia*, it will affect the cross-border market⁴⁶.

44 In this sense, see Eleonora Rosati, *Copyright...*, *op. cit.*, p. 249. For the discussion about the methods of transposition, in general, see R. Král, "On the choice of methods of transposition of EU Directives", *EL Rev-European Law Review*, 41(2) (2016), pp. 220-242.

45 Introduced by recent DL no. 47/2023, of June 19, 2023 in CDADC. In Portuguese, the wording of new Article 39-A, headed "Obras de arte visual no domínio público", is: "Depois de expirado o prazo de proteção de uma obra de arte visual, qualquer material resultante de um ato de reprodução dessa obra no domínio público só é protegido por direito de autor ou direito conexo se for original, resultando da criação intelectual do seu próprio autor".

46 On 20 April 2023, the Italian Civil Court of first instance of Florence (Tribunale civile di Firenze) issued a decision that considered unlawful the reproduction by lenticular technique of the image of Michelangelo's David and its juxtaposition with the image of a male model on the cover of GQ magazine. The reproduction was not authorized by Galleria degli Uffizi where the work is kept. The decision of the Court was that "unauthorized reproduction of the image of the nation's State-protected cultural property, in a manner distorting the cultural purpose of the same property, constitutes a civil tort that must be compensated in both pecuniary and non-pecuniary damages". The Court applied the Italian law: art. 9 of the Constitution, art. 107-108 of the Legislative Decree 42/2004, Cultural Heritage Code "Codice dei Beni Culturali" (and, by analogy, art. 10 of the Civil Code). The decision is like a judgment, of the Civil Court of first instance of Venice (Tribunale civile di Venezia) in the Vitruvian Man (Uomo Vitruviano)

Factual and unfair practices (the so-called “copyright fraud”) have been practiced by CHIs, private market operators and even by the public sector bodies (as seen in footnote 46). It consists in claiming protection regarding what is not protected anymore. Even after the transposition of Article 14, “copyright fraud”, in fact, may continue, namely with the use of technological protection measures that prevent the accesses to high-resolution photographs on websites, or by preventing the access to the collections online. Also, the use of restrictive terms and conditions can affect such access. Other option is to put a copyright signal next to the non-protected material. Average users, who do not know anything about copyright, with this type of deceptive and misleading messages, will be discouraged, and all these practices can affect the circulation of the reproduced works. Such a risk remains, despite the presence of Article 14 of DSM⁴⁷. There are doubts about the effectiveness of DSM. As Bendor Grosvenor points out, the Directive marks an important battle that was won in the fight against image fees, but it is not the end of the war⁴⁸. Article 14, though very important, does not tell whether a contract imposing limitations or exclusions of Article 14 content is void, nor national rules that are transposing the provision state the consequences of infringement⁴⁹.

9. Application in time

Regarding the temporal application of Article 14, Article 26 provides that the Directive shall be applicable to all works and other subject matter that are protected

case. As Roberto Caso refers, these court rulings over the commercial use of images of Michelangelo’s David and Leonardo’s Vitruvian Man coexist with the reproduction of the image of Botticelli’s Venus for the Italian Ministry of Tourism’s “Open to meraviglia” advertising campaign. The Italian State seems to have the power to decide when the use of cultural heritage is compatible with the cultural heritage’s scope, which is very controversial. Also, the Italian Ministry of Culture has published new “Guidelines for the determination of the minimum amounts of fees and charges for the concession of use of property handed over to state institutes and places of culture of the Ministry of Culture (Ministerial Decree of April 11, 2023, No. 161)”. These Guidelines have also triggered a strong debate. According to the Guidelines, for example, a university press must pay the Public Sector (Ministry of Culture or public museum) for the reproduction, in a book, of images of public cultural property. As in the Tribunale di Venezia and Tribunale di Firenze’s decisions, the idea is to transform the State into a commercial actor competing with other companies in the market of the commercial reproduction of cultural heritage images. “The compatibility of this pseudo-intellectual property with the Italian Constitution and European Union law remains doubtful. Under EU law the Italian public cultural property seems to be inconsistent with art. 14 of the DSM directive on works of visual art in the public domain”. The recent Italian cases confirm that the public domain is threatened not only by intellectual property but also by this pseudo-intellectual property of the State. This case (and the problems it raises) was reported by Roberto Caso (University of Trento), on June 15, 2023, in *Kluwer Copyright Blog*.

47 In this sense, see Cristiana Sappa, “Hosting...”, *op. cit.*, pp. 924-939 (p. 937).

48 See, Bendor Grosvenor, “The end of museum image fees?”, *op. cit.*, pp. 1-5 (p. 3).

49 Cristiana Sappa writes that Article 14 does not seem to prevent the tokenization of works in the public domain and the creation of NFTs. The author gives the example of the initiative of the Vatican museums that created an NFT collection of hosted goods. On one hand, digital copies of the goods collected in museums may be freely available on many museum websites, Europeana or Wikimedia. But, on the other hand, digital copies of the same works of visual art in the public domain are being privatized via NFTs and blockchain technologies. Contractual freedom in this area is not desirable – “Hosting...”, *op. cit.*, pp. 924-939 (p. 937).

on or after 7 June 2021. In what concerns Article 14 this does not mean that this provision shall only apply to works and other subject matter that were protected as of 7 June after they have subsequently entered in public domain. The purpose of Article 14 is essentially clarificatory. This means that this provision shall apply to any material that results from an act of reproduction of a work of visual art that is in the public domain, irrespective if the work was or was no longer protected on 7 June 2021⁵⁰.

10. Conclusions

Article 14 of DSM, for the first time in the EU, grants a positive status public domain with reference to works of visual art. Once the patrimonial copyright of a work of visual art has expired, it may be reproduced (in a broad sense) without the author's consent since it is in the public domain. No exclusive rights shall attach to any copy of a public domain work of visual art unless that reproduction constitutes its author's own creation. One of the purposes of Article 14 of DSM is to prevent faithful reproductions of public domain works of visual art to be vested with regained exclusive protection, by copyright or any related right in the reproduction itself. The provision aims to prevent "copyright-fraud" which has been a practice of museums, other CHIs, private operators, and even public sector bodies. The public domain should be available for everyone to use for economic and non-economic purposes, namely, to generate new cultural goods and new knowledge. Thus, Article 14 is a clarificatory provision, which also codifies the concept of originality, according to the CJ settled case law.

Article 14 also has a second purpose, aims to avoid divergent approaches across the EU, which lead to uncertainty that affects cross-border dissemination of works of art in the public domain. The transposition of this provision should be minimalistic to avoid different interpretations of Member States.

Nevertheless, Article 14 of DSM Directive has some flaws. It does not define what are works of visual art, though the concept ought to be understood under the broad sense of artworks, as referred to in the Bern Convention. The provision does not determine the consequences of its infringement, that is, what are the consequences when the practice of "copyright fraud" continues, namely by using technological measures and restrictive terms and conditions. These acts, and similar ones, should be considered void, but that is not expressly stated, and can lead to conflict and uncertainty. Also, Article 2 and Recital 13 do not contain an exhaustive list of what should be considered CHIs. Opting for an open concept can also lead to uncer-

⁵⁰ As clearly stated by Eleonora Rosati, *Copyright...*, *op. cit.*, p. 249. Article 14(2) of Portuguese DL no. 47/2023, of June 19, 2023, though written in a strange way, states that this decree-law does not apply to works and other protected material that are not protected by copyright or other related rights before 7 of June of 2021. Because the new Article 39-A of CDADC that transposes to Portugal Article 14 of DSM is a mere clarificatory provision, on the same grounds as Eleonora Rosati, we consider that Article 39-A of CDADC is immediately applicable to all works or related rights that are in the public domain before 7 of June of 2021.

tainty in the cross-border market. All these issues, specially the second one, raise doubts about the effectiveness of Article 14 of DSM Directive, once transposed into national laws. To accomplish the goals of Article 14, courts shall have to interpret it in a consistent way with modern approaches that favour circulation and re-use of information.



Para assinalar o Dia Mundial da Propriedade Intelectual, o Centro de Investigação em Justiça e Governação (JusGov) e o Centro de Investigação e Desenvolvimento sobre Direito e Sociedade (CEDIS)/NOVA IPSI, organizaram um momento de estudo, colaboração e discussão pública sobre as novas regras do ordenamento jurídico português de proteção dos direitos autorais e conexos, no dia 26 de abril de 2023, na Universidade do Minho, em Braga.

Estas atas constituem o resultado desse seminário, incluindo as atualizações resultantes da publicação, pouco depois da realização deste evento, dos Decretos-Leis n.º 46/2023 e n.º 47/2023, que procederam, finalmente, à transposição das Diretivas 2019/789 e 2019/790.



UMinho Editora



Universidade do Minho

ISBN 978-989-9074-20-0



9 789899 074200 >