

CONCLUSÕES DA ADVOGADA-GERAL
VERICA TRSTENJAK
apresentadas em 12 de Abril de 2011 (1)

Processo C-145/10

Eva-Maria Painer
contra
Standard VerlagsGmbH,
Axel Springer AG,
Süddeutsche Zeitung GmbH,
SPIEGEL-Verlag Rudolf AUGSTEIN GmbH & Co KG,
Verlag M. DuMont Schauberg Expedition der Kölnischen Zeitung
GmbH & Co KG,

[pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Handelsgerichts Wien (Áustria)]

«Regulamento (CE) n.º 44/2001 – Artigo 6.º, n.º 1 – Foro da conexão – Directivas 93/98/CEE e 2006/116/CE – Artigo 6.º – Direito à protecção de fotografias – Directiva 2001/29/CE – Artigo 2.º – Reprodução – Utilização de um retrato fotográfico como modelo para a elaboração de um retrato-robô – Artigo 5.º, n.º 3, alínea d) – Excepções e limitações para citações – Artigo 5.º, n.º 3, alínea e) – Excepções e limitações para efeitos de segurança pública»

Índice

- I – Introdução
- II – Direito aplicável
 - A – O Regulamento n.º 44/2001
 - B – A Directiva 93/98 e a Directiva 2006/116
 - C – A Directiva 2001/29
- III – Matéria de facto
- IV – Processo perante os órgãos jurisdicionais nacionais
- V – Questões prejudiciais
- VI – Processo perante o Tribunal de Justiça
- VII – Quanto à admissibilidade do pedido de decisão prejudicial e das diferentes questões prejudiciais

VIII – Quanto à primeira questão prejudicial

A – Argumentos essenciais dos intervenientes no processo

B – Quanto à admissibilidade

C – Apreciação jurídica

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

2. Relação sistemática com normas com finalidade semelhante

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

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

3. A jurisprudência do Tribunal de Justiça

4. Objecções justificadas

5. Quanto aonexo estreito na aceção do artigo 6.º, n.º 1, do Regulamento n.º 44/2001

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

b) Unicidade da situação de facto

c) Relação jurídica suficientemente estreita

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

D – Conclusão

IX – Quanto às outras questões prejudiciais

A – Quanto à quarta questão prejudicial

1. Argumentos essenciais dos intervenientes no processo

2. Quanto à admissibilidade

3. Apreciação jurídica

a) Quanto ao direito à protecção dos retratos fotográficos

b) Quanto ao conceito de reprodução

c) Conclusão

B – Quanto à terceira questão prejudicial

1. Argumentos essenciais dos intervenientes no processo

2. Apreciação jurídica

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

b) Quanto à primeira parte da terceira questão prejudicial

c) Quanto à segunda parte da terceira questão prejudicial

d) Quanto à terceira parte da terceira questão prejudicial

C – Quanto à segunda questão prejudicial

1. Argumentos dos intervenientes no processo

2. Apreciação jurídica

a) Quanto à primeira parte da segunda questão prejudicial

b) Quanto à segunda parte da segunda questão prejudicial

i) Quanto à impossibilidade de indicar o autor

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

iii) Conclusão

c) Observações complementares

i) Citações para fins como a crítica ou a análise

ii) Citação integral

iii) Outros pressupostos

X – Conclusão

I – Introdução

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

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

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

II – Direito aplicável (5)

A – O Regulamento n.º 44/2001

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

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

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

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

[...]

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

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

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

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

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

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

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

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

1. Se houver vários requeridos, perante o tribunal do domicílio de qualquer um deles, desde que os pedidos estejam ligados entre si por um nexo tão estreito que haja interesse em que sejam instruídos e julgados simultaneamente para evitar soluções que poderiam ser inconciliáveis se as causas fossem julgadas separadamente;»

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

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

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

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

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

«Uma decisão não será reconhecida:

[...]

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

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

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

«Considerando que a protecção das fotografias nos Estados-Membros é objecto de regimes diferentes; que, a fim de obter uma harmonização suficiente do prazo de protecção das obras fotográficas, e nomeadamente das que, dado o seu carácter artístico ou profissional têm importância no âmbito do mercado interno, é necessário definir o nível de originalidade requerido na presente directiva; que uma obra fotográfica, na acepção da Convenção de Berna, deve ser considerada como original sempre que for criação intelectual própria do respectivo autor, reflectindo a sua personalidade, sem que outros critérios, tais como o mérito ou finalidade, sejam tomados em consideração; que a protecção das outras fotografias pode ser deixada à lei nacional;»

13. O artigo 6.º desta directiva dispõe:

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

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

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

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

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

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

C – *A Directiva 2001/29*

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

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

[...]

(21) A presente directiva deve definir o âmbito dos actos abrangidos pelo direito de reprodução relativamente aos diferentes beneficiários. Tal deve ser efectuado na linha do acervo

comunitário. É necessário consagrar uma definição ampla destes actos para garantir a segurança jurídica no interior do mercado interno.

[...]

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

[...]

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

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

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

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

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

- a) Aos autores, para as suas obras;»

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

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

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

«[...]

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

[...]

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

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

[...]

5. As excepções e limitações contempladas nos n.ºs 1, 2, 3 e 4 só se aplicarão em certos casos especiais que não entrem em conflito com uma exploração normal da obra ou outro material e não prejudiquem irrazoavelmente os legítimos interesses do titular do direito.»

III – Matéria de facto

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

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

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

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

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

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

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

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

IV – Processo perante os órgãos jurisdicionais nacionais

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

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

V – Questões prejudiciais

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

1. O artigo 6.º, n.º 1, do Regulamento n.º 44/2001, deve ser interpretado no sentido de que não obsta à sua aplicação e, assim, a uma instrução simultânea o facto de acções intentadas contra vários demandados, por violações de direitos de autor substancialmente idênticas, terem bases legais nacionais diferentes mas idênticas quanto aos princípios – como as que vigoram em todos os Estados europeus para as acções inibitórias independentes de culpa e as acções destinadas a obter uma compensação adequada pelas violações de direitos de autor ou uma indemnização pela utilização ilegal?
2. a) O artigo 5.º, n.º 3, alínea d), conjugado com o artigo 5.º, n.º 5, da Directiva 2001/29 deve ser interpretado no sentido de que não obsta à sua aplicação o facto de um artigo de imprensa que cita uma obra ou outro material protegido não ser considerado uma obra literária protegida por direitos de autor?
2. b) O artigo 5.º, n.º 3, alínea d), conjugado com o artigo 5.º, n.º 5, da Directiva 2001/29 deve ser interpretado no sentido de que não obsta à sua aplicação o facto de não se ter acrescentado à obra citada ou ao outro material protegido o nome do autor ou do artista intérprete ou executante?
3. a) O artigo 5.º, n.º 3, alínea e), conjugado com o artigo 5.º, n.º 5, da Directiva 2001/29 deve ser interpretado no sentido de que a sua aplicação no interesse da justiça penal no âmbito da segurança pública pressupõe um pedido concreto, actual e expresso das autoridades de segurança pública para a publicação de imagens, ou seja, pressupõe que a publicação de imagens se deva a necessidades de busca, constituindo uma violação da lei em caso contrário?
3. b) Caso seja dada resposta negativa à questão anterior: Os órgãos de informação podem invocar o artigo 5.º, n.º 3, alínea e), da Directiva 2001/29, quando, sem terem recebido um pedido de busca das autoridades, decidam eles próprios que a publicação de imagens se justifica «no interesse da segurança pública»?
3. c) Caso seja dada resposta afirmativa à questão anterior: Nesse caso, basta que os órgãos de informação afirmem posteriormente que uma publicação de imagens foi feita para efeitos de busca, ou é necessário que haja em todos os casos um pedido de busca para que os leitores colaborem no esclarecimento de um crime que deve estar directamente associado à publicação da imagem?
- 4) O artigo 1.º, n.º 1, conjugado com o artigo 5.º, n.º 5, da Directiva 2001/29 e o artigo 12.º da Convenção de Berna, especialmente tendo em conta o artigo 1.º do Primeiro Protocolo Adicional à CEDH e o artigo 17.º da Carta dos Direitos Fundamentais, devem ser interpretados no sentido de que obras fotográficas ou fotografias, em especial retratos, gozam de uma protecção «mais fraca» ou mesmo de nenhuma protecção em matéria de direitos de autor, porque, devido à sua natureza de «reprodução da realidade», só oferecem uma possibilidade de [criação] reduzida?

VI – Processo perante o Tribunal de Justiça

33. O pedido de decisão prejudicial deu entrada no Tribunal de Justiça em 22 de Março de 2010.
34. Foram apresentadas observações escritas pela demandante e pelas demandadas no processo principal, pelos Governos austríaco, italiano e espanhol e pela Comissão.
35. Dado que nenhum dos intervenientes solicitou a realização de uma audiência, pôde-se começar a elaborar as conclusões a apresentar neste processo depois da sessão plenária do Tribunal de Justiça em 14 de Dezembro de 2010.

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

36. As demandadas no processo principal têm dúvidas quanto à admissibilidade do pedido de decisão prejudicial na sua totalidade. O órgão jurisdicional nacional não apurou suficientemente os factos e não fundamentou de forma suficiente as suas dúvidas relativamente à correcta interpretação do Direito da União. Além disso, não estabeleceu uma relação suficiente entre as disposições de direito nacional aplicáveis ao litígio e as disposições de Direito da União, não tendo, em particular, citado as normas aplicáveis de direito nacional.

37. Estas acusações não podem ter acolhimento.

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

VIII – Quanto à primeira questão prejudicial

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

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

A – *Argumentos essenciais dos intervenientes no processo*

41. Segundo a opinião da *demandante no processo principal*, no presente caso aplica-se a regra de competência que prevê o foro da conexão. Há interesse em que todas as acções sejam instruídas e julgadas simultaneamente para evitar soluções que poderiam ser inconciliáveis se as causas fossem julgadas separadamente, apesar de a matéria de facto ser a mesma e de a legislação aplicável ser praticamente idêntica. As pretensões formuladas relativamente a todas as demandadas no processo principal são, salvo pequenas excepções, idênticas. A matéria de facto é comparável, dado que em todos os casos as fotografias controvertidas foram exploradas sem o consentimento da demandante no processo principal. O facto de às diferentes acções serem aplicados diversos direitos nacionais, que contudo prevêm, no essencial, fundamentos jurídicos idênticos, não obsta à aplicação do artigo 6.º, n.º 1, do Regulamento n.º 44/2001. Em favor de tal interpretação apontam também razões de economia processual. Além disso, na era da Internet, tem que se possibilitar a um autor impugnar com eficácia violações dos seus direitos de autor perpetradas em diversos Estados-Membros.

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

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

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

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

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

jornal apenas na Alemanha, uma tal acção não era contudo suficientemente previsível, não se aplicando assim o artigo 6.º, n.º 1, do Regulamento n.º 44/2001.

B – Quanto à admissibilidade

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

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

C – Apreciação jurídica

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

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

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

52. O órgão jurisdicional de reenvio tem dúvidas quanto à existência do segundo pressuposto do artigo 6.º, n.º 1, do Regulamento n.º 44/2001, isto é, do nexo estreito entre a acção-âncora, por um lado, e as acções já referidas contra a segunda demandada e a quinta demandada por outro lado. Este segundo pressuposto tem a sua origem na jurisprudência do Tribunal de Justiça relativa à disposição precedente do artigo 6.º, n.º 1, da Convenção de Bruxelas. A redacção do artigo 6.º, n.º 1, da Convenção de Bruxelas não previa um pressuposto equivalente. No entanto, o Tribunal de Justiça considerou necessária a verificação deste pressuposto suplementar para assegurar a eficácia prática do artigo 2.º da Convenção de Bruxelas, no qual foi consagrado o princípio da competência dos tribunais do domicílio do demandado (12). No âmbito do Regulamento n.º 44/2001, o legislador da União introduziu no texto da disposição este pressuposto elaborado pelo Tribunal de Justiça. Por conseguinte, há uma continuidade entre o artigo 6.º, n.º 1, do Regulamento n.º 44/2001 e o artigo 6.º, n.º 1, da Convenção de Bruxelas.

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

- em todas as acções são invocadas violações, de conteúdo comparável, de direitos de autor e formuladas pretensões comparáveis;
- é aplicável direito austríaco à acção-âncora e o direito alemão às acções contra a segunda demandada e a quinta demandada relativamente aos jornais distribuídos na Alemanha;
- os pressupostos das pretensões invocadas são, no essencial, idênticos nos termos dos direitos austríaco e alemão.

54. Ocupar-me-ei da resposta a esta questão de forma progressiva. Desde logo, debruçar-me-ei sobre a posição do foro da conexão no sistema global de competências nos termos do Regulamento n.

° 44/2001 (1). A seguir, examinarei qual a relação existente entre o artigo 6.°, n.° 1, do Regulamento n.° 44/2001, cujo objectivo consiste em particular em evitar decisões inconciliáveis, e outras disposições de finalidade semelhante (2). Posteriormente, exporei o modo como o Tribunal de Justiça interpretou o pressuposto do nexu estreito (3). Por considerar parcialmente justificadas as objecções à jurisprudência do Tribunal de Justiça (4), irei sugerir-lhe que modifique ligeiramente a sua posição (5).

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

55. Nos termos do artigo 2.° do Regulamento n.° 44/2001, são, em princípio, os tribunais do Estado-Membro em cujo território o demandado tem o seu domicílio que são competentes para conhecer de uma acção. No entanto, o Regulamento n.° 44/2001 prevê uma série taxativa de regras de competências especiais que derogam a este princípio. Segundo jurisprudência assente, as regras sobre competências especiais, entre as quais se conta também o artigo 6.°, n.° 1, do Regulamento n.° 44/2001, são de interpretação estrita ([13](#)).

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

2. Relação sistemática com normas com finalidade semelhante

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

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

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

59. Quanto à disposição precedente do artigo 34.°, n.° 3, do Regulamento n.° 44/2001, o artigo 27.°, n.° 3, do Regulamento n.° 44/2001, o Tribunal de Justiça declarou que só é possível admitir que há inconciliabilidade entre duas decisões na acepção desta disposição, quando as duas decisões produzem consequências jurídicas que mutuamente se excluem ([15](#)). Este é por exemplo o caso quando, entre duas pessoas, na primeira decisão se ordenou a prestação de alimentos com fundamento na relação matrimonial, ao passo que na segunda se decretou o divórcio ([16](#)).

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

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

62. O artigo 34.°, n.° 3, do Regulamento n.° 44/2001 é aplicado na fase do reconhecimento e execução de decisões dos tribunais de outros Estados-Membros. O mesmo é uma disposição para resolver um conflito entre duas decisões judiciais entre as mesmas partes, conflito que, segundo o sistema do Regulamento n.° 44/2001, não deveria em princípio sequer ocorrer ([18](#)). O não reconhecimento, nos termos do artigo 34.°, n.° 3, do Regulamento n.° 44/2001, representa assim uma

excepção, na medida em que, um afastamento do princípio do reconhecimento quase automático das decisões de tribunais de outros Estados-Membros e, deste modo, da «pedra angular» do Regulamento n.º 44/2001, é excepcionalmente justificado. Por esta razão, esta disposição deve ser interpretada de forma estrita e ser restringida a decisões que produzem consequências jurídicas que mutuamente se excluem (19).

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

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

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

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

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

67. Ao invés, na interpretação do artigo 6.º, n.º 1, do Regulamento n.º 44/2001 importa ter em conta a sua relação com o artigo 28.º do Regulamento n.º 44/2001. Nos termos do artigo 28.º, n.º 1, do Regulamento n.º 44/2001, quando acções conexas estiverem pendentes em tribunais de diferentes Estados-Membros, o tribunal a que a acção foi submetida em segundo lugar pode suspender a instância. Estando preenchidos os requisitos do seu n.º 2, o tribunal a que a acção foi submetida em segundo lugar pode mesmo declarar-se incompetente. Os requisitos da conexão, a qual pode justificar, nos termos do n.º 1 desta disposição, a suspensão da instancia e, estando preenchidos os requisitos adicionais previstos no n.º 2, até a declaração de incompetência, estão previstos no seu n.º 3. Os mesmos são textualmente idênticos ao segundo pressuposto previsto no artigo 6.º, n.º 1, do Regulamento n.º 44/2001. Como acima se expôs (23), isto deve atribuir-se ao facto de a formulação do artigo 6.º, n.º 1, do Regulamento n.º 44/2001 ter a sua origem na jurisprudência do Tribunal de Justiça proferida em relação ao artigo 6.º, n.º 1, da Convenção de Bruxelas e de o Tribunal de Justiça se ter orientado pela disposição precedente do artigo 28.º, n.º 3, do Regulamento n.º 44/2001, o artigo 22.º, n.º 3, da Convenção de Bruxelas.

68. Desde logo por esta razão, parece lógico na interpretação do artigo 6.º, n.º 1, do Regulamento n.º 44/2001 ter em conta a relação sistemática com o artigo 28.º do Regulamento n.º 44/2001, e assim também a jurisprudência proferida a respeito desta disposição e da sua disposição precedente. Segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, o conceito de conexão na acepção do artigo 22.º, n.º 3, da Convenção de Bruxelas (ou o actual artigo 28.º, n.º 3, do Regulamento n.º 44/2001) deve ser

interpretado no sentido de que para que tal conexão exista entre duas acções, basta que a instrução e o julgamento separado das duas acções comportem o risco de uma contradição de decisões, sem ser necessário que impliquem o risco de consequências jurídicas que mutuamente se excluem (24). A meu ver, esta jurisprudência parece ser transponível para o artigo 6.º, n.º 1, do Regulamento n.º 44/2001.

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

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

71. Ao invés, a decisão sobre se se aplica o foro da conexão cabe apenas ao demandante. No entanto, este não se baseará na necessidade de um funcionamento harmonioso da justiça, orientando-se antes pelo foro que lhe é mais favorável. Por esta razão, na interpretação do conceito de nexu estreito na acepção do artigo 6.º, n.º 1, do Regulamento n.º 44/2001, importa ter suficientemente em atenção o interesse do demandado, para reduzir o risco de um possível abuso. Por conseguinte, importa fixar ao conceito de nexu estreito previsto no artigo 6.º, n.º 1, do Regulamento n.º 44/2001 requisitos mais rigorosos do que ao conceito de conexão previsto no artigo 28.º do Regulamento n.º 44/2001 (25).

3. A jurisprudência do Tribunal de Justiça

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

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

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

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

76. Para além disso, o Tribunal de Justiça declarou, neste acórdão, que não se verifica a mesma situação de direito, quando nas duas acções é aplicável direito diferente e este direito, como ocorre no domínio do direito das patentes, não está totalmente harmonizado. Neste caso, decisões divergentes não podem ser qualificadas como inconciliáveis na acepção do artigo 6.º, n.º 1, da Convenção de Bruxelas (28).

77. Posteriormente, no acórdão Freeport, o Tribunal de Justiça concluiu que a identidade dos fundamentos jurídicos das acções intentadas contra os vários réus não constitui um pressuposto da

aplicação do artigo 6.º, n.º 1, do Regulamento n.º 44/2001 (29). Cabe ao órgão jurisdicional nacional determinar a existência de um nexo estreito entre os diversos pedidos que lhe são apresentados, isto é, do risco de decisões inconciliáveis se esses pedidos forem julgados separadamente. A este respeito, deve tomar em conta todos os elementos necessários dos autos. Isso pode eventualmente levar o órgão jurisdicional nacional a tomar em consideração os fundamentos jurídicos das acções propostas perante ele (30).

4. Objecções justificadas

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

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

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

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

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

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

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

85. No seu acórdão Freeport, o Tribunal de Justiça parece, é certo, ter-se afastado quanto ao fundo da sua posição adoptada no acórdão Roche Nederland. No entanto, dado que no primeiro acórdão

continua a exigir, com remissão para o acórdão Roche Nederland, que se trate da mesma situação de facto e de direito (34), a concepção global do Tribunal de Justiça permanece pouco clara (35).

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

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

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

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

88. Tal conclusão resulta, em primeiro lugar, da redacção do artigo 6.º, n.º 1, do Regulamento n.º 44/2001 que pressupõe umnexo estreito entre a acção-âncora e as outras acções. Em segundo lugar, nesse sentido aponta o princípio de que as regras de competência devem apresentar um elevado grau de certeza jurídica para o demandado.

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

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

b) Unicidade da situação de facto

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

92. Este pressuposto mínimo não está preenchido quando a situação de facto, na qual a demandante baseia a sua acção-âncora e as outras acções, se apresenta de tal modo que o comportamento dos demandados na acção-âncora e dos outros demandados, apesar de dizer respeito aos mesmos bens jurídicos ou a bens jurídicos semelhantes da demandante e tem carácter semelhante, produzem-se todavia de modo independente e sem conhecimento uns dos outros. Num tal caso de processos

paralelos não concertados, não é com efeito suficientemente previsível para o outro demandado que, em conformidade com o artigo 6.º, n.º 1, do Regulamento n.º 44/2001, também pode ser demandado perante o tribunal do domicílio do demandado na acção-âncora.

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

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

c) Relação jurídica suficientemente estreita

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

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

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

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

99. Atendendo a que, no caso em apreço, não existe desde logo uma tal situação de facto unitária, este ponto não requer mais aprofundamento para efeitos do presente processo. Para terminar, cabe assinalar contudo que os exemplos antes referidos, nos quais se verifica uma relação suficientemente estreita, não podem ser compreendidos como uma enumeração taxativa dos casos nos quais existe uma relação jurídica suficiente.

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

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

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

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

D – Conclusão

103. O conceito de nexosto estreito previsto no artigo 6.º, n.º 1, do Regulamento n.º 44/2001 deve portanto ser interpretado no sentido de que pressupõe uma situação de facto unitária e uma relação jurídica suficiente entre a acção-âncora e a outra acção. No caso em apreço, só se verifica assim um nexosto estreito com a acção contra a primeira demandada.

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

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

IX – Quanto às outras questões prejudiciais

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

A – Quanto à quarta questão prejudicial

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

108. Como decorre do despacho de reenvio, a quarta questão prejudicial deve ser compreendida à luz da posição defendida pelo OGH no procedimento cautelar (45). Este tribunal decidiu designadamente

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

1. Argumentos essenciais dos intervenientes no processo

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

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

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

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

113. O *Governo austríaco* e a *Comissão* observam que as disposições referidas pelo órgão jurisdicional de reenvio não são aplicáveis, mas o artigo 6.º da Directiva 93/98, ou da Directiva 2006/166. Em

conjunto com o *Governo espanhol* alegam que as fotografias são protegidas em matéria de direitos de autor, na medida em que se trate de criações intelectuais originais. Por conseguinte, a susceptibilidade de protecção de um retrato fotográfico depende do seu grau de originalidade e criatividade. Cabe ao tribunal nacional apreciar, com recurso a estes critérios, no processo principal se as fotografias, com base nas quais o retrato-robô foi elaborado, preenchem estes requisitos. O facto de se tratar de um retrato fotográfico não implica que o mesmo goze nos termos do da Directiva 2001/29 de uma menor protecção contra adaptações em matéria de direitos de autor. A questão de saber se a elaboração de um retrato-robô deve ser considerada uma reprodução do modelo na acepção do artigo 2.º da Directiva 2001/29, depende do facto dos elementos com base nos quais o modelo deve ser visto como criação intelectual se voltarem a encontrar no retrato-robô.

2. Quanto à admissibilidade

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

115. A questão prejudicial entendida desta forma é admissível.

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

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

3. Apreciação jurídica

118. Dado que o direito de reprodução nos termos do artigo 2.º, alínea a), da Directiva 2001/29 pressupõe a existência de uma obra protegida por direitos de autor (47), levanta-se no caso em apreço, desde logo a questão de saber sob que pressupostos um retrato fotográfico pode gozar de protecção em matéria de direitos de autor (a). Para além disso, coloca-se a questão de saber se a publicação de um retrato-robô o qual foi elaborado com base num retrato fotográfico protegido por direitos de autor, pode ser considerado uma reprodução na acepção do artigo 2.º, alínea a), da Directiva 2001/29 (b).

a) Quanto ao direito à protecção dos retratos fotográficos

119. O artigo 6.º da Directiva 93/98, que foi codificado no artigo 6.º da Directiva 2006/116, regula