Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
HENRIK SAUGMANDSGAARD ØE
apresentadas em 15 de julho de 2021 [1]

**Processo C-401/19**

**República da Polónia**
**contra**
**Parlamento Europeu,**

**Conselho da União Europeia**

«Recurso de anulação – Diretiva (UE) 2019/790 – Direitos de autor e direitos conexos – Utilização de conteúdos protegidos por prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha – Comunicação ao público – Responsabilidade desses prestadores de serviços – Artigo 17.º – Isenção de responsabilidade – n.º 4, alíneas b) e c), *in fine* – Filtragem dos conteúdos colocados em linha pelos utilizadores – Liberdade de expressão e de informação – Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia – Artigo 11.º, n.º 1 – Compatibilidade – Garantias que enquadram essa filtragem»

## I. Introdução

1. Com o presente recurso, interposto com base no artigo 263.º TFUE, a República da Polónia pede ao Tribunal de Justiça, a título principal, que anule o artigo 17.º, n.º 4, alíneas b) e c), *in fine*, 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 [2] e, a título subsidiário, que anule este artigo 17.º na sua totalidade.

2. Este recurso convida o Tribunal de Justiça a examinar a questão da responsabilidade dos prestadores de serviços de partilha em linha quando os conteúdos protegidos pelos direitos de autor ou pelos direitos conexos são carregados [3] pelos utilizadores dos serviços.

3. Esta problemática já foi levada ao conhecimento do Tribunal de Justiça nos processos apensos C-682/18, YouTube, e C-683/18, Cyando, na perspetiva do quadro constituído pela Diretiva 2000/31/CE, relativa a certos aspetos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio eletrónico, no mercado interno («Diretiva sobre o comércio eletrónico») [4], e pela Diretiva 2001/29/CE, relativa à harmonização de certos aspetos do direito de autor e dos direitos

[1] Língua original: francês.

[2] JO 2019, L 130, p. 92.

[3] Utilizarei indistintamente os termos «colocação em linha» ou «carregamento» para designar o processo através do qual um conteúdo digital é tornado acessível ao público nos sítios Internet ou nas aplicações para equipamentos inteligentes associados a esses serviços de partilha.

[4] Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho de 8 de junho de 2000 (JO 2000, L 178, p. 1).

conexos na sociedade da informação[5]. Desta vez, trata-se de analisar o artigo 17.º da Diretiva 2019/790, que prevê um novo regime de responsabilidade aplicável aos prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha.

4. Como será explicado nestas conclusões, esta disposição impõe a esses prestadores obrigações de monitorização dos conteúdos que os utilizadores dos seus serviços colocam em linha, a fim de prevenir o carregamento das obras e material protegido que os titulares de direitos não desejam tornar acessíveis nesses serviços. Esta monitorização preventiva assumirá, regra geral, a forma de uma filtragem desses conteúdos, realizada com recurso a ferramentas informáticas.

5. Ora, essa filtragem suscita questões complexas, realçadas pela recorrente, tendo em conta a liberdade de expressão e de informação dos utilizadores dos serviços de partilha, garantida no artigo 11.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (a seguir «Carta»). O Tribunal de Justiça deverá, na sequência dos Acórdãos Scarlet Extended[6], SABAM[7] e Glawischnig-Piesczek[8], determinar se, e sendo caso disso em que condições, essa filtragem é compatível com esta liberdade. Tratar-se-á, para o Tribunal, de ter em conta as vantagens, mas também os riscos, que implica essa filtragem e, nesse âmbito, de assegurar que se mantenha um «justo equilíbrio» entre, por um lado, o interesse dos titulares de direitos a uma proteção efetiva da sua propriedade intelectual e, por outro, o interesse desses utilizadores, e do público em geral, na livre circulação da informação em linha.

6. Nas presentes conclusões, explicarei que, na minha opinião, o legislador da União pode, no respeito da liberdade de expressão, impor certas obrigações de monitorização e de filtragem a certos intermediários em linha, desde que, no entanto, essas obrigações sejam enquadradas por garantias suficientes para minimizar o impacto dessa filtragem nesta liberdade. Uma vez que, na minha opinião, o artigo 17.º da Diretiva 2019/790 comporta tais garantias, proporei ao Tribunal de Justiça que declare que esta disposição é válida e, consequentemente, que negue provimento ao recurso da República da Polónia[9].

[5] Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho de 22 de maio de 2001 (JO 2001, L 167, p. 1).

[6] Acórdão de 24 de novembro de 2011 (C-70/10, a seguir «Acórdão Scarlet Extended», EU:C:2011:771).

[7] Acórdão de 16 de fevereiro de 2012 (C-360/10, a seguir «Acórdão SABAM», EU:C:2012:85).

[8] Acórdão de 3 de outubro de 2019 (C-18/18, a seguir «Acórdão Glawischnig-Piesczek», EU:C:2019:821).

[9] Desde já preciso que, após a redação das presentes conclusões, durante a sua tradução, *por um lado*, foi proferido o Acórdão de 22 de junho de 2021, YouTube e Cyando (C-682/18 e C-683/18, EU:C:2021:503), e, *por outro*, a Comissão publicou as suas orientações sobre a aplicação do artigo 17.º da Diretiva 2019/790 (*communication from the Commission to the European Parliament and the Council*, «Guidance on Article 17 of Directive 2019/790 on Copyright in the Digital Single Market», 4 de junho de 2021 [COM(2021) 288 final]). Tendo em conta o estado avançado em que se encontravam estas conclusões, limitei-me a analisar esses dois documentos num *post scriptum*, que o leitor encontrará nos n.os 221 e segs. das referidas conclusões.

## II. Quadro jurídico

### A. Diretiva 2000/31

7. O artigo 14.º da Diretiva 2000/31, com a epígrafe «Armazenagem em servidor», dispõe, no seu n.º 1:

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

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

ou

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

8. O artigo 15.º desta diretiva, com a epígrafe «Ausência de obrigação geral de vigilância», prevê, no seu n.º 1:

«Os Estados-Membros não imporão aos prestadores, para o fornecimento dos serviços mencionados nos artigos 12.º, 13.º e 14.º, uma obrigação geral de vigilância sobre as informações que estes transmitam ou armazenem, ou uma obrigação geral de procurar ativamente factos ou circunstâncias que indiciem ilicitudes.»

### B. Diretiva 2001/29

9. O artigo 3.º da Diretiva 2001/29, com a epígrafe «Direito de comunicação de obras ao público, incluindo o direito de colocar à sua disposição outro material», dispõe, nos seus n.os 1 e 2:

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

2. Os Estados-Membros devem prever que o direito exclusivo de autorização ou proibição de colocação à disposição do público, por fio ou sem fio, por forma a que seja acessível a qualquer pessoa a partir do local e no momento por ela escolhido, cabe:

a) Aos artistas intérpretes ou executantes, para as fixações das suas prestações;

b) Aos produtores de fonogramas, para os seus fonogramas;

c) Aos produtores de primeiras fixações de filmes, para o original e as cópias dos seus filmes; e

d) Aos organismos de radiodifusão, para as fixações das suas radiodifusões, independentemente de estas serem transmitidas por fio ou sem fio, incluindo por cabo ou satélite.»

10. O artigo 5.º desta diretiva, com a epígrafe «Exceções e limitações», dispõe, no seu n.º 3:

«Os Estados-Membros podem prever exceções 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 […];

[…]

k) Utilização para efeitos de caricatura, paródia ou pastiche;

[…]»

## C. Diretiva 2019/790

11. O artigo 17.º da Diretiva 2019/790, com a epígrafe «Utilização de conteúdos protegidos por prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha», dispõe:

«1. Os Estados-Membros devem prever que os prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha realizam um ato de comunicação ao público ou de colocação à disponibilização do público para efeitos da presente diretiva quando oferecem ao público o acesso a obras ou outro material protegido por direitos de autor carregados pelos seus utilizadores.

Os prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha devem, por conseguinte, obter uma autorização dos titulares de direitos a que se refere o artigo 3.º, n.ºs 1 e 2, da [Diretiva 2001/29], por exemplo, através da celebração de um acordo de concessão de licenças, a fim de comunicar ao público ou de colocar à disposição do público obras ou outro material protegido.

2. Os Estados-Membros devem prever que, caso um prestador de serviços de partilha de conteúdos em linha obtenha uma autorização, por exemplo, através da celebração de um acordo de concessão de licenças, essa autorização compreenda também os atos realizados pelos utilizadores dos serviços abrangidos pelo âmbito de aplicação do artigo 3.º da [Diretiva 2001/29] se estes não agirem com caráter comercial ou se a sua atividade não gerar receitas significativas.

3. Quando os prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha realizam atos de comunicação ao público ou de colocação à disposição do público nas condições estabelecidas na presente diretiva, a limitação da responsabilidade prevista no artigo 14.º, n.º 1, da [Diretiva 2000/31] não se aplica às situações abrangidas pelo presente artigo.

O disposto no primeiro parágrafo do presente número, não prejudica a possível aplicação do artigo 14.º, n.º 1, da [Diretiva 2000/31] a esses prestadores de serviços para fins não abrangidos pelo âmbito de aplicação da presente diretiva.

4. Caso não seja concedida nenhuma autorização, os prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha são responsáveis por atos não autorizados de comunicação ao público, incluindo a colocação à disposição do público, de obras protegidas por direitos de autor e de outro material protegido, salvo se os prestadores de serviços demonstrarem que:

a) Envidaram todos os esforços para obter uma autorização; e

b) Efetuaram, de acordo com elevados padrões de diligência profissional do setor, os melhores esforços para assegurar a indisponibilidade de determinadas obras e outro material protegido relativamente às quais os titulares de direitos forneceram aos prestadores de serviços as informações pertinentes e necessárias e, em todo o caso;

c) Agiram com diligência, após receção de um aviso suficientemente fundamentado pelos titulares dos direitos, no sentido de bloquear o acesso às obras ou outro material protegido objeto de notificação nos seus sítios Internet, ou de os retirar desses sítios e envidaram os melhores esforços para impedir o seu futuro carregamento, nos termos da alínea b).

5. Para determinar se o prestador de serviço cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força do n.º 4, e à luz do princípio da proporcionalidade, devem ser tidos em conta, entre outros, os seguintes elementos:

a) O tipo, o público-alvo e a dimensão do serviço e o tipo de obras ou material protegido carregado pelos utilizadores do serviço; e

b) A disponibilidade de meios adequados e eficazes, bem como o respetivo custo para os prestadores de serviços.

[…]

7. A cooperação entre os prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha e os titulares de direitos não resulta na indisponibilidade 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.

Os Estados-Membros asseguram que os utilizadores em cada Estado-Membro possam invocar qualquer uma das seguintes exceções ou limitações existentes ao carregar e disponibilizar conteúdos gerados por utilizadores em serviços de partilha de conteúdos em linha:

a) Citações, crítica, análise;

b) Utilização para efeitos de caricatura, paródia ou pastiche.

8. A aplicação do presente artigo não implica qualquer obrigação geral de monitorização.

Os Estados-Membros devem prever que os prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha facultem aos titulares de direitos, a pedido destes, informações adequadas sobre o funcionamento das suas práticas no que respeita à cooperação referida no n.º 4 e, caso sejam concluídos acordos de concessão de licenças entre prestadores de serviços e titulares de direitos, informações sobre a utilização dos conteúdos abrangidos pelos acordos.

9. Os Estados-Membros devem prever que os prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha criem um mecanismo de reclamação e de recurso eficaz e rápido, disponível para os utilizadores dos respetivos serviços em caso de litígio sobre o bloqueio do acesso a obras ou outro material protegido por eles carregado, ou a respetiva remoção.

Sempre que solicitem o bloqueio do acesso às suas obras ou outro material protegido específicos ou a remoção dessas obras ou desse material protegido, os titulares de direitos devem justificar devidamente os seus pedidos. As queixas apresentadas ao abrigo do mecanismo previsto no primeiro parágrafo são processadas sem demora injustificada e as decisões de bloqueio do acesso a conteúdos carregados ou de remoção dos mesmos são sujeitas a controlo humano. Os Estados-Membros asseguram também a disponibilidade de mecanismos de resolução extrajudicial de litígios. Esses mecanismos permitem a resolução de litígios de forma imparcial e não privam o utilizador da proteção jurídica conferida pelo direito nacional, sem prejuízo do direito dos utilizadores a recursos judiciais eficazes. Em especial, os Estados-Membros asseguram que os utilizadores tenham acesso a um tribunal ou a outro órgão jurisdicional pertinente para reivindicar a utilização de uma exceção ou limitação no que se refere às regras em matéria de direitos de autor e direitos conexos.

A presente diretiva não prejudica de modo algum as utilizações legítimas, como as utilizações abrangidas pelas exceções ou limitações previstas no direito da União […].

Os prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha informam os seus utilizadores, nas suas condições gerais, da possibilidade de utilizarem obras e outro material protegido ao abrigo de exceções ou limitações aos direitos de autor e direitos conexos previstas no direito da União.

10. A partir de 6 de junho de 2019, a Comissão, em cooperação com os Estados-Membros, deve organizar diálogos entre as partes interessadas com vista a debater as melhores práticas para a cooperação entre os prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha e os titulares de direitos. A Comissão, em consulta com os prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha, os titulares de direitos, as organizações de utilizadores e outras partes interessadas pertinentes, e tendo em conta os resultados dos diálogos entre as partes interessadas, emite orientações sobre a aplicação do presente artigo, nomeadamente no que diz respeito à cooperação a que se refere o n.º 4. Aquando do debate sobre melhores práticas, devem ser tidos em especial consideração, entre outros aspetos, os direitos fundamentais e a utilização de exceções e limitações. Para efeitos desse diálogo entre as partes interessadas, as organizações de utilizadores têm acesso a informações adequadas dos prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha sobre o funcionamento das suas práticas no que diz respeito ao n.º 4.»

## III. Factos na origem do presente recurso

### A. Proposta de diretiva sobre o direito de autor no mercado único digital

12. Em 14 de setembro de 2016, a Comissão Europeia apresentou uma proposta de diretiva relativa aos direitos de autor no mercado único digital[10]. Esta proposta tinha como objetivo adaptar a legislação da União no domínio da propriedade literária e artística — direito de autor e direitos conexos ao direito de autor — em particular a Diretiva 2001/29, à evolução das

[10] Proposta de diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa aos direitos de autor no mercado único digital [COM (2016) 593 final] (a seguir «proposta de diretiva»).

tecnologias digitais[11]. Visava também prosseguir a harmonização neste domínio de uma maneira que, continuando a garantir um nível elevado de proteção da propriedade intelectual, assegure uma ampla disponibilidade dos conteúdos criativos na União e mantenha, no ambiente digital, um «justo equilíbrio» com outros interesses públicos.

13. Neste contexto, o artigo 13.º da referida proposta visava, mais especificamente, corrigir o «Value Gap», a saber, a diferença entre o valor que os prestadores de serviços de partilha em linha retiram das obras e material protegido e as receitas que pagam aos titulares de direitos[12].

14. A este respeito, importa recordar que os serviços em causa, característicos da «Web 2.0» interativa e de que a YouTube[13], a Soundcloud ou ainda a Pinterest são os exemplos mais conhecidos, permitem a qualquer pessoa colocar automaticamente em linha os conteúdos que queira, sem seleção prévia pelos seus prestadores. Os conteúdos colocados em linha pelos utilizadores desses serviços — comummente designados «*user-generated content*» ou «*user-uploaded content*» — podem em seguida ser consultados em *streaming* (difusão em fluxo contínuo) a partir dos sítios Internet ou aplicações para equipamentos inteligentes associados aos referidos serviços — sendo essa consulta facilitada pelas funcionalidades de indexação, de pesquisa e de recomendação que aí se encontram geralmente — e isto a maior parte das vezes gratuitamente —, sendo os prestadores desses mesmos serviços geralmente remunerados pela venda de espaços publicitários. Uma quantidade gigantesca de conteúdos[14] é, assim, posta à disposição do público na Internet, incluindo uma parte considerável de obras e de outro material protegido.

15. Ora, a partir de 2015, os titulares de direitos, em particular os da indústria musical, alegaram que, enquanto esses serviços de partilha ocupam, de facto, um lugar importante na distribuição em linha de obras e de outro material protegido e que os seus prestadores retiram daí receitas publicitárias consideráveis, os referidos titulares não são por eles remunerados equitativamente. As receitas que estes prestadores pagam a esses mesmos titulares são, nomeadamente, insignificantes em relação às que os prestadores de serviços de *streaming* musical — como a *Spotify* — lhes pagam, embora estes dois tipos de serviços sejam muitas vezes percebidos pelos consumidores como fontes equivalentes de acesso aos referidos materiais. Daqui resulta também uma concorrência desleal entre os referidos serviços[15].

16. Para melhor compreender o argumento do «Value Gap», há que voltar ao quadro jurídico aplicável antes da adoção da Diretiva 2019/790 e às incertezas que o rodeavam.

17. P*or um lado*, o artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 2001/29, reconhece aos autores o direito exclusivo de autorizar ou proibir qualquer «comunicação ao público» das suas obras, 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[16]. São reconhecidos direitos semelhantes aos titulares

[11] V. exposição de motivos da proposta de diretiva, pp. 2 e 3.

[12] V. proposta de diretiva, p. 3, e «Commission Staff Working Document, impact assessement on the modernisation of EU copyright rules», [SWD (2016) 301 final] (a seguir «análise de impacto»), parte 1/3, pp. 137 a 141.

[13] V., quanto à plataforma YouTube, as minhas Conclusões nos processos apensos YouTube e Cyando (C-682/18 e C-683/18, a seguir «Conclusões nos processos apensos YouTube e Cyando», EU:C:2020:586, n.os 14 a 18).

[14] Por exemplo, várias centenas de milhares de vídeos são publicadas diariamente no YouTube pelos utilizadores desta plataforma que, a acreditar na Google, seriam mais de 1,9 mil milhões. V. as minhas Conclusões nos processos apensos YouTube e Cyando (n.º 43).

[15] V. análise de impacto, parte 1/3, pp. 137, 139 e 142, bem como parte 3/3, anexo 12B.

[16] O artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 2001/29 contém, portanto, em bom rigor, um «direito de comunicação ao público» e um «direito de colocação à disposição do público». No entanto, uma vez que o primeiro engloba o segundo, utilizarei, por comodidade, o termo «comunicação ao público» para designar indistintamente estes dois direitos.

de direitos conexos relativamente ao seu material protegido[17] nos termos do artigo 3.º, n.º 2, desta diretiva[18]. Por conseguinte, em princípio[19], um terceiro não pode «comunicar ao público» uma obra ou um objeto protegido, sem ter, previamente, obtido a respetiva autorização do ou dos titulares de direitos, autorização que assume geralmente a forma de um acordo de concessão de licença, outorgado contra remuneração[20]. Ora, embora sempre tenha sido claro que a colocação em linha, por um utilizador, de uma obra ou de material protegido num serviço de partilha constitui um ato de «comunicação ao público» que necessita dessa autorização prévia, a questão de saber se os prestadores desses serviços devem eles próprios celebrar acordos de concessão de licenças e remunerar os titulares de direitos é objeto de uma controvérsia que opõe esses prestadores aos referidos titulares[21].

18. *Por outro lado*, o artigo 14.º da Diretiva 2000/31 contém um «porto seguro» (*safe harbour*) para os prestadores de serviços da sociedade da informação que consiste em armazenar conteúdos prestados por terceiros. Esta disposição prevê, em substância, que o prestador desse serviço está isento de qualquer responsabilidade que possa resultar[22] dos conteúdos ilegais que armazena a pedido dos utilizadores desse serviço desde que não tenha disso conhecimento ou, sendo caso disso, os suprima diligentemente. Ora, mais uma vez, levantava-se uma controvérsia quanto à questão de saber se os prestadores dos serviços de partilha em linha podiam beneficiar dessa isenção em matéria de direitos de autor[23].

19. Estas controvérsias eram tanto mais vivas quanto o Tribunal de Justiça não tinha tido, até ao momento, a oportunidade de as decidir[24].

20. Neste contexto, alguns prestadores de serviços de partilha tinham simplesmente recusado celebrar acordos de concessão de licenças com os titulares de direitos para as obras e material protegido colocados em linha pelos utilizadores dos seus serviços, considerando que não eram obrigados a fazê-lo. Outros prestadores tinham, ainda assim, aceitado celebrar tais acordos, mas as suas condições não eram, segundo os titulares de direitos, equitativas, uma vez que estes últimos não podiam negociar numa base de igualdade com os referidos prestadores[25].

21. Dito isto, a proposta de diretiva visava, portanto, *por um lado*, que os titulares de direitos pudessem obter uma melhor remuneração pela utilização das suas obras e outro material protegido nos serviços de partilha em linha, ao afirmar a obrigação de os prestadores desses serviços celebrarem acordos de concessão de licenças com os referidos titulares[26].

[17] V. a enumeração que figura no artigo 3.º, n.º 2, da Diretiva 2001/29, reproduzida no n.º 9 das presentes conclusões.

[18] Em bom rigor, o artigo 3.º, n.º 2, da Diretiva 2001/29 reconhece apenas aos titulares de direitos conexos um direito exclusivo de «colocação à disposição do público» do seu material protegido. O direito de «comunicação ao público» em sentido restrito é-lhes reconhecido no artigo 8.º da 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 e a certos direitos conexos ao direito de autor em matéria de propriedade intelectual (JO 2006, L 376, p. 28). Para certos titulares de direitos conexos, este último direito é um direito exclusivo; para outros, trata-se apenas de um direito a remuneração. Assim sendo, estas diferenças são irrelevantes para o presente processo. Por conseguinte, limitar-me-ei a evocar o artigo 3.º da Diretiva 2001/29.

[19] Sem prejuízo das exceções e limitações ao direito de autor (v. n.º 144 das presentes conclusões).

[20] V., nomeadamente, Acórdão de 14 de novembro de 2019, Spedidam (C-484/18, EU:C:2019:970, n.º 38 e jurisprudência referida).

[21] V., a este respeito, as minhas Conclusões nos processos apensos YouTube e Cyando (n.os 53 a 93).

[22] O artigo 14.º, n.º 1, da Diretiva 2000/31 aplica-se de forma horizontal a qualquer tipo de conteúdo e de responsabilidade, seja qual for o domínio do direito em causa (propriedade intelectual, difamação, ódio em linha, etc.). V. as minhas Conclusões nos processos apensos YouTube e Cyando (n.º 138 e nota 128).

[23] V., a este respeito, as minhas Conclusões nos processos apensos YouTube e Cyando (n.os 132 a 168).

[24] Acaba de o fazer, em certa medida, no seu Acórdão de 22 de junho de 2021, YouTube e Cyando (C-682/18 e C-683/18, EU:C:2021:503). V. sobre este acórdão, n.º 222 das presentes conclusões.

[25] V. análise de impacto, parte 1/3, p. 140.

[26] V. exposição de motivos da proposta de diretiva, p. 3.

22. *Por outro lado*, esta proposta visava permitir aos titulares de direitos controlar mais facilmente a utilização das suas obras e material protegido nos serviços em causa. A este respeito, o seu artigo 13.º obrigava os prestadores dos referidos serviços a recorrer, em substância, a tecnologias de reconhecimento automático de conteúdo já implementadas, voluntariamente, por alguns dentre eles, ou seja, ferramentas informáticas, cujo funcionamento será descrito mais adiante [27], que podem ser utilizadas nomeadamente no momento da colocação em linha de um conteúdo por um utilizador — daí a designação comum dessas ferramentas de «Upload filter» (filtros de colocação em linha) — para verificar, por intermédio de um processo automatizado, se esse conteúdo inclui uma obra ou outro material protegido e, sendo caso disso, bloquear-lhe a difusão [28].

23. A proposta de diretiva, em especial o seu artigo 13.º, deu lugar a numerosos debates no Parlamento e no Conselho no âmbito do processo legislativo. Além disso, este processo foi marcado por intensas campanhas de *lobbying* por parte dos operadores económicos afetados e por demonstrações de oposição de uma parte da sociedade civil, dos meios académicos e dos defensores da liberdade de expressão, que alegavam efeitos nefastos para os prestadores de serviços de partilha que a obrigação de instalar «*upload filters*» poderia, na sua opinião, ter sobre essa liberdade [29].

24. A proposta de diretiva foi por fim aprovada pelo Parlamento em 26 de março de 2019 e pelo Conselho em 16 de abril de 2019 [30]. Esta proposta foi oficialmente adotada enquanto Diretiva 2019/790, em 17 de abril de 2019. Devia ser transposta pelos Estados-Membros o mais tardar até 7 de junho de 2021 [31].

## B. Artigo 17.º da Diretiva 2019/790

25. Durante este processo legislativo, o artigo 13.º da proposta de diretiva sofreu diversas alterações. Foi adotado, numa redação sensivelmente diferente, como artigo 17.º da Diretiva 2019/790. Parece-me oportuno apresentar desde já determinados aspetos fundamentais.

26. *Primeiro*, o artigo 17.º da Diretiva 2019/790 dirige-se, como indica o seu título, aos «prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha» [32]. Este conceito é definido no artigo 2.º, ponto 6, primeiro parágrafo, desta diretiva no sentido de que se refere a qualquer «prestador de um serviço da sociedade da informação que tem como principal objetivo ou um

[27] V. n.º 57 das presentes conclusões.

[28] V. proposta de diretiva, considerando 38, terceiro parágrafo, e considerando 39, bem como artigo 13.º, n.º 1.

[29] V., nomeadamente, a petição «Stop the censorship-machinery! Save the Internet!» (acessível no endereço https://www.change.org/p/european-parliament-stop-the-censorship-machinery-save-the-internet). V., também, Kaye, D., «Mandate of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression», 13 de junho de 2018, e «Open Letter to Members of the European Parliament and the Council of the European Union: The Copyright Directive is failing», 26 de abril de 2018, Nações Unidas,

[30] A Diretiva 2019/790 não foi adotada por unanimidade. Na votação final no Conselho, seis Estados-Membros (a República Italiana, o Grão-Ducado do Luxemburgo, o Reino dos Países Baixos, a República da Polónia, a República da Finlândia e o Reino da Suécia) opuseram-se ao texto, enquanto três Estados-Membros (o Reino da Bélgica, a República da Estónia e a República da Eslovénia) se abstiveram [v. Documento 8612/19, de 16 de abril de 2019, «Resultado da votação, Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa aos direitos de autor e direitos conexos no mercado único digital e que altera as Diretivas 96/9/CE e 2001/29/CE (primeira leitura)», acessível no endereço https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-8612-2019-INIT/pt/pdf.] Por outro lado, diversos Estados-Membros referiram, em diversas declarações, os seus receios quanto aos efeitos desta diretiva sobre os direitos dos utilizadores (v. declaração conjunta dos Países Baixos, do Luxemburgo, da Polónia, da Itália e da Finlândia, declaração da Estónia e declaração da Alemanha, disponíveis em http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-7986-2019-ADD-1-REV-2/PT/pdf).

[31] A Diretiva 2019/790 foi publicada no *Jornal Oficial da União Europeia* em 17 de maio de 2019. Entrou em vigor em 7 de junho do mesmo ano (v. artigos 29.º e 31.º desta diretiva).

[32] Por comodidade, referir-me-ei ao «prestador de serviços de partilha».

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 e promove com fins lucrativos». Independentemente do caráter aberto dos termos utilizados, deles resulta claramente que este artigo 17.º diz respeito aos «grandes» prestadores de serviços de partilha, considerados ligados ao «Value Gap»[33], e do qual esta definição procura, obviamente, refletir o funcionamento[34].

27. *Segundo*, o artigo 17.º da Diretiva 2019/790 enuncia, no seu n.º 1, primeiro parágrafo, que os prestadores de serviços de partilha «realizam um ato de comunicação ao público ou de colocação à dispo[si]ção do público para efeitos da presente diretiva quando oferecem ao público o acesso a obras ou outro material protegido por direitos de autor carregados pelos seus utilizadores». Por conseguinte, como precisa o segundo parágrafo desse número, esses prestadores devem, em princípio, obter uma autorização dos titulares de direitos, por exemplo através da celebração de um acordo de concessão de licenças, relativo à utilização, nos seus serviços, de conteúdos protegidos colocados em linha pelos utilizadores[35]. Assim, o legislador da União resolveu *ex lege* a controvérsia evocada no n.º 17 das presentes conclusões a favor desses titulares[36].

28. Esta obrigação está diretamente relacionada com o objetivo geral prosseguido pelo artigo 17.º da Diretiva 2019/790, a saber, «alcançar um mercado dos direitos de autor justo e que funcione corretamente»[37], ao incentivar o desenvolvimento do «mercado de concessão de licenças entre os titulares de direitos e os prestadores de serviços de partilha». Trata-se de reforçar a posição desses titulares na negociação (ou na renegociação) de acordos de concessão de licenças com esses prestadores, a fim de garantir que esses acordos sejam «justos» e mantenham um «equilíbrio razoável para ambas as partes»[38] — e, ao fazê-lo, corrigir o «Value Gap». A posição negocial dos referidos titulares é tanto mais reforçada quanto, em princípio, não são obrigados, por seu lado, a celebrar tais acordos com esses mesmos prestadores[39].

29. *Terceiro*, o artigo 17.º da Diretiva 2019/790 esclarece, no seu n.º 3, que, quando os prestadores de serviços de partilha realizam atos de «comunicação ao público» ou de «colocação à disposição do público», nas condições estabelecidas no n.º 1 deste artigo, a isenção de responsabilidade prevista no artigo 14.º da Diretiva 2000/31 não se aplica[40].

[33] O considerando 62 da Diretiva 2019/790 precisa, aliás, que o conceito de «prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha» visa os serviços que «desempenham um papel importante no mercado de conteúdos em linha ao competirem com outros serviços de conteúdos em linha, como os serviços de transmissão de áudio e de vídeo em linha, relativamente ao mesmo público», o que reflete a argumentação resumida nos n.ºs 14 e 15 das presentes conclusões.

[34] O artigo 2.º, ponto 6, segundo parágrafo, da Diretiva 2019/790 contém uma lista não exaustiva de prestadores de serviços aos quais o artigo 17.º desta diretiva não deve ser aplicado.

[35] Esta responsabilidade não substitui, mas acresce à dos utilizadores que carregam os conteúdos, que praticam eles próprios atos de «comunicação ao público» distintos. V., todavia, nota 265 das presentes conclusões.

[36] O considerando 64 da Diretiva 2019/790 refere que se trata de uma «clarificação». Na realidade, na minha opinião, o legislador da União redefiniu o alcance do direito de «comunicação ao público», na aceção do artigo 3.º da Diretiva 2001/29 (apenas) para efeitos de aplicação do referido artigo 17.º V. as minhas Conclusões nos processos apensos YouTube e Cyando (n.ºs 250 a 255).

[37] Considerando 3 da Diretiva 2019/790.

[38] V. considerando 61 da Diretiva 2019/790.

[39] V. considerando 61 da Diretiva 2019/790, que esclarece que «uma vez que a liberdade contratual não deverá ser afetada por essas disposições, os titulares de direitos não deverão ser obrigados a conceder uma autorização ou a celebrar acordos de concessão de licenças».

[40] Como esclarece o artigo 17.º, n.º 3, segundo parágrafo, da Diretiva 2019/790, isso não prejudica a aplicação deste artigo 14.º aos prestadores de serviços de partilha para fins não abrangidos pelo âmbito de aplicação desta diretiva. Com efeito, como expliquei nas minhas Conclusões nos processos apensos YouTube e Cyando (n.ºs 141 a 168), os prestadores visados beneficiam na minha opinião, noutras hipóteses, da isenção prevista no referido artigo 14.º Como alega a Comissão, o artigo 17.º, n.º 3, da Diretiva 2019/790 é, portanto, uma *lex specialis* em relação à do próprio artigo 14.º

30. *Quarto*, o n.º 4 deste artigo 17.º esclarece que, se os prestadores de serviços de partilha não tiverem obtido autorização dos titulares de direitos, são responsáveis por atos «não autorizados»[41] de comunicação ao público realizados por intermédio dos seus serviços. Trata-se de uma consequência lógica do que precede: uma vez que, doravante, se presume que esses prestadores realizam atos de «comunicação ao público» quando «dão acesso» às obras e outro material protegido carregados pelos utilizadores dos seus serviços, assumem uma *responsabilidade direta* (ou «primária») em caso de «comunicação» ilícita.

31. Em princípio, a responsabilidade direta que recai sobre a pessoa que realiza o ato ilegal de «comunicação ao público» é uma responsabilidade objetiva[42]. Os prestadores de serviços de partilha devem, portanto, ser automaticamente responsáveis cada vez que uma obra ou material protegido é ilegalmente colocado em linha pelos seus serviços. A este título, podem ser, nomeadamente, condenados a pagar aos titulares de direitos em causa indemnizações por perdas e danos potencialmente consideráveis[43].

32. Contudo, uma vez que, *por um lado*, são os utilizadores dos serviços de partilha que colocam em linha os conteúdos que aí se encontram, sem uma seleção prévia dos seus prestadores a este respeito[44], e que, *por outro*, estes prestadores não conseguirão provavelmente obter autorização de todos os titulares dos direitos para todas as obras e outros material protegido, presentes e futuros, que podem assim ser aí carregados[45], tal responsabilidade objetiva forçaria os referidos prestadores a mudar completamente de modelo económico — e, nesse sentido, a abandonar o próprio modelo da «Web 2.0» interativa.

33. Por conseguinte, o legislador da União considerou que havia que prever, para esses mesmos prestadores, um mecanismo de responsabilidade específica[46]. Em conformidade com o artigo 17.º, n.º 4, da Diretiva 2019/790, estes podem, em caso de «comunicação ao público» ilegal através dos seus serviços, eximir-se a qualquer responsabilidade demonstrando que:

«a) Envidaram todos os esforços para obter uma autorização; e

b) Efetuaram, de acordo com elevados padrões de diligência profissional do setor, os melhores esforços para assegurar a indisponibilidade de determinadas obras e outro material protegido relativamente às quais os titulares de direitos forneceram aos prestadores de serviços as informações pertinentes e necessárias e, em todo o caso;

[41] Há que compreender por esta expressão que os prestadores são responsáveis pelos atos «ilícitos» de comunicação ao público, isto é, os atos não autorizados relativamente aos quais não é aplicável nenhuma exceção ou limitação (v. n.os 143 e segs. das presentes conclusões).

[42] V. as minhas Conclusões nos processos apensos YouTube e Cyando (n.os 100 e 101).

[43] V. artigo 13.º da Diretiva 2004/48/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de abril de 2004, relativa ao respeito dos direitos de propriedade intelectual (JO 2004, L 157, p. 45).

[44] V. as minhas Conclusões nos processos apensos YouTube e Cyando (n.os 73 a 78).

[45] *Antes de mais*, nem todos os titulares de direitos pretenderão autorizar a utilização das suas obras e material protegido nesses serviços. *Depois*, enquanto será relativamente fácil para os prestadores de serviços de partilha celebrar, se for caso disso, acordos de concessão de licenças com as «Grandes» ou com os organismos de gestão coletiva, isso será mais complexo no que respeita à miríade de «pequenos» titulares individuais de direitos e de autores individuais. *Por último*, acresce a esta complexidade o facto de os conteúdos colocados em linha nos serviços de partilha poderem implicar múltiplos tipos de direitos diferentes e de o direito de autor e os direitos conexos estarem sujeitos ao princípio da territorialidade. As licenças funcionam, portanto, numa base «país a país», o que multiplica o número de autorizações a obter.

[46] V. considerando 66 da Diretiva 2019/790.

c) Agiram com diligência, após receção de um aviso suficientemente fundamentado pelos titulares dos direitos, no sentido de bloquear o acesso às obras ou outro material protegido objeto de notificação nos seus sítios Internet, ou de os retirar desses sítios e envidaram os melhores esforços para impedir o seu futuro carregamento, nos termos da alínea b)».

34. Duas dessas condições cumulativas estão no cerne do presente recurso. Os restantes números do artigo 17.º da Diretiva 2019/790 serão apresentados à medida que o recurso seja analisado[47].

## IV. Tramitação do processo no Tribunal de Justiça e pedidos das partes

35. Por petição apresentada na Secretaria do Tribunal de Justiça em 24 de maio de 2019, a República da Polónia interpôs o presente recurso.

36. A República da Polónia pede que o Tribunal de Justiça se digne:

– anular o artigo 17.º, n.º 4, alíneas b) e c), *in fine*, isto é, na medida em que diz respeito à redação «e envidaram os melhores esforços para impedir o seu futuro carregamento, nos termos da alínea b)», da Diretiva 2019/790;

– subsidiariamente, na hipótese de o Tribunal de Justiça considerar que as normas impugnadas não podem ser dissociadas do resto do artigo 17.º desta diretiva sem que seja alterada a sua essência, anular este artigo na sua totalidade;

– condenar o Parlamento e o Conselho nas despesas.

37. O Parlamento pede ao Tribunal de Justiça que se digne:

– negar provimento ao recurso;

– condenar a República da Polónia nas despesas.

38. O Conselho pede que o Tribunal de Justiça se digne:

– julgar inadmissíveis os pedidos principais;

– a título subsidiário, negar provimento ao recurso na íntegra;

– condenar a República da Polónia nas despesas.

39. Por Decisão do presidente do Tribunal de Justiça, de 17 de outubro de 2019, foi admitida a intervenção do Reino de Espanha, da República Francesa, da República Portuguesa e da Comissão Europeia em apoio dos pedidos do Parlamento e do Conselho. Todos os intervenientes apresentaram articulados de intervenção, com exceção da República Portuguesa.

40. As partes e os intervenientes, com exceção do Governo português, estiveram representados na audiência de alegações realizada em 10 de novembro de 2020.

[47] Com exceção do artigo 17.º, n.º 6, da Diretiva 2019/790, que prevê condições específicas de isenção de responsabilidade para os «novos» prestadores de serviços de partilha, que ultrapassa o objeto deste recurso.

## V. Análise

41. Em apoio do seu recurso, a República da Polónia invoca um fundamento único, relativo à violação do direito à liberdade de expressão e de informação, garantido no artigo 11.º, n.º 1, da Carta[48]. Antes de examinar este fundamento quanto ao mérito (secção B), debruçar-me-ei brevemente sobre a admissibilidade do pedido (secção A).

### A. Quanto à admissibilidade

42. O Parlamento, o Conselho, o Governo francês e a Comissão alegam que os pedidos principais da petição, na medida em que visam obter a anulação apenas das alíneas b) e c), *in fine*, do n.º 4 do artigo 17.º da Diretiva 2019/790, são inadmissíveis. Também partilho desta opinião.

43. Com efeito, em conformidade com jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, a anulação parcial de um ato da União só é possível se os elementos cuja declaração de invalidade é pedida forem *destacáveis* do resto desse ato. Este requisito não está cumprido quando essa anulação parcial tenha por efeito alterar a sua substância[49].

44. Ora, a anulação apenas das alíneas b) e c), *in fine*, do seu n.º 4 altera, manifestamente, a substância do artigo 17.º da Diretiva 2019/790. Como alegam o Parlamento, o Conselho, o Governo francês e a Comissão, as diversas disposições deste artigo 17.º constituem, no seu conjunto, um regime «complexo» de responsabilidade, que traduz o equilíbrio pretendido pelo legislador da União entre os direitos e interesses dos prestadores de serviços de partilha, dos utilizadores dos seus serviços e dos titulares dos direitos. A anulação apenas das disposições impugnadas teria por consequência substituir esse regime de responsabilidade por um regime ao mesmo tempo sensivelmente diferente e claramente mais favorável para esses prestadores. Por outras palavras, proceder a essa anulação parcial equivaleria, para o Tribunal de Justiça, a *rever* esse mesmo artigo 17.º, o que não pode fazer no âmbito de um processo de anulação nos termos do artigo 263.º TFUE.

45. Em contrapartida, é pacífico entre as partes que os pedidos apresentados a título subsidiário pela recorrente, com os quais pede a anulação integral do artigo 17.º da Diretiva 2019/790, são admissíveis. Com efeito, por mais importante que seja este artigo, a sua anulação não altera a substância desta diretiva. Os numerosos artigos desta têm objetos diversos e estão repartidos por diferentes títulos e capítulos. O artigo 17.º da referida diretiva é, neste caso, *destacável* dos seus outros artigos, que poderiam perfeitamente subsistir em caso de declaração de anulação do primeiro[50].

### B. Quanto ao mérito

46. O fundamento único invocado pela República da Polónia pode ser resumido em poucas palavras. Em substância, alega que, em conformidade com o artigo 17.º, n.º 4, alíneas b) e c), *in fine*, da Diretiva 2019/790, os prestadores de serviços de partilha têm, para ficarem isentos de

[48] Limitarei, portanto, a minha análise a este direito fundamental, independentemente das questões que o artigo 17.º da Diretiva 2019/790 possa suscitar à luz de outros direitos fundamentais garantidos pela Carta, como a liberdade de empresa (artigo 16.º).

[49] V., nomeadamente, Acórdão de 8 de dezembro de 2020, Polónia/Parlamento e Conselho (C-626/18, EU:C:2020:1000, n.º 28 e jurisprudência referida).

[50] Abstraindo da definição de «prestador de serviços de partilha [de conteúdos] em linha» que consta do artigo 2.º, ponto 6, da Diretiva 2019/790, que perderia a sua razão de ser.

qualquer responsabilidade em caso de «comunicação ao público» ilegal de obras ou de outro material protegido nos seus serviços, de proceder a uma monitorização preventiva dos conteúdos que os utilizadores pretendem colocar em linha. Para o efeito, devem utilizar ferramentas informáticas que permitam a filtragem automática dos referidos conteúdos. Ora, esta monitorização preventiva constitui uma limitação ao exercício do direito à liberdade de expressão, garantido pelo artigo 11.º da Carta. Esta limitação não é compatível com esse instrumento, uma vez que viola o «conteúdo essencial» desse direito fundamental ou, pelo menos, não respeita o princípio da proporcionalidade.

47. Na contestação, o Parlamento e o Conselho, apoiados pelos Governos espanhol e francês e pela Comissão, contestam cada um destes pontos. Analisá-los-ei, portanto, sucessivamente nas secções seguintes. *Antes de mais*, debruçar-me-ei sobre o alcance das disposições impugnadas (secção 1). *Em seguida*, abordarei a questão da restrição do exercício do direito à liberdade de expressão e de informação (secção 2) e, *por último*, a questão da compatibilidade desta limitação com a Carta (secção 3).

### *1. Quanto ao alcance das disposições impugnadas*

48. Para bem apreciar o alcance das condições de isenção de responsabilidade previstas no artigo 17.º, n.º 4, alíneas b) e c), *in fine*, da Diretiva 2019/790, é útil ter presente, enquanto termo de comparação, as que constam do artigo 14.º da Diretiva 2000/31. Em substância, nos termos deste artigo, um prestador está isento de qualquer responsabilidade que possa resultar de uma informação ilegal que armazene a pedido de um utilizador do seu serviço desde que, em primeiro lugar (a) não tenha disso conhecimento ou, em segundo lugar (b), sendo caso disso, tenha diligentemente removido ou bloqueado o acesso a essa informação. Na prática, não se espera desse prestador que monitorize as informações presentes nos seus servidores e que investigue, de forma ativa, as informações ilegais que aí se encontram [51]. Em contrapartida, quando a existência e a localização dessa informação ilegal são levadas ao seu conhecimento, regra geral através de uma notificação enviada por um terceiro, esse prestador deve reagir retirando a informação em questão ou bloqueando o acesso à mesma — segundo um sistema de «notificação e retirada» (*notice-and-take-down*) [52].

49. Em contrapartida, como alega a recorrente, para cumprir as condições previstas pelas disposições impugnadas, os prestadores de serviços de partilha devem efetuar uma monitorização preventiva das informações colocadas em linha pelos utilizadores desses serviços [secção a)]. Ora, para efetuar essa vigilância, esses prestadores deverão, em muitas situações, utilizar ferramentas informáticas que permitam a filtragem automática dos referidos conteúdos [secção b)].

#### *a) Monitorização preventiva dos conteúdos colocados em linha pelos utilizadores[…]*

50. *Em primeiro lugar*, recordo que, *por um lado*, em conformidade com o artigo 17.º, n.º 4, alínea b) da Diretiva 2019/790, os prestadores de serviços de partilha devem efetuar, «de acordo com elevados padrões de diligência profissional os melhores esforços» para «assegurar a

[51] Em conformidade com o artigo 15.º da Diretiva 2000/31 (v. n.º 105 das presentes conclusões). Assim sendo, determinadas obrigações de vigilância podem ser impostas aos prestadores, independentemente dessa isenção de responsabilidade, através de injunções (v., nomeadamente, artigo 14.º, n.º 3, da Diretiva 2000/31 e artigo 8.º, n.º 3, da Diretiva 2001/29).

[52] V., para mais detalhe, as minhas Conclusões nos processos apensos YouTube e Cyando (n.ºs 173 a 196).

indisponibilidade» de determinadas obras e outro material protegido relativamente às quais os titulares de direitos forneceram aos prestadores de serviços as informações pertinentes e necessárias.

51. *Por outro lado*, em conformidade com a alínea c) desse número, quando recebem um aviso suficientemente fundamentado pelos titulares dos direitos, relativo à presença de obras ou outro material protegido nos seus serviços, esses mesmos prestadores devem não só agir com diligência para bloquear o acesso a esse material ou retirá-lo dos seus sítios Internet[53], mas também efetuar os «melhores esforços» para «impedir o seu futuro carregamento» — seguindo, desta vez, uma lógica de «notificação e *bloqueio permanente*» (*notice-and-stay-down*).

52. Em suma, as disposições impugnadas fazem recair sobre os prestadores de serviços de partilha obrigações de diligência — ou, dito de outra forma, obrigações de meios[54] — em matéria de *monitorização* dos seus serviços. Para «assegurar a indisponibilidade» das obras e outro material protegido identificados pelos titulares de direitos e «impedir o seu futuro carregamento», esses prestadores devem adotar «todas as medidas que seriam tomadas por um operador diligente»[55] para detetar e bloquear ou remover, de forma ativa, de entre o volume de conteúdos que os utilizadores colocam em linha, os que reproduzem os objetos em questão[56].

53. Esta interpretação é confirmada pelo objetivo prosseguido no artigo 17.º da Diretiva 2019/790. Com efeito, ao abrigo do artigo 14.º da Diretiva 2000/31, os titulares de direitos deviam vigiar os serviços de partilha e levar ao conhecimento dos seus prestadores, através de notificações, os conteúdos contrafeitos que aí se encontravam, para que estes os retirem. Ora, como o Conselho recordou, o legislador da União considerou, aquando da adoção do referido artigo 17.º que esse sistema representava um encargo excessivo para os titulares de direitos e não lhes permitia controlar eficazmente a utilização das suas obras e outro material protegido nesses serviços[57]. Em particular, os conteúdos retirados eram muitas vezes recolocados em linha pouco tempo depois, o que forçava estes últimos a multiplicar as notificações[58]. Para corrigir o problema, as disposições impugnadas transferem para esses mesmos prestadores a responsabilidade de monitorizar os seus serviços[59].

54. *Em segundo lugar*, como alega a República da Polónia, para cumprir os objetivos previstos nas disposições impugnadas, os prestadores de serviços de partilha devem tentar prevenir — *ex ante* — a colocação em linha de conteúdos contrafeitos, e não simplesmente remover — *ex post* — esses conteúdos.

[53] Assim, a condição prevista no artigo 17.º, n.º 4, alínea c), *in principio*, é análoga às previstas no artigo 14.º da Diretiva 2000/31.

[54] Uma obrigação de meios exige que o devedor envide os seus melhores esforços com vista a alcançar um resultado, sem ser obrigado a atingi-lo. V., neste sentido, Acórdãos de 4 de junho de 2009, Comissão/Grécia (C-250/07, EU:C:2009:338, n.º 68), e de 27 de março de 2014, UPC Telekabel Wien (C-314/12, EU:C:2014:192, n.º 53).

[55] V. considerando 66, segundo parágrafo, da Diretiva 2019/790.

[56] Assim, o artigo 17.º, n.º 4, da Diretiva 2019/790 é, em substância, um sistema de responsabilidade por *negligência*: os prestadores de serviços de partilha serão considerados responsáveis, em conformidade com esta disposição, quando não tiverem lutado com suficiente diligência contra a colocação em linha de conteúdos ilegais pelos utilizadores dos seus serviços. Neste aspeto, o referido artigo 17.º é uma espécie de construção «híbrida» entre a responsabilidade direta suportada por aqueles que cometem atos ilícitos e a responsabilidade indireta (ou «secundária») suportada pelos intermediários por atos de terceiros. V., para esta distinção, as minhas Conclusões nos processos apensos YouTube e Cyando (n.os 64, 65, 102 e 103).

[57] V. análise de impacto, parte 1/3, p. 140.

[58] V. as minhas Conclusões nos processos apensos YouTube e Cyando (n.º 193).

[59] V. análise de impacto, parte 1/3, p. 137, e considerando 61 da Diretiva 2019/790.

55. A este respeito, resulta do considerando 66, da Diretiva 2019/790 que, em conformidade com o artigo 17.º, n.º 4, alínea b), desta diretiva, os prestadores de serviços de partilha devem tentar «evitar» que as obras e outro material protegido identificados pelos titulares de direitos «[estejam] disponíveis» nos seus serviços. A alínea c) deste número é ainda mais explícita quanto à natureza das medidas previstas, uma vez que indica que esses prestadores devem monitorizar para «impedir» «o futuro carregamento» das obras ou outro material protegido que tenham dado origem a um aviso dos titulares de direitos. Além disso, a expressão «nos termos da alínea b)» sublinha que a mesma coisa é esperada dos referidos prestadores nestas duas alíneas: devem tentar *prevenir* a colocação em linha — ou a recolocação em linha no âmbito do «*stay-down*» — de determinados conteúdos ilícitos nos seus serviços.

56. Esta interpretação é, mais uma vez, confirmada pelo objetivo, prosseguido pelo artigo 17.º da Diretiva 2019/790, que consiste em permitir aos titulares de direitos controlar mais facilmente a utilização das suas obras nos serviços de partilha. Como alegou o Conselho, esta disposição visa reafirmar, no ambiente digital, o caráter exclusivo do direito de «comunicação ao público». As obrigações de diligência impostas aos prestadores de serviços de partilha pelas disposições impugnadas destinam-se a assegurar que esses titulares possam efetivamente «interpor-se entre eventuais utilizadores da sua obra e a comunicação ao público que esses utilizadores podem pretender fazer» [60] nesses serviços. Como sublinharam o Parlamento e o Conselho, os prestadores devem, portanto, tentar intervir antes da colocação dos conteúdos em linha, isto é, antes que as obras ou material protegido que podem reproduzir sejam efetivamente «comunicadas ao público» em violação desse direito exclusivo.

### *b) ... que necessitará, em muitas situações, da utilização de ferramentas de filtragem*

57. Nesta fase das presentes conclusões, parece-me útil explicar que algumas ferramentas informáticas permitem detetar automaticamente a colocação em linha ou a presença, num servidor, de determinadas informações. Especificamente, existem, para este efeito, ferramentas de reconhecimento automático de conteúdo (*Automatic Content Recognition*, ou «ACR»), baseados em diferentes técnicas, a saber — da mais simples para a mais complexa — o «*hashing*», a «marcação digital» (*watermarking*) e a «impressão digital» («*fingerprinting*») [61].

[60] V., nomeadamente, Acórdão de 8 de setembro de 2016, GS Media (C-160/15, EU:C:2016:644, n.º 28 e jurisprudência referida).

[61] O «hashing» consiste em representar digitalmente, graças a uma ferramenta dedicada, um ficheiro informático por uma cadeia de carateres alfanuméricos única, denominado «hashcode». Ao comparar este «hashcode» com aqueles ficheiros colocados em linha num servidor, é possível detetar automaticamente todas as cópias idênticas do ficheiro original que aí se encontrem. O «watermarking» consiste em integrar num conteúdo, graças a uma ferramenta dedicada, um «marcador» específico, visível ou invisível a olho nu, que é em seguida possível encontrar para identificar o conteúdo original e as suas cópias. Por último, o «fingerprinting» consiste em gerar, com o auxílio de uma ferramenta dedicada, uma representação digital única («impressão») de um determinado conteúdo — uma imagem, um fonograma, um vídeo, etc. —, reduzindo-o a alguns dos seus elementos característicos. Ao comparar esta «impressão» com as dos ficheiros que se encontram num servidor, é possível identificar todos os que têm, em substância, um conteúdo correspondente. V., para mais detalhes, Mochon, J.-P., «Rapport de mission — Une application effective du droit d'auteur sur les plateformes numériques de partage: État de l'art et propositions sur les outils de reconnaissance des contenus», *Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique*, 29 de janeiro de 2020.

58. Ora, desde a segunda metade dos anos 2000, essas ferramentas que utilizam muito especialmente esta última técnica[62], têm sido instaladas, voluntariamente, por determinados operadores de serviços de partilha e isso nomeadamente[63] para pesquisar ativamente conteúdos contrafeitos nos seus serviços[64]. Com efeito, as ferramentas de reconhecimento por «impressão digital» podem *filtrar automaticamente* as obras e outro material protegido dos titulares de direitos entre os conteúdos carregados nos referidos serviços, ao comparar esses conteúdos, no momento da sua colocação em linha ou uma vez esta efetuada, com informações de referência prestadas pelos respetivos titulares[65]. Quando essa comparação estabelece uma correspondência («*match*»), as referidas ferramentas dão em geral aos titulares de direitos em causa a opção de decidir, manual ou automaticamente, *bloquear* o conteúdo em causa, autorizar a sua colocação em linha e seguir a sua popularidade através de estatísticas de audiência, ou ainda «rentabilizá-lo» inserindo-lhe publicidade[66].

59. A proposta de diretiva integrava estes desenvolvimentos tecnológicos. A análise de impacto sublinhava a eficácia das ferramentas de reconhecimento por «impressão digital» em matéria de contrafação e a sua disponibilidade acrescida no mercado. Assim, esta proposta visava, recordo[67], tornar obrigatória a instalação dessas ferramentas pelos prestadores de serviços de partilha, uma vez que o objetivo era obrigar aqueles que ainda não o tinham feito a «atualizar-se» e obrigar os outros a dar aos titulares de direitos um acesso transparente às suas ferramentas de reconhecimento[68].

60. Como não deixaram de sublinhar o Parlamento, o Conselho e o Governo espanhol, a versão final da Diretiva 2019/790 já não contém referências expressas às ferramentas de reconhecimento automático de conteúdo. As alíneas b) e c), do n.º 4, do artigo 17.º, desta diretiva estão redigidas em termos gerais. Estas disposições não impõem, formalmente, aos prestadores de serviços de partilha a adoção de medidas ou de técnicas específicas com vista a alcançar os objetivos que prosseguem[69].

[62] As ferramentas que funcionam segundo a técnica do «hashing» são de uma eficácia limitada em matéria de reconhecimento de conteúdos, uma vez que esta técnica permite apenas, como indiquei na nota anterior, detetar *as cópias idênticas* de um dado ficheiro informático. A menor alteração em relação ao ficheiro original (alteração de um pixel de imagem, etc.) impedirá a deteção automática, quando os ficheiros comparados tinham, em substância, um conteúdo idêntico. Do mesmo modo, a técnica do «*watermarking*» permite apenas detetar as cópias de um ficheiro marcado e pode ser facilmente contornada. V. Mochon, J.-P., *op. cit.*

[63] Estas ferramentas são utilizadas para detetar outros tipos de conteúdos ilícitos (conteúdos pornográficos, injuriosos, etc.). V. Mochon, J.-P., *op. cit.*

[64] A este respeito, o mais célebre é, sem dúvida, o software «Content ID» desenvolvido pela Google para a YouTube. V. as minhas Conclusões nos processos apensos YouTube e Cyando (n.º 22).

[65] Na prática, o sistema consiste em gerar as «impressões digitais» das obras e outro material protegido identificados pelos titulares de direitos e em depositar essas «impressões» numa base de dados associada à ferramenta de reconhecimento. Depois, através de um algoritmo, todos os ficheiros colocados em linha são automaticamente digitalizados, e as suas próprias «impressões» são comparadas com as que constam dessa base de dados, para detetar correspondências. As ferramentas de reconhecimento por «impressão digital» são capazes de identificar essas correspondências mesmo numa curta duração (por exemplo, vários segundos quando se trata de um fonograma), ou quando o conteúdo foi alterado para escapar à deteção automática (por exemplo, a imagem do filme foi invertida, acelerada, etc.). Algumas ferramentas, como o Content ID, são mesmo capazes de reconhecer não só fonogramas mas também as melodias das obras subjacentes. V. Mochon, J.-P., *op. cit.*

[66] V., para maiores detalhes sobre estas ferramentas e seus prestadores, análise de impacto, parte 3/3, pp. 164 a 172, e Mochon, J.-P., *op. cit.*

[67] V. n.º 22 das presentes conclusões.

[68] V. análise de impacto, parte 1/3, pp. 140 a 144. V., no mesmo sentido, Comunicação da Comissão, «Combater os conteúdos ilegais em linha -Rumo a uma responsabilidade reforçada das plataformas em linha» [COM (2017) 555 final], de 28 de setembro de 2017, pp. 13 e 14.

[69] O considerando 68 da Diretiva 2019/790 limita-se a referir que «podem ser adotadas várias medidas» pelos prestadores de serviços de partilha.

61. Segundo as recorridas e os intervenientes, as disposições impugnadas não obrigam, portanto, estes prestadores a recorrer a tais ferramentas. Dispõem de uma «margem de manobra» quanto às medidas e técnicas a aplicar com vista a alcançar os objetivos previstos nessas disposições. Neste âmbito, os referidos prestadores podiam «optar» pela utilização de ferramentas semelhantes — ou continuar a fazê-lo, no caso dos que já as utilizam — ou até desenvolver «soluções inovadoras» [70]. Em todo o caso, em conformidade com o artigo 17.º, n.º 5, da Diretiva 2019/790, as medidas exigidas desses mesmos prestadores deviam ser examinadas caso a caso, à luz do princípio da proporcionalidade.

62. Deste modo, como defende a República da Polónia, afigura-se-me que as disposições impugnadas obrigam efetivamente os prestadores de serviços de partilha a utilizar, em muitas situações, essas ferramentas de reconhecimento de conteúdos [71]. Na minha opinião, o legislador da União mudou simplesmente de método entre a proposta de diretiva e a sua adoção enquanto Diretiva 2019/790. Em vez de prever *diretamente* uma obrigação de instalar essas ferramentas, impô-las *indiretamente*, através das condições de isenção de responsabilidade previstas nessas disposições.

63. Com efeito, *por um lado*, como a recorrente sublinhou com razão, há que ter presente o contexto factual em que se inscrevem as disposições impugnadas. O artigo 17.º da Diretiva 2019/790 diz respeito aos prestadores de serviços que armazenam e facilitam o acesso do público a uma «quantidade significativa de obras ou outro material protegido por direitos de autor». Por outras palavras, trata-se de operadores que geram um volume importante, ou mesmo gigantesco, de conteúdos. Além disso, esses serviços de partilha são prestados de forma ininterrupta e estão acessíveis a um número considerável de utilizadores, podendo assim ser colocadas em linha a todo o momento quantidades consideráveis de novos conteúdos.

64. Em tal contexto, parece-me evidente que, como alega a recorrente, os prestadores de serviços de partilha não podem fazer verificar pelos seus colaboradores a totalidade ou mesmo a maior parte dos conteúdos colocados em linha [72] — o que, de resto, o Parlamento reconhece. Assim, tenho dificuldade em compreender por que meios, diferentes da utilização de uma ferramenta de reconhecimento automático que lhes permita filtrar conteúdos carregados nos seus serviços, estes prestadores podem razoavelmente «assegurar a indisponibilidade» de obras e material protegido identificados pelos titulares de direitos e «impedir o seu futuro carregamento» nos seus serviços,

[70] V., no mesmo sentido, comunicado de imprensa do Parlamento, de 27 de março de 2019 «Questions and Answers on issues about the digital copyright directive»: «Is the directive creating automatic filters on online platforms? No. The draft directive sets a goal to be achieved […]. The draft directive however does not specify or list what tools, human resources or infrastructures may be needed to prevent unremunerated material appearing on the site. There is therefore no requirement for upload filters. However, if large platforms do not come up with any innovative solutions, they may end up opting for filters […]» (acessível no endereço Internet https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20190111IPR23225/ questions-and-answers-on-issues-about-the-digital-copyright-directive).

[71] É, de resto, o parecer da maior parte dos especialistas no domínio. V., nomeadamente, Grisse, K., «After the storm — examining the final version of Article 17 of the new Directive (EU) 2019/790», *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2019, vol. 14, n.º 11, pp. 887 a 899, em especial pp. 894 e 895; Leitsner, M., «European Copyright Licensing and Infringement Liability Under Art. 17 DSM-Directive — Can We Make the New European System a Global Opportunity Instead of a Local Challenge?», *Zeitschrift für geistiges Eigentum*, 2020, vol. 12, n.º 2, pp. 123 a 214, em especial pp. 141 e 143; Lambrecht, M., «Free speech by design — Algorithmic protection of exceptions and limitations in the Copyright DSM directive», JIPITEC, vol. 11, 2020, pp. 68 a 94, em especial p. 71; Dusollier, S., «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, 2020, pp. 979 a 1030, em especial p. 1016; Mochon, J.-P., *op. cit.*, p. 106, Frosio, G., e Mendis, S., «Monitoring and Filtering: European Reform or Global Trend?», *Oxford Handbook of Online Intermediary Liability*, Frosio, G. (ed.), Oxford University Press, 2020, em especial p. 562.

[72] V. Lambrecht, M., *op. cit.*, p. 71. «[…] if YouTube wanted to ensure a human review of the 432.000 hours of video uploaded daily, it would have to hire roughly 70.000 full time (very efficient) employees».

em conformidade com os objetivos visados pelas disposições impugnadas[73] — e a referência do Parlamento e do Conselho a eventuais «soluções inovadoras» apenas dá, a este respeito, uma ajuda muito relativa[74]. De resto, os recorridos e os intervenientes admitiram por meias palavras, na audiência, em resposta às questões do Tribunal de Justiça, que essas ferramentas serão, de facto, muitas vezes indispensáveis para esse efeito[75].

65. *Por outro lado*, recordo que os prestadores de serviços de partilha devem, para cumprir as obrigações de diligência que lhes são impostas, em conformidade com a redação do artigo 17.º, n.º 4, alínea b), da Diretiva 2019/790, tomar medidas que respondam aos «mais elevados padrões de diligência profissional do setor». Como precisa o considerando 66, segundo parágrafo, desta diretiva, há que ter em conta, a este respeito, as «boas práticas da indústria» e a «tecnologia de ponta».

66. Ora, como já expliquei no n.º 58 das presentes conclusões, as ferramentas de reconhecimento por «impressão digital» já são utilizadas por diferentes prestadores de serviços de partilha, em relação a diversos tipos de conteúdos[76]. Os outros prestadores que aceitam esses conteúdos nos seus serviços parecem, portanto, *a priori*, para cumprir as obrigações de diligência resultantes das disposições impugnadas, ter de se conformar com «as boas práticas da indústria» e a «tecnologia de ponta» aplicando essas ferramentas para filtrar essas categorias de conteúdos.

67. É certo que, como sublinharam os recorridos e os intervenientes, em conformidade com o artigo 17.º, n.º 5, da Diretiva 2019/790, as medidas que se espera dos prestadores de serviços de partilha devem, em cada caso, ser conformes com o princípio da proporcionalidade. A este respeito, devem ser tidos em consideração, nomeadamente, em primeiro lugar, «[o] tipo, o público-alvo e a dimensão do serviço e o tipo de obras ou material protegido carregado pelos utilizadores do serviço» e, em segundo, «[a] disponibilidade de meios adequados e eficazes, bem como o respetivo custo para os prestadores de serviços»[77]. Neste âmbito, não se pode excluir que, em certos casos particulares, seja contrário a esse princípio exigir a certos prestadores que utilizem uma ferramenta de reconhecimento de conteúdo. Parece também que, no estado atual da tecnologia, essas ferramentas não são nem adequadas nem eficazes no que respeita a certos tipos específicos de obras e de material protegido[78].

[73] Isto não significa que os prestadores de serviços de partilha não possam de forma alguma mandar verificar certos conteúdos pelos seus colaboradores. No entanto, esses prestadores devem utilizar ferramentas automáticas para, pelo menos, reduzir o volume dos conteúdos a submeter a essa verificação (v. n.º 211 das presentes conclusões).

[74] Aparentemente, alguns operadores começaram a desenvolver e a utilizar ferramentas que permitem identificar conteúdos graças à inteligência artificial. V., nomeadamente, Mochon, J.-P., *op. cit.*, p. 35. De qualquer modo, isso continua a ser, por natureza, uma técnica de reconhecimento automático de conteúdo.

[75] Especialmente, o Governo francês admitiu que, «no estado atual da tecnologia, a utilização de mecanismos de filtragem automática aparece como o dispositivo mais capaz de identificar rapidamente a colocação em linha não autorizada de um conteúdo protegido, tendo em conta o volume de conteúdos colocados em linha continuamente nas plataformas abrangidas pelo artigo 17.º». O Conselho reconheceu igualmente que os «grandes» prestadores de serviços de partilha podem «sentir-se obrigados» a utilizar tais ferramentas.

[76] As ferramentas de reconhecimento por «impressão digital» podem ser utilizadas nos conteúdos áudio, foto e vídeo. V. Mochon, J.-P., *op. cit*. Esclareço que o artigo 17.º da Diretiva 2019/790 se aplica, na falta de qualquer limitação a este respeito nos termos deste artigo ou na definição do «prestador de serviços de partilha de conteúdos em linha» que consta do artigo 2.º, ponto 6, desta diretiva, *a todos os tipos de material protegido* (visual, musical, cinematográfico, textual, mas também as linhas de códigos, os jogos de vídeo, etc.).

[77] V. também considerando 66, segundo parágrafo, da Diretiva 2019/790 («[…] Poderão ser adequados e proporcionados diferentes meios […] dependendo do tipo de conteúdo […]»).

[78] V., nomeadamente, Mochon, J.-P., *op. cit.*, p. 12. Parece ser o caso, nomeadamente, de partes filmadas em jogos de vídeo. Na falta de ferramentas informáticas que permitam filtrar automática e eficazmente certos tipos de obras e de material protegido, não se pode excluir que o alcance das obrigações de diligência impostas aos prestadores de serviços de partilha seja, a este respeito, sensivelmente reduzido, em aplicação do princípio da proporcionalidade. V., neste sentido, considerando 66, segundo parágrafo, da Diretiva 2019/790 segundo a qual «[…] não se exclui que, em alguns casos, a disponibilidade do conteúdo não autorizado só possa ser evitada mediante notificação dos titulares de direitos».

68. No entanto, postos estes casos particulares à parte, é claro para mim que, em todas as situações em que diferentes ferramentas adequadas e eficazes estão disponíveis no mercado e não são injustificadamente caras, os prestadores de serviços de partilha têm *a priori* de as instalar para demonstrar que envidaram «todos os esforços» para prevenir a colocação em linha de conteúdos ilícitos e assim, cumprir as disposições impugnadas[79]. No caso em apreço, podem, em conformidade com o princípio da proporcionalidade, optar, de entre as ferramentas disponíveis, pelas que estejam mais bem adequadas às suas situações e aos recursos de que dispõem[80] — ou até os que estejam em melhores condições económicas, desenvolver essa ferramenta internamente.

69. *Em resumo*, para demonstrar que, em conformidade com as disposições impugnadas, envidaram «todos os esforços, de acordo com os mais elevados padrões de diligência profissional do setor» para «assegurar a indisponibilidade» de determinadas obras e outro material protegido identificados pelos titulares de direitos e «impedir o seu futuro carregamento» nos seus serviços, os prestadores de serviços de partilha devem, em muitos casos, instalar ferramentas de reconhecimento automático de conteúdo, a fim de *filtrar* os conteúdos que os utilizadores colocam em linha e, se for caso disso, *bloquear* alguns deles antes do seu carregamento[81].

### *2. Quanto à existência de uma limitação no exercício do direito à liberdade de expressão e de informação*

70. Tendo sido clarificado o alcance das disposições impugnadas, trata-se agora de iniciar o exame destas disposições à luz do direito à liberdade de expressão e de informação.

71. O direito garantido no artigo 11.º da Carta, que «compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber e de transmitir informações ou ideias, sem que possa haver ingerência de quaisquer poderes públicos e sem consideração de fronteiras» corresponde ao previsto no artigo 10.º da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, assinada em Roma, em 4 de novembro de 1950 (a seguir «CEDH»)[82]. Nos termos do artigo 52.º, n.º 3, da Carta, estes dois direitos têm, portanto, o mesmo sentido ou, em todo o caso, o mesmo âmbito. Daqui resulta que o artigo 11.º da Carta deve ser interpretado à luz do artigo 10.º da CEDH e da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (a seguir «TEDH») correspondente.

72. Este direito fundamental é inegavelmente relevante no caso em apreço. Com efeito, como a República da Polónia e a Comissão evocaram nas respetivas observações, os serviços de partilha referidos no artigo 17.º da Diretiva 2019/790 têm especial importância para a liberdade de receber ou transmitir informações ou ideias.

[79] V. Grisse, K., *op. cit.*, p. 895, Frosio, G., e Mendis, S., *op. cit.*, p. 562.

[80] V., por analogia, Acórdão de 27 de março de 2014, UPC Telekabel Wien (C-314/12, EU:C:2014:192, n.os 51 a 53).

[81] Por outro lado, as ferramentas de reconhecimento de conteúdo vão, em muitos casos, permitir aos prestadores de serviços de partilha o cumprimento das obrigações de transparência que lhes são impostas no artigo 17.º, n.º 8, segundo parágrafo, da Diretiva 2019/790. Com efeito, em conformidade com esta disposição, esses prestadores devem dar aos titulares de direitos informações sobre a utilização dos conteúdos abrangidos pelos eventuais acordos de concessão de licenças celebrados com estes últimos. Ora, estas ferramentas permitem justamente recolher dados estatísticos, frequentemente muito precisos, sobre as audiências dos conteúdos presentes nesses serviços (v. análise de impacto, parte 3/3, p. 165, e n.º 58 das presentes conclusões).

[82] V., nomeadamente, Acórdão de 29 de julho de 2019, Funke Medien NRW (C-469/17, EU:C:2019:623, n.º 73 e jurisprudência referida). V., também, artigo 19.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, adotada em 10 de dezembro de 1948 pela Assembleia Geral das Nações Unidas [Resolução 217 A (III)], e artigo 19.º do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, adotado em 16 de dezembro de 1966 pela Assembleia Geral das Nações unidas.

73. Como alega a recorrente, a colocação em linha de conteúdos nos referidos serviços — quer se trate de vídeos, de fotografias, de textos, etc. — enquadra-se no exercício do direito à liberdade de expressão e de informação [83]. Essa colocação em linha também pode respeitar a outras liberdades conexas. Especialmente quando os conteúdos em questão constituem a expressão artística dos utilizadores que os carregam, a sua colocação em linha enquadra-se no exercício da liberdade das artes, garantida no artigo 13.º da Carta e no artigo 10.º da CEDH [84].

74. Esclareço que é o que acontece independentemente da questão de saber se esses conteúdos violam ou não direitos de autor. O argumento contrário invocado pelo Parlamento procede, em minha opinião, de uma aproximação jurídica. Com efeito, o facto de uma informação ser protegida pelo direito de autor não tem o efeito de a excluir à partida do âmbito da liberdade de expressão [85]. Embora se *justifique*, regra geral, restringir a difusão dessa informação, isso só é relevante na fase da análise das condições de admissibilidade de semelhante restrição a essa liberdade [86].

75. Ora, segundo a recorrente, as medidas de filtragem que os prestadores de serviços de partilha são obrigados a instalar para cumprir o artigo 17.º, n.º 4, alíneas b) e c), *in fine*, da Diretiva 2019/790 constituem, por natureza, «medidas preventivas» de controlo das informações dos utilizadores. Estas medidas implicam «restrições prévias», na aceção da jurisprudência do TEDH relativa ao artigo 10.º da CEDH. As disposições impugnadas implicam, portanto, a instalação, nos serviços de partilha, de uma «censura geral automatizada de natureza preventiva» feita pelos seus prestadores. As referidas disposições caracterizam, assim, uma «ingerência», particularmente grave, do legislador da União na liberdade de expressão e de informação dos referidos utilizadores.

76. Em contrapartida, os recorridos e os intervenientes contestam que as disposições impugnadas impliquem tal «censura» ou qualquer «ingerência» nessa liberdade. Especialmente, segundo o Conselho, estas disposições — ou o artigo 17.º da Diretiva 2019/790 de uma maneira geral — não têm por objeto restringir *ex ante* as informações que podem ser difundidas nesses serviços. Os utilizadores continuam a ser livres de carregar aí os conteúdos que quiserem. Simplesmente, em todas as situações em que os conteúdos colocados em linha sejam protegidos pelo direito de autor, esses mesmos prestadores devem obter uma autorização dos titulares de direitos em causa e, na sua falta, são responsáveis *ex post*.

77. À semelhança da recorrente, considero que as disposições impugnadas implicam efetivamente uma «ingerência» na liberdade de expressão dos utilizadores dos serviços de partilha. Devo, no entanto, fazer desde já uma precisão de ordem terminológica. O termo «censura» é, na verdade, polissémico. Assim sendo, resulta claramente das observações da recorrente que esta visa com isso a ideia de um controlo prévio das informações antes da sua divulgação. Neste contexto, os desenvolvimentos do Parlamento, do Conselho e do Governo

[83] V., por analogia, TEDH, 19 de fevereiro de 2013, Neij e Sunde Kolmisoppi c. Suécia, CE:ECHR:2013:0219DEC004039712 (a seguir «TEDH, Neij e o. c. Suécia»), pp. 9 e 10; TEDH, 10 de abril de 2013, Ashby Donald e o. c. França, CE:ECHR:2013:0110JUD003676908 (a seguir «TEDH, Ashby Donald e o. c. França»), § 34, e Conclusões do advogado-geral N. Jääskinen no processo L'Oréal e o. (C-324/09, EU:C:2010:757, n.os 49 e 157).

[84] Com efeito, embora a CEDH não reconheça essa liberdade enquanto direito autónomo, a «liberdade de expressão artística» está abrangida pelo artigo 10.º desta Convenção. V., nomeadamente, TEDH, 24 de maio de 1988, Müller e o. c. Suíça, CE:ECHR:1988:0524JUD001073784, § 27, e TEDH, 8 de julho de 1999, Karataş c. Turquia, CE:ECHR:1999:0708JUD002316894, § 49.

[85] Tanto quanto sei, as únicas opiniões, informações ou ideias que são imediatamente subtraídas à proteção do artigo 10.º da CEDH são os discursos de ódio, pelo facto de serem incompatíveis com os valores proclamados e garantidos por esta Convenção (v., nomeadamente, TEDH, Gunduz c. Turquia, CE:ECHR:2003:1204JUD003507197, § 41).

[86] V., nomeadamente, TEDH, Neij e o. c. Suécia, pp. 10 e 12, e TEDH, Ashby Donald e o. c. França, §§ 35 e 44. V., também, Smith, G., «Copyright and freedom of expression in the online world», *Journal of Intellectual Property Law & practice*, 2010, vol. 5, n.º 2, pp. 88 a 95, e Michaux, B., «Chapitre 13. Diffusion du savoir. Droit d'auter et Internet», *L'Europe des droits de l'homme à l'heure d'Internet*, Van Enis, Q. (Dir.), Bruylant, 2019, pp. 491 a 526. V., ainda, n.º 117 das presentes conclusões.

espanhol, segundo os quais o termo «censura» não é relevante no caso em apreço, uma vez que o artigo 17.º da Diretiva 2019/790 não implica nenhum controlo «político ou moral» das informações colocadas em linha nos serviços de partilha são, a meu ver, irrelevantes. Para evitar qualquer confusão suplementar, limitar-me-ei a utilizar, na presente secção, os termos «medidas preventivas» e «restrições prévias».

78. Feita esta precisão, o artigo 17.º da Diretiva 2019/790 não prevê simplesmente, como sustenta o Conselho, que os prestadores de serviços de partilha devem obter uma autorização para os conteúdos protegidos colocados em linha pelos utilizadores dos seus serviços e que, na sua falta, são por eles diretamente responsáveis. Como expliquei na secção anterior, as disposições impugnadas preveem também que os referidos prestadores estão isentos desta responsabilidade quando envidam «os melhores esforços» para *prevenir* a colocação em linha, por esses utilizadores, de conteúdos que reproduzem as obras e outro material protegido identificados pelos titulares de direitos. Estes mesmos prestadores são assim levados a proceder à filtragem e ao bloqueio preventivos dos conteúdos em questão.

79. Ora, como alega a recorrente, a filtragem é, por natureza, uma «medida preventiva» de controlo das informações difundidas nesses serviços e as medidas de bloqueio que podem resultar desse controlo constituem «restrições prévias», na aceção da jurisprudência do TEDH relativa ao artigo 10.º da CEDH[87]: não para *reprimir*, mas para *prevenir* eventuais violações dos direitos de autor, uma vez que as informações que os utilizadores decidem colocar em linha são controladas, e as consideradas suscetíveis de causar essa violação são restringidas *previamente à sua difusão*[88].

80. Nestas situações, contrariamente ao que alega o Conselho, os utilizadores não são, portanto, «livres» de colocar em linha os conteúdos que quiserem nos serviços de partilha. As medidas de filtragem e de bloqueio aplicadas pelos seus prestadores vão restringir os conteúdos que podem carregar. Daqui resulta uma «ingerência» no exercício da liberdade de comunicação dos referidos utilizadores. A filtragem e o bloqueio de conteúdos antes da sua difusão implicam, além disso, uma «ingerência» na liberdade do público de receber informações[89].

81. O Parlamento e o Conselho contestam que os prestadores de serviços de partilha possam, enquanto operadores privados, escolher livremente as informações que pretendem ver difundidas nos seus serviços e, assim, decidir filtrar e bloquear conteúdos. Mesmo admitindo que isso constitui uma «ingerência» na liberdade de expressão dos utilizadores, esta não é, em todo o caso, imputável ao legislador da União.

[87] V. TEDH, 18 de dezembro de 2012, Ahmet Yildirim c. Turquia, CE:ECHR:2012:1218JUD000311110 (a seguir «TEDH, Ahmet Yildirim c. Turquia»), § 55; TEDH, 23 de junho de 2020, Vladimir Kharitonov c. Rússia, CE:ECHR:2020:0623JUD001079514, § 36, e TEDH, 30 de abril de 2019, Kablis c. Rússia, CE:ECHR:2019:0430JUD004831016 (a seguir «TEDH, Kablis c. Rússia»), § 90.

[88] V., por analogia, Acórdãos Scarlet Extended (n.os 29, 36, 37 e 40) e SABAM (n.os 26, 35, 37 e 38). Isso pode ser contrastado com as medidas «repressivas» que existiam até ao presente, como a remoção, na sequência de uma notificação ou ordenada por um juiz, de *uma informação que já foi colocada em linha*, cuja ilegalidade é manifesta e/ou foi apreciada por esse juiz.

[89] V., por analogia, TEDH, Ahmet Yildirim c. Turquia, § 55, e TEDH, 23 de junho de 2020, Vladimir Kharitonov c. Rússia, CE:ECHR:2020:0623JUD001079514, § 36 (relativo a medidas de bloqueio de sítios Internet), e Conclusões do advogado-geral P. Cruz Villalón no processo Scarlet Extended (C-70/10, EU:C:2011:255, n.º 85). O facto de, como explicarei em detalhe em seguida, os conteúdos bloqueados poderem, eventualmente, ser recolocados em linha se os utilizadores em causa demonstrarem, no âmbito do dispositivo de reclamações previsto no artigo 17.º, n.º 9, da Diretiva 2019/790, que não violam os direitos de autor não é, na minha opinião, suscetível de pôr em causa esta constatação de «ingerência». O mesmo se diga da questão de saber se essa filtragem é ou não estritamente orientada para os conteúdos ilícitos. Em contrapartida, essas circunstâncias serão analisadas no âmbito da apreciação do caráter proporcionado dessa ingerência.

82. Na minha opinião, este argumento mistura duas situações. É verdade que os prestadores de serviços de partilha podem, no âmbito da liberdade de empresa e da liberdade contratual que lhes são garantidas no artigo 16.º da Carta, definir, nas condições de utilização dos seus serviços ou ainda das «normas da comunidade», uma política em matéria de conteúdos e exercer, por sua própria iniciativa, uma forma de «autorregulação» procedendo à filtragem e ao bloqueio de conteúdos que, em seu entender, violam essas regras. Nesta situação, não há «ingerência de autoridades públicas», na aceção do artigo 10.º da CEDH e do artigo 11.º da Carta na liberdade de expressão dos utilizadores [90].

83. Todavia, no caso em apreço, não está em causa, na minha opinião, a «autorregulação» dos prestadores de serviços de partilha. Independentemente da questão de saber se a proibição de colocação em linha de conteúdos contrafeitos figura nas suas condições gerais de utilização ou nas suas «normas comunitárias», a filtragem e o bloqueio de conteúdos são efetuados para cumprir as disposições impugnadas [91].

84. Por conseguinte, na minha opinião, a «ingerência» na liberdade de expressão dos utilizadores é efetivamente imputável ao legislador da União. Com efeito, é ele o instigador. De resto, o Parlamento e o Conselho reconhecem eles próprios que as disposições impugnadas visam, em substância, atribuir aos prestadores de serviços de partilha o ónus de controlar as violações do direito de autor cometidas nesses serviços. De certa forma, o legislador delegou nesses prestadores a tarefa de controlar a boa aplicação dos direitos de autor em ambiente digital. Ora, o legislador não pode, ao mesmo tempo, proceder a essa delegação e imputar toda a responsabilidade aos referidos prestadores pela ingerência nos direitos fundamentais dos utilizadores que daí resulta [92].

85. A minha convicção a este respeito não é afetada pelo argumento do Conselho de que as disposições impugnadas não «obrigam» os prestadores de serviços de partilha a proceder à filtragem e ao bloqueio dos conteúdos colocados em linha pelos utilizadores dos seus serviços, uma vez que o artigo 17.º, n.º 4, da Diretiva 2019/790 não impõe, *stricto sensu*, nenhuma «obrigação» a esses prestadores, limitando-se a prever um mecanismo de isenção de responsabilidade que têm a «possibilidade» de utilizar quando não obtiverem autorização dos titulares de direitos.

[90] Nesta hipótese, a questão que se coloca ao abrigo desta liberdade é a de saber em que medida, tendo em conta a importância adquirida por esses serviços — que se tornaram infraestruturas essenciais para o exercício da liberdade de comunicação em linha (v. n.º 103 das presentes conclusões) —, os seus prestadores devem respeitar os direitos fundamentais dos utilizadores e em que medida as autoridades públicas estão obrigadas, a título das «obrigações positivas» que decorrem desses artigos, a adotar «medidas positivas de proteção» que garantam o gozo efetivo da referida liberdade nas relações entre os utilizadores e os prestadores de serviços de partilha. Não é necessário decidir estas questões no caso em apreço. V., relativamente às «obrigações positivas» que decorrem do artigo 10.º da CEDH, nomeadamente, TEDH, 6 de maio de 2003, Appleby c. Reino Unido, CE:ECHR:2003:0506JUD004430698, § 39, e TEDH, 16 de dezembro de 2008, Khurshid Mustafa c. Suécia, CE:ECHR:2008:1216JUD002388306, § 31.

[91] V., por analogia, TEDH, 28 de junho de 2001, VGT Verein gegen Tierfabriken c. Suíça, CE:ECHR:2001:0628JUD002469994, §§ 44 a 47. Neste processo, o TEDH declarou que a recusa, por um canal de televisão privado, de difundir um *spot* televisivo elaborado por uma associação de proteção dos animais constituía uma «ingerência» na liberdade de expressão dessa associação *imputável ao Estado demandado*, uma vez que essa recusa visava respeitar a lei nacional em matéria de rádio e de televisão que proíbe a propaganda política. Assim, contrariamente à República da Polónia, não considero que a teoria das «obrigações positivas» seja pertinente no caso em apreço. De qualquer modo, este ponto não é determinante no raciocínio. A este respeito, o TEDH declarou em várias ocasiões que «[a] fronteira entre as obrigações positivas e as obrigações negativas do Estado nos termos da [CEDH] não se presta […] a uma definição precisa» e que os princípios aplicáveis num ou noutro caso são, em substância, os mesmos (v., nomeadamente, TEDH, 13 de julho de 2012, Mouvement Raëlien Suisse c. Suíça, CE:ECHR:2011:0113JUD001635406, § 50 e jurisprudência referida).

[92] V., por analogia, TEDH, 25 de março de 1993, Costello-Roberts c. Reino Unido, CE:ECHR:1993:0325JUD001313487, § 27: «O Estado não pode eximir-se à sua responsabilidade delegando as suas obrigações em organismos privados ou particulares».

86. Com efeito, na minha opinião, para apreciar a compatibilidade do artigo 17.º da Diretiva 2019/790 com o artigo 11.º da Carta, há que ter em conta não só os seus termos mas também os seus efeitos concretos. Ora, tendo em conta o facto de, *por um lado*, os prestadores de serviços de partilha não conseguirem obter autorização dos titulares de direitos para um certo número de obras e de outro material protegido[93], ao passo que, *por outro*, os utilizadores podem, eventualmente, ainda assim, colocar em linha quantidades de conteúdos que reproduzem os objetos em questão, o recurso ao mecanismo de isenção previsto no artigo 17.º, n.º 4, da Diretiva 2019/790 será, para esses prestadores, não uma «possibilidade», mas uma necessidade, sob pena de suportarem um risco desmedido de responsabilidade. Assim, em muitos casos, as condições de isenção previstas nas disposições impugnadas constituem na prática, verdadeiras *obrigações* para os referidos prestadores. De resto, observo que o próprio n.º 5 do referido artigo 17.º se refere às «*obrigações* que […] incumbem [aos prestadores de serviços de partilha] por força do n.º 4» (o sublinhado é meu).

87. Na minha opinião, esse mecanismo de responsabilidade/isenção é uma técnica tão eficaz como uma obrigação direta para obrigar os operadores económicos em causa a procederem à filtragem preventiva dos conteúdos dos seus utilizadores. Como indiquei no n.º 62 das presentes conclusões, o legislador da União mudou simplesmente de método a este respeito. Todavia, estes diferentes métodos *implicam os mesmos efeitos* e devem, por essa razão, ser considerados da mesma maneira à luz dos direitos fundamentais[94].

### *3. Quanto à compatibilidade desta limitação com a Carta*

88. Resulta da secção anterior que, como alega a República da Polónia, as disposições impugnadas implicam uma limitação no exercício do direito à liberdade de expressão, conforme garantido no artigo 11.º da Carta.

89. Assim sendo, a liberdade de expressão não é uma prerrogativa absoluta. Em conformidade com o artigo 52.º, n.º 1, da Carta, são admissíveis restrições ao exercício dessa liberdade desde que estas, em primeiro lugar, sejam «prevista[s] por lei», em segundo lugar, respeitem o «conteúdo essencial» dessa liberdade e, em terceiro lugar, respeitem o princípio da proporcionalidade.

90. De forma semelhante, em conformidade com o artigo 10.º, n.º 2, da CEDH e da jurisprudência do TEDH a ele relativa, é admissível uma ingerência na liberdade de expressão desde que, primeiro, seja «prevista pela lei», depois, prossiga um ou vários objetivos legítimos definidos no referido n.º 2 e, por fim, seja «necessária numa sociedade democrática»[95]. Se estas condições diferirem parcialmente, nas suas formulações, das previstas no artigo 52.º, n.º 1, da Carta, deve, novamente, considerar-se que têm o mesmo sentido ou, pelo menos, o mesmo alcance[96].

[93] V. nota 45 das presentes conclusões.

[94] Acrescento, para terminar, que o próprio facto de obrigar, indiretamente, os prestadores de serviços de partilha a efetuar essa monitorização dos seus serviços constitui, em si mesmo, uma «ingerência» do legislador da União na liberdade de expressão *desses prestadores*. Com efeito, uma vez que dão a todos meios que permitem receber ou transmitir informações, a sua atividade é abrangida pelo artigo 11.º da Carta e pelo artigo 10.º da CEDH. V., por analogia, TEDH, Neij e o. c. Suécia, pp. 9 e 10; TEDH, 2 de fevereiro de 2016, Magyar Tartalomzolgáltatók Egyesület and index.hu Zrt c. Hungria, CE:ECHR:2016:0202JUD002294713, § 45, e TEDH, 4 de junho de 2020, Jezior c. Polónia, CE:ECHR:2020:0604JUD003195511, § 41.

[95] V., nomeadamente, TEDH, 14 de março de 2002, Gaweda c. Polónia, CE:ECHR:2002:0314JUD002622995, § 37; TEDH, Ahmet Yildirim c. Turquia, § 56; e TEDH, 23 de junho de 2020, Vladimir Kharitonov c. Rússia, CE:ECHR:2020:0623JUD001079514, § 36.

[96] V. n.º 71 das presentes conclusões. De resto, nos termos do artigo 53.º da Carta, o nível de proteção oferecido por este dispositivo não pode nunca ser inferior ao que é garantido pela CEDH. Para este efeito, o Tribunal de Justiça deve adotar uma interpretação das condições previstas no artigo 52.º, n.º 1, da Carta que seja pelo menos tão restrita quanto a que o TEDH dá às condições que constam do artigo 10.º, n.º 2, da CEDH.

91. Por conseguinte, analisarei, nas secções que se seguem, o cumprimento dos três requisitos previstos no artigo 52.º, n.º 1, da Carta, interpretando-os à luz da jurisprudência pertinente do TEDH. Neste contexto, exporei as razões pelas quais a limitação em causa é «prevista pela lei» [alínea a)], por que razão respeita o «conteúdo essencial» do direito à liberdade de expressão [alínea b)] e por que razão, desde que o artigo 17.º da Diretiva 2019/790 seja interpretado de forma justa, respeita o princípio da proporcionalidade [alínea c)].

### *a) A restrição em causa é «prevista pela lei»*

92. Em conformidade com jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, a condição de que qualquer restrição no exercício dos direitos fundamentais deve ser «prevista pela lei», na aceção do artigo 52.º, n.º 1, da Carta, interpretada à luz da jurisprudência do TEDH relativa à condição equivalente prevista no artigo 10.º, n.º 2, da CEDH, implica não só que essa restrição deve ter uma base legal («existência da lei»), mas também que essa base legal deve revestir certas qualidades de acessibilidade e de previsibilidade («qualidade da lei»)[97].

93. No caso em apreço, *por um lado*, a restrição em causa tem manifestamente base legal, uma vez que resulta de disposições adotadas pelo legislador da União.

94. No que respeita, *por outro lado*, à «qualidade» desta base legal, recordo que, em conformidade com a jurisprudência do Tribunal de Justiça[98] e a do TEDH[99], a base legal que implica uma restrição ao exercício de um direito fundamental deve ser suficientemente acessível e previsível nos seus efeitos, isto é, ser enunciada com suficiente clareza e precisão para permitir aos interessados, recorrendo, se necessário, a aconselhamento especializado, regular a sua conduta.

95. Ora, considero que as disposições impugnadas apresentam um grau de clareza e de precisão suficiente para cumprir este padrão. É certo que a definição de «prestador de serviços de partilha de conteúdos em linha» prevista no artigo 2.º, n.º 6, da Diretiva 2019/790 e as disposições impugnadas contêm diversos conceitos abertos — «quantidade significativa de obras ou outro material protegido por direitos de autor»; «todos os esforços»; «elevados padrões de diligência profissional do setor», etc. — que geram um grau de incerteza quanto aos operadores económicos visados e às obrigações que lhes são impostas em cada situação. Todavia, segundo as explicações dadas pelo Parlamento e pelo Conselho, o recurso a estes conceitos visa garantir que essas disposições se possam adaptar a diferentes tipos de operadores e de situações, bem como à evolução da prática e das tecnologias, para resistirem à prova do tempo. Ora, em conformidade com a jurisprudência do TEDH, o legislador da União pode, sem violar o requisito de «previsibilidade», optar por dar aos textos que adota uma certa flexibilidade em vez de uma segurança jurídica absoluta[100]. Além disso, as clarificações feitas nestas conclusões, e as que o

[97] V., nomeadamente, Acórdão de 17 de dezembro de 2015, WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832, n.º 81); Parecer 1/15 (Acordo PNR UE-Canadá), de 26 de julho de 2017 (EU:C:2017:592, n.º 146), e as minhas Conclusões no processo Facebook Ireland e Schrems (C-311/18, EU:C:2019:1145, n.º 263).

[98] V., nomeadamente, Acórdão de 17 de dezembro de 2015, WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832, n.º 81).

[99] V., nomeadamente, TEDH, 26 de abril de 1979, Sunday Times c. Reino Unido, CE:ECHR:1979:0426JUD000653874, § 49; TEDH, 14 de março de 2002, Gaweda c. Polónia, CE:ECHR:2002:0314JUD002622995, § 39; e TEDH, 23 de junho de 2020, Vladimir Kharitonov c. Rússia, CE:ECHR:2020:0623JUD001079514, § 37.

[100] Neste sentido, o TEDH declarou em várias ocasiões que «[a] certeza, ainda que desejável, é acompanhada, por vezes, de uma rigidez excessiva; ora, o direito deve poder adaptar-se às alterações de situação. Também muitas leis utilizam, pela força das coisas, fórmulas mais ou menos vagas cuja interpretação e aplicação dependem da prática». V., nomeadamente, TEDH, 16 de junho de 2015, Delfi AS c. Estónia, CE:ECHR:2015:0616JUD006456909 (a seguir «TEDH, Delfi AS c. Estónia»), § 121 e jurisprudência referida.

Tribunal de Justiça fará no acórdão a proferir e em futuras decisões, contribuirão para precisar estes conceitos e eliminar as dúvidas subjacentes — o que, mais uma vez, cumpre o requisito de «previsibilidade» [101].

96. Feita esta precisão, observo que o Tribunal de Justiça [102] e o TEDH [103] também associam ao requisito de «previsibilidade» a questão de saber se a base legal da ingerência apresenta garantias suficientes contra o risco de ofensas arbitrárias ou abusivas aos direitos fundamentais (em conformidade com o princípio do «primado do direito»). Este aspeto é contestado pela recorrente no caso em apreço.

97. No entanto, a questão de saber se as disposições impugnadas apresentam garantias suficientes para proteger a liberdade de expressão dos utilizadores dos serviços de partilha contra as medidas de filtragem e de bloqueio excessivas ou arbitrárias também está relacionada com o *caráter proporcionado* da limitação resultante dessas disposições [104]. Por conseguinte, para evitar as repetições, reservo esta questão para o exame da condição relativa ao respeito do princípio da proporcionalidade [105].

### *b) A restrição em causa respeita o «conteúdo essencial» do direito à liberdade de expressão*

98. Importa recordar que a condição, enunciada no artigo 52.º, n.º 1, da Carta, de que qualquer restrição ao exercício dos direitos e liberdades reconhecidos por este instrumento deve «respeitar o conteúdo essencial desses direitos e liberdades» implica que, quando uma medida viola esse «conteúdo essencial», não pode ser justificada. Essa medida é, então, considerada contrária à Carta e, tratando-se de um ato da União, deve ser anulada ou declarada inválida, sem que seja necessário examinar a condição relativa ao respeito do princípio da proporcionalidade [106].

99. Com efeito, o legislador da União pode limitar o exercício de certos direitos fundamentais no interesse comum, para proteger outros direitos e interesses. Pode fazê-lo, em particular, para proteger outro direito fundamental. Neste âmbito, dispõe de uma certa margem de apreciação para ponderar e encontrar um «justo equilíbrio» entre os diferentes direitos e interesses em presença [107]. No entanto, esta margem de apreciação tem um limite absoluto. O «conteúdo essencial» de um direito fundamental constitui um «núcleo intocável», que deve permanecer livre de qualquer interferência. Por conseguinte, nenhum objetivo, por mais legítimo que seja, justifica determinadas violações — excecionalmente graves — dos direitos fundamentais. Por outras palavras, o fim não justifica todos os meios.

100. No caso em apreço, segundo a República da Polónia, as disposições impugnadas violam o «conteúdo essencial» do direito à liberdade de expressão. Com efeito, uma vez que a monitorização preventiva deve ser efetuada, nos termos dessas disposições, pelos prestadores de

[101] O simples facto de, no caso em apreço, as partes e os intervenientes terem dado interpretações diferentes do artigo 17.º da Diretiva 2019/790 (v. n.os 168 e 170 das presentes conclusões) não significa que o requisito de «previsibilidade» não esteja cumprido (v., nomeadamente, TEDH, 17 de fevereiro de 2004, Gorzelik e o. c. Polónia, CE:ECHR:2004:0217JUD004415898, § 65). Caberá ao Tribunal de Justiça clarificar a interpretação correta desta disposição.

[102] V., nomeadamente, Acórdão de 17 de dezembro de 2015, WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832, n.º 81).

[103] V., nomeadamente, TEDH, Ahmet Yildirim c. Turquia, §§ 59 e 64, e TEDH, 23 de junho de 2020, Vladimir Kharitonov c. Rússia, CE:ECHR:2020:0623JUD001079514, § 37.

[104] V., por analogia, Acórdãos de 6 de outubro de 2020, La Quadrature du Net e o. (C-511/18, C-512/18 e C-520/18, EU:C:2020:791, n.º 132).

[105] V. n.os 128 e segs. das presentes conclusões.

[106] V. as minhas Conclusões no processo Facebook Ireland e Schrems (C-311/18, EU:C:2019:1145, n.º 272).

[107] V. n.os 117 e 129 das presentes conclusões.

serviços de partilha em relação aos conteúdos colocados em linha pelos seus utilizadores, põe em causa esse direito enquanto tal, pelo facto de implicar a ingerência nesses conteúdos, e o seu eventual bloqueio, antes mesmo da sua difusão.

101. À semelhança dos recorridos e dos intervenientes, não partilho desta opinião.

102. É certo que as medidas preventivas de controlo da informação são geralmente consideradas ingerências particularmente graves na liberdade de expressão [108], devido aos excessos que podem acarretar. Essas medidas preventivas são, em princípio, reprovadas numa sociedade democrática, com o fundamento de que, ao restringir determinadas informações antes mesmo da sua difusão, impedem qualquer debate público sobre o conteúdo, privando assim a liberdade de expressão da sua própria função de vetor do pluralismo [109]. Por estas razões, como sublinha a recorrente, muitos Estados-Membros proíbem o controlo prévio generalizado da informação nas suas respetivas constituições.

103. Estas considerações são plenamente pertinentes no que respeita à Internet. Como a recorrente alega, esta rede reveste uma especial importância para a liberdade de receber ou transmitir informações ou ideias [110]. O mesmo acontece, mais especificamente, quanto às grandes plataformas e redes sociais que, ao permitirem a qualquer pessoa que publique em linha os conteúdos que queira, e ao público aceder-lhes, constituem ferramentas «sem precedente» para o exercício dessa liberdade [111]. Desta forma essas plataformas participam numa forma de «democratização» da produção de informação e, ainda que geridas por operadores privados, são, de facto, infraestruturas essenciais para a expressão em linha [112]. No estado atual dos meios de comunicação, o direito à liberdade de expressão implica, portanto, muito particularmente, a liberdade de aceder a essas plataformas e de aí se exprimir, em princípio, sem ingerência de autoridades públicas [113].

104. Ora, se as referidas autoridades impusessem, direta ou indiretamente [114], aos prestadores intermediários que controlam essas infraestruturas de expressão a obrigação de monitorizar preventivamente, de maneira geral, os conteúdos dos utilizadores dos seus serviços à procura de qualquer tipo de informações ilícitas, ou até simplesmente indesejáveis, essa liberdade de comunicação seria posta em causa enquanto tal. O «conteúdo essencial» do direito à liberdade de expressão, conforme previsto no artigo 11.º da Carta, seria então, na minha opinião, afetado.

[108] V. nomeadamente, TEDH, 26 de novembro de 1991, Observer e Guardian c. Reino Unido, CE:ECHR:1991:1126JUD001358588, § 60; TEDH, 14 de março de 2002, Gaweda c. Polónia, CE:ECHR:2002:0314JUD002622995, § 35, e TEDH, Ahmet Yildirim c. Turquia, § 64 e referências citadas).

[109] Recordo que, por este motivo, a liberdade de expressão é um fundamento essencial de qualquer sociedade democrática. V., nomeadamente, Acórdão de 23 de abril de 2020, Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI (C-507/18, EU:C:2020:289, n.º 48 e jurisprudência referida); TEDH, 7 de dezembro de 1976, Handyside CE:ECHR:1976:1207JUD000549372, § 49, e TEDH, 26 de novembro de 1991, Observer e Guardian c. Reino Unido, CE:ECHR:1991:1126JUD001358588, § 59.

[110] V., por um lado, Acórdão de 8 de setembro de 2016, GS Media (C-160/15, EU:C:2016:644, n.º 45). V., por outro lado, TEDH, 10 de março de 2009, Times Newspapers Ltd c. Reino Unido, CE:ECHR:2009:0310JUD000300203, § 27; TEDH, Ahmet Yildirim c. Turquia, §§ 48 e 54, e TEDH, 1 de dezembro de 2015, Cengiz e o. c. Turquia, CE:ECHR:2015:1201JUD004822610, §§ 49 e 52.

[111] V., nomeadamente, TEDH, 1 de dezembro de 2015, Cengiz e o. c. Turquia, CE:ECHR:2015:1201JUD004822610, §§ 51 e 52, e TEDH, Kablis c. Rússia, § 81.

[112] V., nomeadamente, Recomendação CM/rec(2018)2 do Comité de Ministros aos Estados-Membros sobre as funções e as responsabilidades dos intermediários da Internet, adotada pelo Comité de Ministros em 7 de março de 2018, na 1309.ª reunião dos delegados dos Ministros, e Balkin, J. M., «Old-School/New-School Speech Regulation», *Harvard Law Review*, vol. 127, n.º 8, 2014, pp. 2296 a 2342, em especial p. 2304.

[113] V. Conseil constitutionnel (Tribunal Constitucional, França), Decisão n.º 2020-801 DC, de 18 de junho de 2020, «Loi visant à lutter contre les contenus haineux sur internet», § 4.

[114] Ou seja, através de um mecanismo de isenção de responsabilidade, como no caso em apreço (v. n.º 62 das presentes conclusões).

105. Neste contexto, o artigo 15.º da Diretiva 2000/31 tem, na minha opinião, uma importância fundamental. Ao prever que não pode ser imposta aos prestadores intermediários uma «obrigação geral de vigilância sobre as informações que estes transmitam ou armazenem», esta disposição impede que a informação em linha seja submetida a uma vigilância preventiva generalizada, delegada nesses intermediários. Garante, nessa medida, que a Internet continua a ser um espaço livre e aberto [115].

106. Por esta razão, inclino-me a considerar a proibição prevista no artigo 15.º como um *princípio geral* do direito que regula a Internet, na medida em que concretiza, em ambiente digital, a liberdade fundamental de comunicação [116]. Aliás, observo que o Tribunal de Justiça já aproximou, na sua jurisprudência, o respeito dessa liberdade e dessa proibição [117]. Uma não pode ser posta em prática sem a outra. Daqui resulta, na minha opinião, que a referida proibição ultrapassa o âmbito do referido artigo 15.º e se impõe não só aos Estados-Membros mas também ao legislador da União.

107. No entanto, contrariamente ao que alega a recorrente, o direito fundamental à liberdade de expressão, tal como concretizado pela proibição de uma «obrigação geral de vigilância», não se opõe a todos os tipos de obrigação de vigilância.

108. Com efeito, como recorda a Comissão, o Tribunal de Justiça admitiu, na sua jurisprudência relativa às decisões que podem ser proferidas contra intermediários em linha [118], que é possível ordenar a esse intermediário que «previna» determinadas infrações, exercendo uma forma de vigilância direcionada do seu serviço [119]. Assim, distinguiu as obrigações de vigilância «gerais» das aplicáveis em casos «específicos» [120]. De forma semelhante, o TEDH não considera as medidas preventivas de controlo da informação, incluindo as obrigações de bloqueio, incompatíveis por si só com o artigo 10.º da CEDH, na medida em que se inscrevam num âmbito específico [121]. Este órgão jurisdicional admitiu mesmo, no seu Acórdão Delfi AS. c. Estónia, que se podia esperar de alguns intermediários que vigiassem ativamente os seus serviços à procura de determinados tipos de informações ilícitas [122].

109. A recorrente responde que, precisamente, a obrigação de vigilância imposta aos prestadores de serviços de partilha nos termos das disposições impugnadas é «geral». Com efeito, para «garantir a indisponibilidade» das obras e outro material protegido identificados pelos titulares de direitos e «impedir que sejam carregados no futuro» nos seus serviços, esses prestadores devem, na prática, filtrar a totalidade dos conteúdos carregados por todos os utilizadores.

115 V. Conclusões do advogado-geral M. Poiares Maduro nos processos apensos Google France e Google (C-236/08 a C-238/08, EU:C:2009:569, n.os 142 e 143). V., igualmente, recomendação CM/Rec (2007) 16 do Comité de Ministros aos Estados-Membros sobre medidas destinadas a promover o valor de serviço público da Internet, adotada pelo Comité de Ministros em 7 de novembro de 2007, na 1010.ª reunião dos delegados dos Ministros, anexo, parte III, alínea a), bem como recomendação CM/Rec(2018)2 sobre as funções e as responsabilidades dos intermediários da Internet, anexo, ponto 1.3.5.

116 V., no mesmo sentido, Smith, G., «Time to speak up for Article 15», *Blog Cyberleagle*, 21 de maio de 2017 (acessível no endereço https://www.cyberleagle.com/2017/05/time-to-speak-up-for-article-15.html).

117 V. Acórdãos Scarlet Extended (n.os 40 e 52) e SABAM (n.os 38 e 50).

118 O Tribunal de Justiça decidiu em várias ocasiões que as regras nacionais que definem as modalidades das referidas medidas inibitórias, bem como a sua aplicação pelos órgãos jurisdicionais nacionais, devem respeitar a proibição das «obrigações gerais de vigilância» prevista no artigo 15.º da Diretiva 2000/31. V., nomeadamente, Acórdãos Scarlet Extended (n.os 32 a 35) e SABAM (n.os 30 a 33).

119 V. considerando 45 e artigo 14.º, n.º 3, da Diretiva 2000/31.

120 V. considerando 47 da Diretiva 2000/31 («[o]s Estados-Membros […] estão impedidos de impor uma obrigação de vigilância […] dos prestadores de serviços […]. Esse impedimento não diz respeito a obrigações de vigilância em casos específicos […]»).

121 V. TEDH, Ahmet Yildirim c. Turquia, § 64; TEDH, 1 de dezembro de 2015, Cengiz e o. c. Turquia, CE:ECHR:2015:1201JUD004822610, § 62, e TEDH, Kablis c. Rússia, § 97.

122 V. n.º 138 das presentes conclusões.

110. No entanto, à semelhança dos recorridos e dos intervenientes, considero que estas disposições impõem, na realidade, uma obrigação «específica» de vigilância [123]. No entanto, devo reconhecer que a jurisprudência do Tribunal de Justiça [124] evoluiu recentemente quanto ao critério que distingue o «geral» do «específico».

111. *Inicialmente*, o Tribunal de Justiça parecia associar-se à quantidade de informações a monitorizar. No Acórdão L'Oréal e o. [125], o Tribunal de Justiça declarou que o operador de um sítio de comércio eletrónico não podia ser obrigado a proceder à «vigilância ativa da totalidade dos dados relativos a cada cliente a fim de prevenir qualquer violação futura dos direitos de propriedade intelectual». No Acórdão Scarlet Extended, considerou que um fornecedor de acesso à Internet não podia ser obrigado, através de uma injunção, a instalar um sistema de filtragem aplicável a «todas as comunicações eletrónicas que transitam pelos seus serviços» e, portanto, «indistintamente a toda a sua clientela», a fim «de identificar na rede desse fornecedor a circulação de ficheiros eletrónicos que contenham uma obra musical, cinematográfica ou audiovisual sobre a qual o requerente alega ser titular de direitos de propriedade intelectual, com o objetivo de bloquear a transferência de ficheiros cujo intercâmbio viole direitos de autor» [126]. No Acórdão SABAM [127], o Tribunal de Justiça seguiu o mesmo raciocínio relativamente à obrigação de o operador de uma plataforma de rede social instalar um sistema de filtragem semelhante. Por último, no Acórdão Mc Fadden [128], considerou que não pode ser imposta ao operador de uma rede local sem fio a obrigação de vigiar «todas as informações transmitidas» através dessa rede, mesmo que se tratasse de bloquear as cópias de uma única obra musical identificada pelo titular dos direitos [129].

112. *Atualmente*, o Tribunal de Justiça parece associar-se ao esclarecimento da matéria investigada. A este respeito, no Acórdão Glawischnig-Piesczek [130], que respeitava desta vez ao domínio da difamação, o Tribunal de Justiça considerou que a obrigação do operador de uma rede social de vigiar todas as informações colocadas em linha nessa rede [131] devia ser considerada «específica» pelo facto de se tratar de procurar e bloquear uma informação difamante

[123] V., no mesmo sentido, Grisse, K., *op. cit.*, p. 897; Spindler, G., «The liability system of Art. 17 DSMD and national implementation — Contravening prohibition of general monitoring duties?», JIPITEC, vol. 10, 2020, pp. 350 e 353 a 359, e Cabay, J., «Lecture prospective de l'article 17 de la directive sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique: Vers une obligation de filtrage limitée par la CJUE, garante du "juste équilibre"», *Propriété intellectuelle à l'ère du big data et de la blockchain*, Schulthess, De Werra, J., e Benhamou, Y. (ed), Genève, 2021, pp. 225 a 237.

[124] Esclareço que, contrariamente ao que o Parlamento dá a entender, esta jurisprudência é relevante no caso em apreço, mesmo que diga respeito a injunções proferidas por órgãos jurisdicionais nacionais, e não a um ato adotado pelo legislador da União. Com efeito, o conceito de «obrigação geral de monitorização» deve ser interpretado da mesma maneira, independentemente da origem dessa obrigação [v., neste sentido, as minhas Conclusões nos processos apensos YouTube e Cyando (nota 104)].

[125] Acórdão de 12 de julho de 2011 (C-324/09, EU:C:2011:474, n.º 139).

[126] Acórdão Scarlet Extended n.os 29 e 38 a 40). Segundo a minha leitura, o Tribunal de Justiça atribuiu um peso decisivo ao facto de que «essa vigilância preventiva exigiria uma observação ativa *da totalidade das comunicações eletrónicas efetuadas na rede* do [fornecedor de acesso à Internet] em causa e, portanto, englobaria *toda e qualquer informação a transmitir e todos os clientes que utilizam essa rede*» (n.º 39) (o sublinhado é meu).

[127] V. n.os 35 a 38 desse acórdão.

[128] Acórdão de 15 de setembro de 2016 (C-484/14, EU:C:2016:689, n.os 25 e 88).

[129] Podemo-nos seriamente interrogar sobre a questão de saber se as disposições impugnadas implicam uma «obrigação geral de vigilância», tal como este conceito é interpretado nesses acórdãos. Em particular, as diferenças entre as obrigações que resultam dessas disposições e o sistema de filtragem em causa no processo que deu origem ao Acórdão Scarlet Extended estão longe de ser evidentes. Nesse processo, os titulares de direitos pediam que fosse ordenado ao intermediário para «identifi[car] […] os ficheiros que contêm obras sobre as quais [esses titulares] alegam ter direitos» (n.º 38 desse acórdão), isto, concretamente, através da ferramenta «Audible Magic» (v. Conclusões do advogado-geral P. Cruz Villalón no processo Scarlet Extended, C-70/10, EU:C:2011:255, n.os 21 e 24). Ora, trata-se de uma ferramenta de reconhecimento por «impressão digital», que funciona com base em ficheiros de referência fornecidos pelos referidos titulares e que, de resto, é mencionada na avaliação de impacto (parte 3/3, p. 55).

[130] Esclareço que este acórdão foi proferido após a interposição do presente recurso.

[131] V. Conclusões do advogado-geral M. Szpunar no processo Glawischnig-Piesczek (C-18/18, EU:C:2019:458, n.os 25, 26 e 59).

«precisa»[132], não estando o prestador obrigado a proceder a uma «apreciação autónoma» da legalidade das informações filtradas e que, pelo contrário, podia «recorrer a técnicas e a meios de pesquisa automatizados»[133].

113. Esta evolução da jurisprudência do Tribunal de Justiça[134] é, na minha opinião, justificada. Embora precise os seus limites em seguida[135], refiro aqui que considerar que uma obrigação de vigilância é «geral» uma vez que obriga, de facto, um prestador intermediário a efetuar uma filtragem, com o auxílio de ferramentas informáticas, de todas as informações colocadas em linha pelos utilizadores do seu serviço, ainda que se trate de procurar infrações específicas, equivaleria, de forma lamentável, a ignorar os desenvolvimentos tecnológicos que tornam possível essa filtragem e a privar o legislador da União de um meio útil para lutar contra certos tipos de conteúdos ilegais.

114. No caso em apreço, para atingir os objetivos visados nas disposições impugnadas, os prestadores de serviços de partilha devem, na verdade, monitorizar todos os conteúdos que os seus utilizadores colocam em linha. Todavia, trata-se de procurar, entre esses conteúdos, as «obras ou outro material protegido específicos» relativamente aos quais os titulares de direitos lhes tenham comunicado previamente as «informações pertinentes e necessárias» [artigo 17.º, n.º 4, alínea b), da Diretiva 2019/790] ou um «aviso suficientemente fundamentado» [alínea c) do referido n.º 4]. Explicarei mais precisamente que conteúdos devem ser bloqueados no seguimento das presentes conclusões[136]. No entanto, nesta fase da análise, estes elementos são suficientes, na minha opinião, para demonstrar que estas disposições preveem com efeito, indiretamente, uma obrigação de monitorização «específica» e para excluir uma violação do «conteúdo essencial» do direito à liberdade de expressão[137].

115. Para terminar, esclareço que, embora o legislador da União não possa delegar nos intermediários em linha o ónus de fazer uma monitorização preventiva generalizada das informações partilhadas ou transmitidas graças aos seus serviços, pode, na minha opinião, sem violar o «conteúdo essencial» da liberdade de expressão, optar por impor determinadas medidas de monitorização ativa, sobre determinadas informações ilícitas específicas, a determinados intermediários em linha. Observo, aliás, que o artigo 17.º da Diretiva 2019/790 se inscreve, a este respeito, na linha de uma série de comunicações e recomendações da Comissão[138] e de novas

[132] Acórdão Glawischnig-Piesczek (n.º 35).

[133] Acórdão Glawischnig-Piesczek (n.º 46).

[134] Esclareço que, embora o Acórdão Glawischnig-Piesczek diga respeito à Lei Relativa à Difamação, os ensinamentos que daí resultam ultrapassam este domínio. Com efeito, o conceito de «obrigação geral de vigilância» aplica-se de forma horizontal, independentemente do tipo de infrações que devam ser procuradas pelo intermediário. V. Conclusões do advogado-geral M. Szpunar no processo Glawischnig-Piesczek (C-18/18, EU:C:2019:458, n.º 43).

[135] V. n.ºs 194 a 199 das presentes conclusões.

[136] V. n.ºs 200 a 203 das presentes conclusões.

[137] Observo, aliás, que o legislador da União reafirmou a proibição das «obrigaç[ões] gera[is] de monitorização» no artigo 17.º, n.º 8, da Diretiva 2019/790 (v. n.ºs 194 a 203 das presentes conclusões).

[138] V., nomeadamente, Comunicações da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões de 6 de maio de 2015, «Estratégia para o Mercado Único Digital na Europa» [COM(2015)192 final], pp. 4, 8 e 12 a 14; de 25 de maio de 2016, «As plataformas em linha e o mercado único digital: Oportunidades e desafios para a Europa» [COM(2016) 288 final], pp. 8 a 11; de 28 de setembro de 2017, «Combater os conteúdos ilegais em linha, Rumo a uma responsabilidade reforçada das plataformas em linha», [COM(2017) 555 final]. V. também Recomendação (UE) 2018/334 da Comissão, de 1 de março de 2018, sobre medidas destinadas a combater eficazmente os conteúdos ilegais em linha (JO 2018, L 63, p. 50), considerandos 1 a 5, 24 e 36, e n.ºs 18, 36 e 37.

regulamentações[139] que se destinam, neste sentido, a pôr determinados intermediários — em particular, as grandes «plataformas» — a contribuir para a luta contra certos tipos de conteúdos ilícitos. No entanto, em cada caso, deverá ser assegurado o respeito do princípio da proporcionalidade. Esta forma de delegação da fiscalização da legalidade em linha[140] a determinados intermediários é acompanhada, nomeadamente, de riscos para a liberdade de expressão dos utilizadores dos seus serviços e não pode, portanto, ser feita sem garantias suficientes para estes últimos[141].

### *c) A restrição em causa respeita o princípio da proporcionalidade*

116. Falta agora examinar a condição relativa ao respeito do princípio da proporcionalidade, que se subdivide, de acordo com os termos do artigo 52.º, n.º 1, da Carta, em duas subcondições: as restrições em causa devem ser, primeiro, «necessárias» e, depois, «corresponderem efetivamente a objetivos de interesse geral reconhecidos pela União, ou à necessidade de proteção dos direitos e liberdades de terceiros».

117. O respeito da *segunda subcondição* não é objeto de debate entre as partes. Tendo em conta o objetivo geral prosseguido pelo artigo 17.º da Diretiva 2019/790[142], a restrição em causa responde à «necessidade de proteção dos direitos e liberdades de terceiros», a saber, os direitos de autor e os direitos conexos dos titulares. Recordo que a propriedade intelectual está protegida enquanto direito fundamental, nomeadamente[143], no artigo 17.º, n.º 2, da Carta e no artigo 1.º do Protocolo n.º 1 à CEDH[144]. As disposições impugnadas constituem, assim, «medidas positivas de proteção» adotadas pelo legislador da União para assegurar aos referidos titulares o exercício real e eficaz dos seus direitos de propriedade intelectual nas suas relações com os prestadores de serviços de partilha[145].

118. Em contrapartida, as partes estão em desacordo quanto à questão de saber se a limitação em causa respeita a *primeira subcondição*. A este respeito, esclareço que o exame do caráter «necessário», na aceção do artigo 52.º, n.º 1, da Carta, de uma restrição ao exercício de um direito

139 V., nomeadamente, Regulamento (UE) 2021/784 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de abril de 2021, relativo ao combate à difusão de conteúdos terroristas em linha (JO 2021, L 172, p. 79), em especial artigo 5.º, e Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de dezembro de 2020, relativo a um mercado único de serviços digitais (Regulamento Serviços Digitais) e que altera a Diretiva 2000/31/CE [COM (2020) 825 final], em especial artigo 27.º Observo que o princípio segundo o qual os intermediários em linha não podem ser sujeitos a uma obrigação geral de vigilância é reafirmado no artigo 7.º desta última proposta.

140 V. n.º 84 das presentes conclusões.

141 V. n.ºs 140 a 153 das presentes conclusões. V., igualmente, no mesmo sentido, Recomendação 2018/334 (considerandos 24, 27, 36, e n.ºs 19 a 21).

142 V. n.º 28 das presentes conclusões.

143 V., igualmente, artigo 27.º, n.º 2, da Declaração Universal dos Direitos do Homem, bem como artigo 15.º do Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais.

144 V., nomeadamente, TEDH, 11 de janeiro de 2007, Anheuser-Busch Inc. c. Portugal, CE:ECHR:2007:0111JUD007304901, § 72; TEDH, Ashby Donald e o. c. França, § 40, e TEDH, Neij e o. c. Suécia, p. 11.

145 V., por analogia, Acórdãos de 29 de janeiro de 2008, Promusicae (C-275/06, EU:C:2008:54, n.º 53); de 15 de setembro de 2016, Mc Fadden (C-484/14, EU:C:2016:689, n.º 81), e TEDH, Ashby Donald e o. c. França, § 36, e TEDH, 19 de fevereiro de 2013, Neij e o. c. Suécia, pp. 10 e 11. Como alegaram o Parlamento e o Conselho, a limitação em causa corresponde simultaneamente a um objetivo de interesse geral não só «reconhecido», mas também «prosseguido» pela União, a saber, a promoção da diversidade cultural (v. considerando 2 da Diretiva 2019/790). Com efeito, a proteção do direito de autor visa, nomeadamente, apoiar a criação, a produção e a difusão das informações, do conhecimento e da cultura (v., nomeadamente, considerandos 9 a 11 e 14 da Diretiva 2001/29). Ora, a União fixou como objetivo, em conformidade com o artigo 3.º, n.º 3, TUE, «[velar] pela salvaguarda e pelo desenvolvimento do património cultural europeu».

fundamental garantido por esta engloba, na realidade, a fiscalização de três requisitos cumulativos: com efeito, há que verificar se essa restrição é (1) «adequada» (2) «necessária» e (3) proporcionada *stricto sensu*[146]. Examinarei separadamente estes três requisitos nas secções que se seguem.

*1) A restrição em causa é «adequada»*

119. O requisito relativo ao caráter «adequado» da restrição em causa não parece ser contestado pela República da Polónia. Em todo o caso, à semelhança do Parlamento e do Conselho, considero-o cumprido.

120. Com efeito, no âmbito da análise do caráter adequado de uma dada medida, o Tribunal de Justiça deve verificar não se essa medida constitui o *melhor meio* para alcançar o objetivo prosseguido, mas se é *adequada para contribuir* para a realização desse objetivo[147].

121. Ora, no caso em apreço, as obrigações de monitorização que impendem sobre os prestadores de serviços de partilha nos termos das disposições impugnadas são adequadas para contribuir para o objetivo prosseguido pelo legislador da União. Ao transferir para esses prestadores o ónus de monitorizar os seus serviços e de lutar ativamente contra os conteúdos contrafeitos que aí se podem encontrar, essas disposições, *por um lado*, incentivam fortemente os referidos prestadores a celebrar acordos de concessão de licenças com os titulares de direitos[148] e, *por outro*, permitem aos referidos titulares controlar mais facilmente a utilização das suas obras e material protegido nesses serviços[149].

*2) A restrição em causa é «necessária»*

122. Em contrapartida, a República da Polónia alega que a restrição ao exercício do direito à liberdade de expressão que resulta das alíneas b) e c), *in fine*, do n.º 4 do artigo 17.º da Diretiva 2019/790 vai além do que é «necessário» para a realização do objetivo prosseguido pelo legislador da União. Na sua opinião, as obrigações previstas na alínea a) e na alínea c), *in principio*, desse número eram suficientes a este respeito. *Por um lado*, a obrigação que incumbe aos prestadores de serviços de partilha, em conformidade com a referida alínea a), de desenvolver «todos os esforços» para obter uma autorização dos titulares de direitos reforça a posição negocial destes últimos. *Por outro lado*, a obrigação que recai sobre esses mesmos prestadores, nos termos da referida alínea c), *in principio*, de agir com diligência, após receção de um aviso suficientemente fundamentado, no sentido de bloquear o acesso às obras ou outro material protegido objeto de notificação nos seus sítios Internet, ou de os retirar desses sítios garante uma proteção eficaz dos direitos desses titulares.

123. Não partilho deste entendimento.

[146] V., nomeadamente, Acórdãos de 22 de janeiro de 2013, Sky Österreich (C-283/11, EU:C:2013:28, n.º 50); de 15 de fevereiro de 2016, N. (C-601/15 PPU, EU:C:2016:84, n.º 54); e de 17 de dezembro de 2020, Centraal Israelëlitisch Consistorie van België e o. (C-336/19, EU:C:2020:1031, n.º 64).

[147] V., nomeadamente, Acórdão de 17 de dezembro de 2020, Centraal Israëlitisch Consistorie van België e o. (C-336/19, EU:C:2020:1031, n.º 66 e jurisprudência referida).

[148] Pois que, recordo, as disposições impugnadas são apenas aplicáveis em relação às obras e material protegido identificados pelos titulares de direitos para os quais os prestadores de serviços de partilha não obtiveram autorização destes últimos.

[149] V. n.º 53 das presentes conclusões. O facto de qualquer filtragem poder ser contornada por utilizadores mal-intencionados (v., no entanto, quanto à robustez das ferramentas de filtragem por «impressão», nota 65 das presentes conclusões) e de ser necessariamente acompanhada de uma certa taxa de erro pode eventualmente reduzir a aptidão destas obrigações para atingir o objetivo prosseguido, mas não as torna inaptas por essa razão [v. Acórdão de 27 de março de 2014, UPC Telekabel Wien (C-314/12, EU:C:2014:192, n.º 63)].

124. A este respeito, recordo que o teste de «necessidade» equivale a verificar se existem medidas alternativas *tão eficazes* como a medida escolhida para atingir o objetivo prosseguido, que sejam *menos restritivas*[150].

125. Ora, como sustentam, em substância, o Parlamento e o Conselho, um regime de responsabilidade que impõe apenas as obrigações previstas na alínea a) e na alínea c), *in principio*, do n.º 4 do artigo 17.º da Diretiva 2019/790 não é claramente *tão eficaz* para atingir o objetivo prosseguido pelo legislador da União como um regime que prevê, além disso, as obrigações decorrentes da alínea b) e da alínea c), *in fine*, desse número — ainda que as primeiras obrigações sejam efetivamente *menos restritivas* para o direito à liberdade de expressão que as segundas[151].

126. Com efeito, *por um lado*, se, como alega a recorrente, a obrigação de os prestadores de serviços de partilha envidarem «todos os esforços» para obter uma autorização dos titulares de direitos já reforça, por si só, a posição desses titulares na negociação de acordos de concessão de licenças com esses prestadores, o artigo 17.º da Diretiva 2019/790 não visa apenas assegurar que os referidos titulares recebem uma remuneração equitativa pela utilização das suas obras e outro material protegido nesses serviços. Trata-se, mais amplamente, de garantir que esses mesmos titulares possam controlar efetivamente tal utilização e, em especial, se o desejarem, *impedir* que esses objetos estejam disponíveis nesses serviços.

127. A este respeito é inegável, *por outro lado*, que, como salientam os recorridos, um sistema de notificação e retirada, como o que resulta do artigo 14.º da Diretiva 2000/31 e é retomado, em substância, no artigo 17.º, n.º 4, alínea c), *in principio*, da Diretiva 2019/790, não permite aos titulares em causa oporem-se à utilização ilícita das suas obras nos serviços de partilha *tão eficazmente* quanto um sistema, como o que resulta das disposições impugnadas, que impõe, além disso, aos prestadores desses serviços obrigações de monitorização.

*3) A restrição em causa é «proporcionada»* stricto sensu

128. Segundo jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, uma restrição ao exercício de um direito fundamental garantido pela Carta é considerada «proporcionada», no sentido estrito do termo, se os inconvenientes causados pela medida em causa não forem desproporcionados relativamente aos fins pretendidos[152].

129. No caso em apreço, as disposições impugnadas opõem-se, por um lado, ao direito à liberdade de expressão garantido no artigo 11.º da Carta e, por outro, ao direito de propriedade intelectual, protegido no artigo 17.º, n.º 2, deste instrumento. Como recordam o Parlamento, o Conselho e o Governo espanhol, não há «prevalência automática» do primeiro direito sobre o segundo[153]. A apreciação da proporcionalidade dessas disposições deve, portanto, ser efetuada, retomando a redação do Tribunal de Justiça, «respeitando a necessária conciliação das exigências ligadas à

[150] V., nomeadamente, Acórdãos de 22 de janeiro de 2013, Sky Österreich (C-283/11, EU:C:2013:28, n.os 54 e 55); de 17 de outubro de 2013, Schwarz (C-291/12, EU:C:2013:670, n.os 46, 52 e 53), e de 4 de maio de 2016, Philip Morris Brands e o. (C-547/14, EU:C:2016:325, n.º 160).

[151] V. nota 172 das presentes conclusões.

[152] V., nomeadamente, Acórdão de 17 de dezembro de 2020, Centraal Israëlitisch Consistorie van België e o. (C-336/19, EU:C:2020:1031, n.º 64 e jurisprudência referida).

[153] V., por analogia, Acórdão de 9 de novembro de 2010, Volker und Markus Schecke e Eifert (C-92/09 e C-93/09, EU:C:2010:662, n.º 85).

proteção dos diferentes direitos [fundamentais]» e de um «justo equilíbrio» entre eles [154]. Por outro lado, em matéria de direitos de autor, o Tribunal de Justiça tem insistido especialmente na necessidade de manter esse «justo equilíbrio», o ambiente digital [155].

130. Ora, a República da Polónia alega que o legislador da União não manteve, precisamente, esse equilíbrio no artigo 17.º da Diretiva 2019/790. Na sua opinião, o prejuízo causado à liberdade de expressão pelas disposições impugnadas é excessivo relativamente às vantagens que podem proporcionar em termos de proteção dos direitos de propriedade intelectual.

131. Pela minha parte, considero, à semelhança do Parlamento, do Conselho e da Comissão, que o legislador da União podia optar por retomar o equilíbrio inerente ao regime de responsabilidade aplicável aos prestadores de serviços de partilha [subsecção i)]. O novo regime de responsabilidade adotado implica, contudo, riscos importantes para a liberdade de expressão [subsecção ii)], que necessitam de prever garantias suficientes para minimizar esses riscos [subsecção iii)], o que, na minha opinião, o legislador da União fez [subsecção iv)].

*i) O legislador da União podia legitimamente substituir por um novo equilíbrio o que tinha inicialmente implementado*

132. A isenção de responsabilidade prevista, para os prestadores intermediários, no artigo 14.º da Diretiva 2000/31 reflete um equilíbrio entre, nomeadamente, a liberdade de expressão e os direitos de propriedade intelectual, desejado pelo legislador da União aquando da adoção desta diretiva. Na altura, este pretendia favorecer o desenvolvimento desses prestadores, a fim de estimular mais genericamente o crescimento do comércio eletrónico e dos «serviços da sociedade da informação» no mercado interno. Importava, portanto, não impor aos referidos prestadores uma responsabilidade que pudesse pôr em risco a sua atividade. Os interesses dos titulares de direitos deviam ser salvaguardados e ponderados com a liberdade de expressão dos internautas no âmbito do sistema de «notificação e retirada», bem como no âmbito das injunções que podem ser proferidas relativamente a esses mesmos prestadores [156].

133. Como alega o Conselho, as circunstâncias mudaram indubitavelmente desde então. O aparecimento dos serviços da «Web 2.0» implicou vantagens e riscos económicos e sociais novos, que afetaram os diferentes interesses em jogo. Neste contexto, o legislador da União tinha a possibilidade de reexaminar as opções que tinha feito cerca de vinte anos antes, analisar essa alteração das circunstâncias e avaliar essas vantagens e esses riscos [157].

134. A este propósito, como sublinharam o Parlamento, o Conselho e o Governo francês, o legislador da União […] dispõe de um amplo poder de apreciação nos domínios em que a sua ação implica opções de natureza tanto política como económica ou social, e em que é chamado a efetuar apreciações e avaliações complexas [158]. Adaptar os direitos de autor ao ambiente digital e

[154] V., nomeadamente, Acórdão de 17 de dezembro de 2020, Centraal Israëlitisch Consistorie van België e o. (C-336/19, EU:C:2020:1031, n.º 65 e jurisprudência referida).

[155] V., nomeadamente, Acórdão de 9 de março de 2021, VG Bild-Kunst (C-392/19, EU:C:2021:181, n.º 54 e jurisprudência referida).

[156] V. considerandos 1 a 7, 40, 41, 45 a 49 da Diretiva 2000/31, bem como as minhas Conclusões nos processos apensos YouTube e Cyando (n.º 245).

[157] V. as minhas Conclusões nos processos apensos YouTube e Cyando (n.º 246).

[158] V., nomeadamente, Acórdão de 17 de dezembro de 2015, Neptune Distribution (C-157/14, EU:C:2015:823, n.º 76 e jurisprudência referida).

fixar, na matéria, um regime de responsabilidade para os serviços de partilha em linha que assegure um justo equilíbrio entre todos os direitos e interesses em jogo é, indubitavelmente, uma tarefa «complexa» [159].

135. De forma semelhante, o TEDH reconhece uma ampla margem de apreciação às autoridades públicas quando têm de gerir um equilíbrio entre diferentes direitos protegidos pela CEDH [160]. Esta margem de apreciação era tanto mais importante, no caso em apreço, quanto se tratava, para o legislador da União, de regular, em princípio, não discursos políticos, mas a utilização de obras e outro material protegido [161].

136. Num contexto amplamente debatido [162], o legislador da União fez uma opção política a favor das indústrias criativas. Considerou que o anterior equilíbrio entre os direitos e interesses em jogo já não era satisfatório e que, para continuar a assegurar aos titulares de direitos um elevado nível de proteção [163], havia que adotar um novo regime de responsabilidade para determinados prestadores de serviços da «Web 2.0», impondo-lhes determinadas obrigações de monitorização dos conteúdos colocados em linha pelos utilizadores dos seus serviços. Tendo em conta a ampla margem de apreciação de que o legislador dispunha, considero que essa opção não era, em princípio, desproporcionada.

137. Mais especificamente, a proporcionalidade das disposições contestadas reside, na minha opinião, na combinação dos elementos avançados pelos recorridos e pelos intervenientes, a saber, em primeiro lugar, a importância do prejuízo económico causado aos titulares de direitos pela colocação ilegal das suas obras em serviços de partilha em linha, tendo em conta a gigantesca quantidade de conteúdos carregados nesses serviços e a rapidez da troca de informações na Internet [164], em segundo lugar, o facto de, por essas mesmas razões, o sistema de «notificação e retirada» só dificilmente permitir a esses titulares o controlo da utilização das suas obras nos referidos serviços, em terceiro, as dificuldades que enfrentam para processar os utilizadores responsáveis e, em quarto lugar, o facto de as obrigações de monitorização dizerem respeito a prestadores de serviços intermediários específicos. Quanto a este último ponto, observo que os prestadores de serviços de partilha, através da promoção dos conteúdos que efetuam [165], exercem uma certa influência nas informações a que o público acede. Estes aspetos tendem, em certa

159 V. recomendação CM/Rec(2018)2 sobre as funções e as responsabilidades dos intermediários da Internet, preâmbulo, n.º 9.

160 V., nomeadamente, TEDH, Ashby Donald e o. c. França, § 40 e jurisprudência referida. V., também, TEDH, Neij e o. c. Suécia, p. 11, e TEDH, 11 de março de 2014, Akdeniz c. Turquia, CE:ECHR:2014:0311DEC002087710, § 28. V., no mesmo sentido, Acórdão de 3 de fevereiro de 2021, Fussl Modestraße Mayr (C-555/19, EU:C:2021:89, n.os 91 a 93).

161 V., por analogia, TEDH, Neij e o. c. Suécia, p. 11.

162 Uma parte da doutrina sustenta que não há provas empíricas da existência do «Value Gap». V., nomeadamente, Frosio, G., «From horizontal to vertical: an intermediary liability earthquake in Europe», *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2016, vol. 12, n.º 7, pp. 565 a 575, em especial pp. 567 a 569. V., para parecer contrário, Bensamoun, A., «Le *value gap* ou le partage de la valeur dans la proposition de directive sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique», *Entertainment*, Bruylant, n.º 2018-4, pp. 278 a 287.

163 Esclareço que cabe, bem entendido, ao legislador da União decidir o nível a que pretende assegurar a proteção dos direitos de autor e dos direitos conexos na União.

164 V. análise de impacto, parte 1/3, pp. 137 a 144, 175. V., no mesmo sentido, Acórdãos de 13 de maio de 2014, Google Spain e Google (C-131/12, EU:C:2014:317, n.º 80), e Glawischnig-Piesczek (n.os 36 e 37).

165 V. n.º 14 das presentes conclusões.

medida[166], a aproximar esses prestadores dos intermediários tradicionais como os editores, pelo que pode ser proporcionado adotar, no que lhes diz respeito, um regime de responsabilidade específico, diferente do aplicável aos outros serviços de fornecedores de armazenagem[167].

138. Acresce que, como alegam os Governos espanhol e francês, o TEDH, no seu Acórdão Delfi AS c. Estónia, declarou que não era desproporcionado, no âmbito de uma ponderação entre a liberdade de expressão, na aceção do artigo 10.º da CEDH, e o direito à honra, garantido no artigo 8.º desta Convenção, manter um grande portal de atualidades em linha responsável por não ter impedido a publicação de certos tipos de comentários ilícitos deixados por utilizadores no seu sítio Internet na sequência de um artigo ou, pelo menos, por não os ter retirado num curto prazo por sua própria iniciativa.

139. Ora, nesse seu acórdão, o TEDH considerou, em primeiro lugar, a dimensão do dano causado por esses comentários, tendo em conta a velocidade de circulação das informações em linha[168] e, em segundo, o facto de, embora o sistema de «notificação e retirada» possa constituir em muitos casos uma ferramenta adequada para a ponderação dos direitos e interesses de todos os interessados, não ser suficiente para pôr termo ao grave dano que resulta desses comentários[169]. O TEDH também salientou, em terceiro lugar, que teria sido difícil para a vítima intentar ações contra os autores dos comentários e em quarto, que o operador do portal de atualidades exercia uma certa influência sobre os comentários postados pelos utilizadores, de modo que se podia justificar a adoção de uma abordagem específica em matéria de responsabilidade em relação a esse intermediário[170]. Era, portanto, possível uma certa analogia com o presente processo[171].

*ii) Riscos inerentes a um regime de responsabilidade como o que resulta das disposições impugnadas*

140. Como alega, em substância, o Parlamento, na medida em que a filtragem que os prestadores de serviços de partilha devem efetuar, nos termos das disposições impugnadas, impedirá a difusão, nesses serviços, de conteúdos que violam direitos de autor ou direitos conexos, a limitação ao exercício do direito à liberdade de expressão que resulta dessas disposições é, no que respeita a esses conteúdos, justificada.

141. No entanto, a relação que o legislador da União estabeleceu, nas referidas disposições, entre a responsabilidade dos prestadores dos serviços de partilha e a eficácia dessa filtragem acarreta um risco importante para a liberdade de expressão, a saber, o de um «sobrebloqueio» de conteúdos lícitos.

166 No entanto, o facto de esses prestadores não fazerem seleção prévia das informações colocadas em linha nos seus serviços (v. n.º 32 das presentes conclusões) constitui, na minha opinião, uma diferença decisiva, que impede que sejam tratados da mesma forma que os editores.

167 V., neste sentido, Recomendação CM/Rec(2018)2 sobre as funções e as responsabilidades dos intermediários da Internet, preâmbulo, pontos 4 e 5 e anexo, ponto 1.3.9. Na minha opinião, tal regime de responsabilidade não seria proporcionado para os fornecedores de armazenagem «tradicionais» O mesmo é válido, *a fortiori*, para outros tipos de intermediários, como os prestadores de serviços de «simples transporte» (v. artigo 12.º da Diretiva 2000/31).

168 V. TEDH, Delfi AS c. Estónia, § 133.

169 V. TEDH, Delfi AS c. Estónia, §§ 151, 155, 158 e 159.

170 V. TEDH, Delfi AS c. Estónia, §§ 113, 115, 117, 128 e 145.

171 Esclareço que, nesse processo, se tratava, em relação ao operador do portal de atualidades, de monitorizar esse portal à procura de informações «claramente ilícitas». Como esclarecerei nos n.os 194 a 218 das presentes conclusões, é também o que acontece no caso em apreço.

142. Esse risco de «sobrebloqueio» existe, em geral, quando as autoridades públicas consideram os prestadores intermediários responsáveis pelas informações ilícitas fornecidas pelos utilizadores dos seus serviços. Para evitar qualquer risco de responsabilidade, esses intermediários podem ter tendência para ser excessivamente zelosos e para bloquearem exageradamente essas informações *à mínima dúvida quanto à sua licitude*[172].

143. No caso em apreço, o problema advém, mais especificamente, de os prestadores de serviços de partilha, para evitar qualquer risco de responsabilidade em relação aos titulares de direitos, impedirem sistematicamente a disponibilização, nos seus serviços, de todos os conteúdos que reproduzam as obras e outro material protegido, relativamente aos quais tenham recebido «informações pertinentes e necessárias» ou um «aviso suficientemente fundamentado» destes últimos, incluindo os que não violam os seus direitos[173].

144. Com efeito, além do facto de alguns dos utilizadores que pretendam colocar em linha os conteúdos em causa poderem dispor de uma licença relativa às obras e materiais em questão, os titulares de direitos não têm um monopólio absoluto sobre a utilização do seu material protegido. O artigo 5.º, n.º 3, da Diretiva 2001/29 contém, a este respeito, uma lista de exceções e limitações ao direito exclusivo de «comunicação ao público». Estas exceções e limitações asseguram, em princípio, um «justo equilíbrio» entre, por um lado, o interesse desses titulares à proteção da sua propriedade intelectual e, por outro, a proteção dos interesses e dos direitos fundamentais dos utilizadores de material protegido, bem como do interesse geral[174] — nomeadamente o acesso do público à cultura. Em especial, várias das referidas exceções e limitações, entre as quais as relativas à citação, à crítica, à análise[175] e as relativas à caricatura, à paródia e ao pastiche[176] fazem prevalecer, nos respetivos âmbitos de aplicação, o direito à liberdade de expressão e de criação dos utilizadores sobre o interesse dos referidos titulares.

145. Ora, precisamente, uma parte significativa dos conteúdos colocados em linha pelos utilizadores nos serviços de partilha consiste em utilizações, ou até reapropriações criativas, de obras e de outro material protegido que podem ser abrangidos por essas exceções e limitações[177].

172 V., nomeadamente, Balkin, J.-M., *op. cit.*, p. 2309, e TEDH, 4 de junho de 2020, Jezior c. Polónia, CE:ECHR:2020:0604JUD003195511, § 60 («A imputação [a um prestador intermediário] de uma responsabilidade relativamente a comentários provenientes de terceiros pode […] produzir um efeito dissuasor na liberdade de expressão na Internet»). V., também, TEDH, 2 de fevereiro de 2016, Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete e Index.hu Zrt c. Hungria, CE:ECHR:2016:0202JUD002294713, § 86, e TEDH, 7 de fevereiro de 2017, Pihl c. Suécia, CE:ECHR:2017:0207DEC007474214, § 35. Em contrapartida, no âmbito da isenção de responsabilidade prevista no artigo 14.º da Diretiva 2000/31, esse risco é reduzido uma vez que os prestadores intermediários só devem retirar as informações cuja ilicitude está estabelecida ou é «evidente».

173 E isto tanto mais que, *por um lado*, em conformidade com o artigo 17.º, n.º 4, da Diretiva 2019/790, os prestadores de serviços de partilha suportam o ónus da prova para demonstrar que envidaram «todos os esforços» para prevenir a colocação em linha de conteúdos contrafeitos e, *por outro*, suportam um risco considerável de responsabilidade, tendo em conta a «quantidade significativa» de conteúdos a que os seus serviços dão acesso.

174 V., nomeadamente, Acórdãos de 3 de setembro de 2014, Deckmyn e Vrijheidsfonds (C-201/13, EU:C:2014:2132, n.º 26); de 7 de agosto de 2018, Renckhoff (C-161/17, EU:C:2018:634, n.º 43); e de 29 de julho de 2019, Spiegel Online (C-516/17, EU:C:2019:625, n.ºs 38, 42, 43 e 54). V. também considerando 6 da Diretiva 2019/790.

175 V. artigo 5.º, n.º 3, alínea d), da Diretiva 2001/29, e Acórdãos de 29 de julho de 2019, Funke Medien NRW (C-469/17, EU:C:2019:623, n.º 71), e Spiegel Online (C-516/17, EU:C:2019:625, n.º 57).

176 V. artigo 5.º, n.º 3, alínea k), da Diretiva 2001/29, e Acórdão de 3 de setembro de 2014, Deckmyn e Vrijheidsfonds (C-201/13, EU:C:2014:2132, n.º 25)

177 Penso aqui nos «memes», críticas de filmes, tergiversações e qualquer outro tipo de conteúdos com vocação de divertimento ou educativa que pululam nesses serviços e que são, de resto, suscetíveis de constituir eles próprios obras muitas vezes «transformativas».

146. No entanto, a questão de saber se uma tal exceção ou limitação é aplicável a um determinado conteúdo depende do contexto e necessita de uma certa análise[178]. A linha que separa uma utilização legítima da contrafação pode revelar-se, em casos diferentes, discutível[179]. Em todas as situações equívocas, pode parecer mais simples aos prestadores de serviços de partilha impedir a colocação à disposição de determinados conteúdos em vez de eles próprios terem de litigar, no âmbito de uma eventual ação de responsabilidade intentada pelos titulares de direitos, pela aplicação dessas exceções ou limitações[180].

147. O risco de «sobrebloqueio» que acabo de descrever é acrescido, no caso em apreço, pelo facto de as condições de isenção previstas no artigo 17.º, n.º 4, alínea b), e alínea c), *in fine*, da Diretiva 2019/790 obrigarem de facto, num grande número de casos, os prestadores de serviços de partilha a recorrer a ferramentas de reconhecimento automático de conteúdo.

148. A este respeito, importa não perder de vista os limites inerentes às ferramentas em causa, limites que a recorrente sublinhou devidamente e que, de resto, já foram constatados pelo Tribunal de Justiça nos seus Acórdãos Scarlet Extended e SABAM[181]. Com efeito, as ferramentas de reconhecimento automático de conteúdo detetam, precisamente, *conteúdos*, e não *violações* dos direitos de autor. Essas ferramentas, especialmente as que funcionam segundo a técnica da «impressão digital» conseguem detetar *correspondências*, isto é reconhecer que o conteúdo de um dado ficheiro reproduz, no todo ou em parte, o de um ficheiro de referência[182]. Em contrapartida, como alega a República da Polónia, as referidas ferramentas não conseguem, no estado atual, apreciar o contexto em que a obra reproduzida é utilizada e, nomeadamente, identificar a aplicação de uma exceção ou limitação ao direito de autor[183]. O risco de «sobrebloqueio» é tão mais importante quanto aumenta a capacidade dessas mesmas ferramentas para reconhecer correspondências em extratos cada vez mais curtos (por exemplo, alguns segundos para um fonograma). A sua utilização arrasta, portanto, o risco de privar os utilizadores de um espaço de expressão e de criação permitidos pelas referidas exceções e limitações[184]. Além disso, a capacidade das ferramentas de reconhecimento automático para identificar conteúdos contrafeitos depende da precisão e da veracidade das informações

[178] Por exemplo, quanto à exceção prevista no artigo 5.º, n.º 3, alínea d), da Diretiva 2001/29, trata-se, nomeadamente, de verificar se o utilizador «[estabeleceu] um nexo direto e estreito entre a obra citada e as suas próprias reflexões e [permitiu], assim, semelhante confronto intelectual com a obra de outrem» [Acórdão de 29 de julho de 2019, Spiegel Online (C-516/17, EU:C:2019:625, n.º 79)]. No que respeita à exceção que consta da alínea k) deste número, trata-se de saber se o conteúdo, por um lado, «[evoca] uma obra existente, embora apresentando diferenças percetíveis em relação à mesma», e, por outro, «[constitui] uma manifestação humorística ou burlesca» [Acórdão de 3 de setembro de 2014, Deckmyn e Vrijheidsfonds (C-201/13, EU:C:2014:2132, n.º 20)].

[179] Além disso, a análise é mais complexa pelo facto de as exceções e limitações aplicáveis, bem como o seu alcance, poderem variar de um direito nacional para outro. Com efeito, embora a enumeração constante do artigo 5.º da Diretiva 2001/29 seja exaustiva, dá a cada Estado-Membro a *faculdade* de transpor as que pretende para o seu direito interno. Além disso, esses Estados dispõem, consoante os casos, de uma margem de apreciação para a sua execução. V. as minhas Conclusões nos processos apensos YouTube e Cyando (n.º 188).

[180] V., por analogia, as minhas Conclusões nos processos apensos YouTube e Cyando (n.º 189).

[181] V., neste sentido, n.º 52 do primeiro acórdão e n.º 50 do segundo acórdão V. também as minhas Conclusões nos processos apensos YouTube e Cyando (n.º 243).

[182] V. n.º 58 das presentes conclusões.

[183] V., nomeadamente, documento da Comissão, «Targeted consultation addressed to the participants to the stakeholder dialogue on Article 17 of the Directive on Copyright in the Digital Single Market», p. 15.

[184] V., nomeadamente, Grisse, K., *op. cit.*, p. 887; Dusollier, S., *op. cit.*, p. 1018, e Lambrecht, M., *op. cit.*, p. 73. V., também, Jacques, S., Garstka, K., Hviid, M., e Street, J., «The impact on cultural diversity of Automated Anti-Piracy Systems as copyright enforcement mechanisms: an empirical study of YouTube's Content ID digital fingerprinting technology», 2017.

prestadas pelos titulares de direitos. A utilização destas ferramentas pode, portanto, provocar reclamações injustificadas relativas, por exemplo, a obras pertencentes ao domínio público [185], com base em informações de referência erradas ou abusivas (risco dito de «sobre reclamação») [186].

*iii) Necessidade de prever garantias suficientes para minimizar esses riscos*

149. Tendo em conta os riscos de «sobre bloqueio» descritos na subsecção precedente, um regime de responsabilidade como o que resulta das disposições impugnadas deve, na minha opinião, ser acompanhado de garantias suficientes para minimizar esses riscos e, assim, assegurar que a amplitude da ingerência na liberdade de expressão seja enquadrada com precisão [187]. De uma maneira geral, qualquer forma de delegação, pelas autoridades públicas, do controlo da legalidade em linha nos prestadores intermediários [188], que tome a forma de obrigação de monitorização imposta direta ou indiretamente a esses intermediários, deve ser acompanhada dessas garantias.

150. Mais especificamente, considero que esse regime se deve inscrever num quadro legal que fixe regras claras e precisas que regulem o alcance e a aplicação das medidas de filtragem que devem ser executadas pelos prestadores de serviços visados, suscetíveis de assegurar aos utilizadores desses serviços uma proteção eficaz contra o bloqueio abusivo ou arbitrário das informações que pretendem colocar em linha [189].

151. Sublinho também que, quando a restrição dos direitos fundamentais procede da própria legislação da União e lhe é, portanto, imputável, como sucede no caso em apreço [190], o legislador da União tem uma parte importante de responsabilidade a este respeito. Não pode, em tal hipótese, deixar totalmente aos Estados-Membros — ou, *a fortiori*, aos prestadores de serviços encarregados da aplicação dessa legislação — o cuidado de estabelecer essas garantias. Deve, pelo contrário, definir pelo menos a sua substância [191]. Assim sendo, uma vez que se trata, no caso em apreço, de uma diretiva, que diz respeito acima de tudo a um domínio técnico, certas modalidades de aplicação deverão ser especificadas pelos Estados-Membros — e pela Comissão [192].

185 O direito conexo dos produtores de fonogramas gera igualmente riscos específicos a este respeito. Por exemplo, um determinado produtor pode identificar, para efeitos de bloqueio, o registo de uma interpretação de um noturno de Chopin (obra, aliás, caída no domínio público) sobre o qual detém direitos. Uma vez que determinadas ferramentas, como o Content ID, estão em condições de reconhecer não só os conteúdos que reproduzem extratos *desse fonograma* mas também os que reproduzem *a mesma melodia* (v. nota 65 das presentes conclusões), podem bloquear automaticamente, por exemplo, vídeos de utilizadores que se filmam enquanto interpretam eles próprios o noturno em causa.

186 Em especial, parece que o Content ID já tomou erradamente, por essa razão, conteúdos inocentes por obras protegidas. V., para diversos exemplos, Garstka, K., «Guiding the blind Bloodhounds: How to Mitigate the Risks art. 17 of Directive 2019/790 Poses to the Freedom of Expression», *Intellectual Property and Human Rights*, Wolters Kluwer Law & Business, 4.ª ed., Torremans, P. (ed), 2020, pp. 327 a 352, em especial pp. 332 a 334.

187 V., por analogia, Acórdãos de 22 de janeiro de 2013, Sky Österreich (C-283/11, EU:C:2013:28, n.º 61), e de 8 de abril de 2014, Digital Rights Ireland e o. (C-293/12 e C-594/12, EU:C:2014:238, n.º 65).

188 V. n.os 84 e 115 das presentes conclusões.

189 V., neste sentido, TEDH, Ahmet Yildirim c. Turquia, § 64; TEDH, 8 de outubro de 2013, Cumhuriyet Vakfi e o. c. Turquia, CE:ECHR:2013:1008JUD002825507, § 61; TEDH, 1 de dezembro de 2015, Cengiz e o. c. Turquia, CE:ECHR:2015:1201JUD004822610, § 62; e TEDH, Kablis c. Rússia, § 97. V., também, por analogia, Acórdãos de 8 de abril de 2014, Digital Rights Ireland e o. (C-293/12 e C-594/12, EU:C:2014:238, n.os 54, 55 e 65); de 21 de dezembro de 2016, Tele2 Sverige e Watson e o. (C-203/15 e C-698/15, EU:C:2016:970, n.º 117); e de 2 de março de 2021, Prokuratuur (Condições de acesso aos dados relativos às comunicações eletrónicas) (C-746/18, EU:C:2021:152, n.º 48).

190 V. n.º 84 das presentes conclusões.

191 V. Acórdão de 8 de abril de 2014, Digital Rights Ireland e o. (C-293/12 e C-594/12, EU:C:2014:238, n.os 60 a 67) e Conclusões do advogado-geral P. Cruz Villalón nos processos apensos Digital Rights Ireland e o. (C-293/12 e C-594/12, EU:C:2013:845, n.os 117 e 120).

192 V. n.os 210 a 213 das presentes conclusões.

152. Acrescento que a necessidade do legislador da União de prever a substância destas garantias é indispensável para assegurar a aplicação uniforme da legislação da União em todos os Estados-Membros — sendo essa uniformidade tanto mais necessária quanto está em causa, no caso em apreço, uma diretiva de harmonização adotada com base no artigo 114.º TFUE. Os prestadores de serviços de partilha, que operam a nível internacional, não devem ter de se sujeitar a 27 regimes nacionais de responsabilidade que podem divergir quanto ao alcance das obrigações de filtragem que lhes são impostas. Sobretudo, os utilizadores destes serviços devem beneficiar de uma proteção substancialmente idêntica contra as medidas de bloqueio abusivas ou arbitrárias, qualquer que seja o Estado-Membro em que se encontrem.

153. Em suma, embora o legislador da União disponha de uma ampla margem de apreciação para decidir do *princípio* de um regime de responsabilidade como o previsto nas disposições impugnadas, não pode, em contrapartida, economizar nas *garantias suficientes* para minimizar os riscos daí resultantes para a liberdade de expressão. Na minha opinião, compete ao Tribunal de Justiça proceder a um controlo escrupuloso do cumprimento deste requisito [193].

*iv) Garantias previstas no caso em apreço*

154. A República da Polónia alega que o legislador da União não cumpriu o referido requisito no caso em apreço. Na sua opinião, as disposições impugnadas não são acompanhadas de nenhuma garantia suscetível de enquadrar a amplitude da ingerência na liberdade de expressão dos utilizadores dos serviços de partilha.

155. Em contrapartida, os recorridos e os intervenientes alegam que o artigo 17.º da Diretiva 2019/790 comporta um «sistema completo de garantias». Com efeito, as disposições impugnadas são indissociáveis dos n.os 5, 7, 8 e 9 deste artigo. Estes números estabelecem regras claras e precisas que definem o alcance e a aplicação das medidas que devem ser executadas pelos prestadores de serviços de partilha e preservam, nessa medida, um «justo equilíbrio» entre os direitos de propriedade intelectual e a liberdade de expressão.

156. O n.º 5 do artigo 17.º da Diretiva 2019/790, que indica, recordo, que as medidas que devem ser tomadas por cada fornecedor devem ser apreciadas, tendo em conta o princípio da proporcionalidade, à luz de elementos como a «dimensão do serviço» ou o «custo» das ferramentas disponíveis, parece-me ser mais relevante para a questão do respeito da liberdade de empresa, que não é o objeto do presente processo, do que no que respeita à liberdade de expressão. Considero, portanto, desnecessário voltar atrás.

157. Em contrapartida, os n.os 7, 8 e 9 deste artigo contêm efetivamente, na minha opinião, garantias significativas para proteger os utilizadores dos serviços de partilha contra as medidas de bloqueio abusivas ou arbitrárias dos seus conteúdos. Analisá-las-ei, portanto, nas subsecções seguintes.

[193] A este respeito, observo que o TEDH declarou em várias ocasiões que os «grandes perigos» que as «restrições prévias», que resultam de medidas de bloqueio, apresentam para a liberdade de expressão exigem «a análise mais escrupulosa». V., nomeadamente, TEDH, Ahmet Yildirim c. Turquia, § 47.

– *Direito às utilizações legítimas do material protegido (n.º 7) e o mecanismo de reclamação (n.º 9)*

158. Os recorridos e os intervenientes salientaram, com razão, o facto de uma das principais garantias destinadas a limitar o risco de os prestadores de serviços de partilha impedirem, ao abrigo das disposições impugnadas, a colocação à disposição, nos seus serviços, de conteúdos que reproduzem de forma legítima as obras e outro material protegido identificados pelos titulares de direitos figurar no n.º 7 do artigo 17.º da Diretiva 2019/790.

159. Com efeito, *por um lado*, o primeiro parágrafo deste número prevê que «a cooperação entre os prestadores de serviços de partilha […] e os titulares de direitos[194] não resulta na indisponibilidade 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»[195].

160. *Por outro lado*, em conformidade com o segundo parágrafo do referido número, os Estados-Membros devem assegurar que os utilizadores possam invocar as exceções e limitações correspondentes (a) à citação, à crítica, à análise e (b) à utilização para efeitos de caricatura, paródia ou pastiche[196] quando colocam em linha conteúdos nos serviços de partilha.

161. Daqui resulta que o legislador da União reconheceu expressamente direitos subjetivos em matéria de direitos de autor aos utilizadores dos serviços de partilha. Atualmente, esses utilizadores têm o *direito*, oponível aos prestadores desses serviços e aos titulares de direitos, de utilizar de modo legítimo, material protegido, nos referidos serviços, incluindo o *direito* de invocar exceções ou limitações aos direitos de autor e aos direitos conexos[197]. Este reconhecimento, pelo legislador, da importância dessas exceções e limitações para os utilizadores coincide com a jurisprudência do Tribunal de Justiça que, ela própria, recentemente reconheceu que «comportam direitos» em benefício destes últimos[198].

162. Sublinho que, em conformidade com o artigo 17.º, n.º 7, da Diretiva 2019/790, os utilizadores podem invocar *todas as exceções e limitações previstas pelo direito da União*[199], e em especial as enunciadas no artigo 5.º da Diretiva 2001/29 — na medida em que, no entanto, constam do direito nacional aplicável. Ora, enquanto este artigo 5.º deixa aos Estados-Membros a *faculdade* de transporem as exceções e limitações que enumera[200], esse mesmo n.º 7 *obriga* atualmente estes últimos a preverem, pelo menos, as exceções e limitações relativas à citação e à paródia no seu direito interno[201], tendo em conta a especial importância destas para a liberdade de expressão.

194 Há que entender por esta expressão: as medidas de filtragem e de bloqueio que esses prestadores devem adotar ao abrigo das disposições impugnadas. V. considerando 66, primeiro parágrafo, da Diretiva 2019/790.

195 São também visadas, nomeadamente, as utilizações de obras e outro material protegido abrangidos por acordos de concessão de licenças celebrados pelos utilizadores (v. considerando 66, primeiro parágrafo, da Diretiva 2019/790) e, a utilização de obras que são do domínio público.

196 As exceções e limitações em questão estão, por outro lado, previstas, como indiquei nas notas 175 e 176 das presentes conclusões, no artigo 5.º, n.º 3, alíneas d) e k), da Diretiva 2001/29.

197 Podem fazê-lo nomeadamente perante os órgãos jurisdicionais nacionais (v. artigo 17.º, n.º 9, segundo parágrafo, da Diretiva 2019/790 («[…] os utilizadores [têm] acesso a um tribunal ou a outro órgão jurisdicional pertinente para reivindicar a utilização de uma exceção ou limitação no que se refere às regras em matéria de direitos de autor e direitos conexos»).

198 V. Acórdãos de 29 de julho de 2019, Funke Medien NRW (C-469/17, EU:C:2019:623, n.º 70), e Spiegel Online (C-516/17, EU:C:2019:625, n.º 54).

199 Embora este n.º 7 seja, quanto a este aspeto, equívoco, esta interpretação resulta claramente do considerando 70 da Diretiva 2019/790 («As medidas adotadas pelos prestadores de serviços de partilha […] não deverão prejudicar a aplicação de *exceções ou limitações aos direitos de autor*», e do n.º 9, deste artigo, nomeadamente o seu quarto parágrafo «[…] a possibilidade de utilizarem obras e outro material protegido ao abrigo de exceções ou limitações […] *previstas pelo direito da União*») (o sublinhado é meu).

200 V. nota 179 das presentes conclusões.

201 Pelo menos no que respeita à utilização do material protegido nos serviços de partilha.

163. Daqui decorre, concretamente, que os prestadores de serviços de partilha não estão legalmente autorizados a bloquear ou a retirar os conteúdos que fazem utilizações legítimas de obras ou outro material protegido *pelo facto de esses conteúdos violarem os direitos de autor*[202]. Deixam, nomeadamente, de poder excluir, nas suas condições gerais de utilização ou no âmbito de contratos celebrados com os titulares de direitos, a aplicação de exceções e limitações, ao prever, por exemplo, que uma mera alegação por estes últimos de uma violação dos direito de autor basta para justificar essa medida de bloqueio ou de remoção[203]. Pelo contrário, esses prestadores devem informar os seus utilizadores, nessas mesmas condições gerais, que podem utilizar obras e outro material protegido no âmbito das referidas exceções e limitações[204].

164. Em minha opinião, ao adotar o n.º 7 do artigo 17.º da Diretiva 2019/790, o legislador da União, consciente dos riscos de «sobre bloqueio»[205] que podem resultar do regime de responsabilidade que implementou, e para assegurar um «justo equilíbrio» entre os direitos e interesses em jogo e proteger a liberdade de expressão dos utilizadores dos serviços de partilha[206], previu um limite claro e preciso para as medidas de filtragem e de bloqueio que devem ser aplicadas pelos prestadores desses serviços nos termos do n.º 4 deste artigo.

165. A este respeito, o Parlamento, o Conselho e a Comissão sublinharam, com razão, que esse mesmo n.º 7, tendo em conta o caráter imperativo dos termos utilizados no seu primeiro parágrafo — «não resulta»[207] —, impõe uma *obrigação de resultado* aos prestadores de serviços de partilha: *são obrigados ao resultado* de não impedir a colocação à disposição, nos seus serviços, de conteúdos que reproduzem legitimamente obras e outro material protegido, ainda que essas obras e material tenham sido identificados pelos titulares de direitos. O limite das medidas de filtragem e de bloqueio admissíveis está, portanto, claramente traçado: *não devem ter por objeto ou por efeito impedir essas utilizações legítimas*. Esta disposição contribui, portanto, para contrariar a tendência para o «zelo» desses prestadores e, assim, enquadrar a amplitude da ingerência na liberdade de expressão para que esta seja limitada à difusão dos conteúdos que violam as regras dos direitos de autor.

166. A República da Polónia responde, no entanto, que, tendo em conta as limitações inerentes ao funcionamento das ferramentas de reconhecimento de conteúdos, evocadas no n.º 148 das presentes conclusões, e nomeadamente a sua incapacidade para identificar a aplicação das exceções e limitações aos direitos de autor, o artigo 17.º, n.º 7, da Diretiva 2019/790 constitui mais um voto piedoso do que uma garantia efetiva. Na prática, os conteúdos abrangidos por estas exceções e limitações serão bloqueados automaticamente pelas referidas ferramentas. Esta disposição não é, portanto, suscetível de assegurar aos utilizadores dos serviços de partilha uma proteção eficaz contra o bloqueio abusivo ou arbitrário dos seus conteúdos.

202 Nesta medida, o artigo 17.º, n.º 7, da Diretiva 2019/790 limita a liberdade de empresa dos prestadores de serviços de partilha, a fim de assegurar a liberdade de expressão dos utilizadores. No entanto, estes prestadores são livres de suprimir os conteúdos abrangidos por exceções ou limitações por razões *diferentes dos problemas de direitos de autor*, por exemplo, se forem injuriosos ou violarem a sua política em matéria de nudez. Esta disposição não impõe, portanto, aos referidos prestadores, enquanto tal, uma obrigação de difusão («must carry») desses conteúdos.

203 V., no mesmo sentido, Leistner, M., *op. cit.*, pp. 165 e 166. Qualquer estipulação em contrário nessas condições gerais ou nesses acordos contratuais é, portanto, em minha opinião, incompatível com o artigo 17.º, n.º 7, da Diretiva 2019/790.

204 V. artigo 17.º, n.º 9, quarto parágrafo, da Diretiva 2019/790. A informação dada aos utilizadores sobre o seu direito de utilizar material protegido ao abrigo de exceções ou limitações, bem como sobre os limites desse direito, é essencial para apoiar o exercício, por estes últimos, da sua liberdade de expressão e de criação, reduzindo simultaneamente o risco de violações fortuitas dos direitos de autor.

205 V. análise de impacto, parte 1/3, pp. 140 e 141, e nota 422.

206 V. considerando 70, primeiro parágrafo, da Diretiva 2019/790.

207 «[S]hall not result», na versão em língua inglesa da Diretiva 2019/790.

167. A argumentação da recorrente sobre esta questão reflete uma divergência fundamental de pontos de vista entre as partes e os intervenientes no que respeita ao alcance desse n.º 7 e ao modo concreto como os direitos dos utilizadores devem ser respeitados na prática. Com efeito, foram discutidas a este respeito duas interpretações distintas desta disposição no Tribunal de Justiça.

168. Segundo uma *primeira interpretação*, na qual a República da Polónia baseia o seu recurso, e que é, aliás, avançada pelos Governos espanhol e francês, o (único) mecanismo [208] que assegura, na prática, que as medidas de filtragem e de bloqueio adotadas pelos prestadores de serviços de partilha, nos termos das disposições impugnadas, não impedem a colocação à disposição, nos seus serviços, das utilizações legítimas de obras e de outro material protegido é o «mecanismo de reclamação e de recurso» que, em conformidade com o n.º 9 do artigo 17.º da Diretiva 2019/790, esses prestadores devem tornar disponível para os utilizadores dos respetivos serviços «em caso de litígio sobre o bloqueio do acesso a obras ou outro material protegido por eles carregado, ou a respetiva remoção».

169. Concretamente, os prestadores de serviços de partilha devem, em conformidade com a vontade dos titulares de direitos, bloquear *ex ante* todos os conteúdos que reproduzam, no todo ou em parte, as obras e outro material protegido identificados por estes últimos — independentemente da questão de saber se violam os seus direitos —, cabendo a um utilizador que considera que faz uma utilização legítima desse material, por exemplo, no âmbito de uma exceção ou limitação, apresentar uma queixa nesse sentido. Admitindo que essa queixa seja fundada, o conteúdo em causa deve ser colocado em linha, *ex post*, no termo do seu exame. Esclareço que, embora a recorrente e os Governos espanhol e francês coincidam na sua compreensão do artigo 17.º, n.º 7, da Diretiva 2019/790, opõem-se radicalmente quanto às consequências que daí devem ser retiradas [209].

170. De acordo com uma *segunda interpretação*, avançada pelo Parlamento, pelo Conselho e pela Comissão, o direito dos utilizadores dos serviços de partilha de utilizarem legitimamente material protegido, previsto no artigo 17.º, n.º 7, da Diretiva 2019/790, deve ser tido em conta *ex ante* pelos prestadores desses serviços, no próprio processo de filtragem. Com efeito, as disposições impugnadas e este n.º 7 devem ser lidos em conjunto, e as obrigações que preveem aplicadas «simultaneamente». «Todos os esforços» que esses prestadores devem envidar, em conformidade com essas disposições, para prevenir a colocação em linha de obras e material protegido identificados pelos titulares de direitos não podem, portanto, traduzir-se, na prática, num bloqueio preventivo e sistemático dessas utilizações legítimas. O mecanismo de reclamação e de recurso previsto no n.º 9 deste artigo 17.º constitui uma garantia suplementar, e última, para as situações em que, apesar da obrigação que consta desse mesmo n.º 7, os referidos prestadores bloqueiam, por erro, esses conteúdos legítimos.

171. Subscrevo esta última interpretação, que decorre, na minha opinião, de uma análise literal, sistemática e histórica do artigo 17.º da Diretiva 2019/790.

[208] O Governo francês evoca também eventuais medidas voluntárias adotadas pelos titulares de direitos (v. nota 252 das presentes conclusões).

[209] *Para a primeira*, como já referi no n.º 166 das presentes conclusões, o facto de os direitos dos utilizadores dos serviços de partilha só serem tidos em conta *ex post*, em caso de queixa desses utilizadores, demonstra o caráter desproporcionado da limitação ao exercício do direito à liberdade de expressão. Em contrapartida, *para os segundos*, esta interpretação mantém um «justo equilíbrio» entre os direitos e interesses em jogo, uma vez que assegura aos titulares de direitos a capacidade de controlarem *a priori* a utilização das suas obras e de outro material protegido, apenas causando um «inconveniente temporário» a esses mesmos utilizadores.

172. *Antes de mais*, no plano textual, recordo que, nos termos do artigo 17.º, n.º 7, da Diretiva 2019/790, a cooperação entre titulares de direitos e prestadores de serviços de partilha não deve resultar na «indisponibilidade» de conteúdos que reproduzem legitimamente obras ou outro material protegido. A interpretação segundo a qual esses conteúdos podiam ser sistematicamente bloqueados *ex ante*, desde que os utilizadores pudessem obter o seu restabelecimento *ex post*, está longe, a meu ver, de ser a forma mais natural de compreender essa redação [210].

173. *Em seguida*, no plano sistemático, como alega a Comissão, as disposições impugnadas e esse mesmo n.º 7 devem ser conjugados à luz do n.º 9, terceiro parágrafo, do referido artigo 17.º, segundo o qual a referida diretiva «não prejudica de modo algum» as utilizações legítimas de obras e de material protegido. Ora, se os conteúdos em causa devessem ser sistematicamente bloqueados *ex ante*, cabendo aos utilizadores apresentar queixa para obterem a sua colocação em linha, essas utilizações legítimas seriam, evidentemente, «prejudicadas» de uma certa maneira.

174. Observo igualmente que a questão das utilizações legítimas de material protegido é referida não só no considerando 70 da Diretiva 2019/790, que trata do mecanismo de reclamação, mas também no seu considerando 66, primeiro parágrafo [211], relativo às medidas preventivas que devem ser implementadas pelos prestadores de serviços de partilha de acordo com as disposições impugnadas. Além disso, nos termos do referido considerando 70, primeiro parágrafo, este dispositivo visa «facilitar» — e não «permitir» — essas utilizações legítimas.

175. *Por último*, os trabalhos preparatórios tendem a confirmar esta interpretação. A este respeito, observo que o artigo 17.º, n.º 9, da Diretiva 2019/790 remonta ao artigo 13.º, n.º 2, da proposta de diretiva. Essa proposta não continha nenhuma disposição relativa às utilizações legítimas das obras e outro material protegido. Esta disposição foi acrescentada, através de alterações, aquando da primeira leitura do texto no Parlamento e do Conselho. Nessas alterações, o mecanismo de reclamação e de recurso tinha especificamente por objetivo permitir essas utilizações legítimas [212]. Ora, após a primeira rejeição do texto pelo Parlamento em 5 de julho de 2018, nas versões posteriores do texto, e na que veio a ser adotada, a questão dos direitos dos utilizadores e a do mecanismo de reclamação e de recurso foram separadas em duas disposições distintas.

176. Este processo legislativo também demonstra, em minha opinião, que a intenção do legislador da União evoluiu a este respeito. Embora o artigo 13.º da proposta de diretiva fosse unilateralmente favorável aos titulares de direitos, este artigo 13.º transformou-se, aquando da sua adoção sob a forma do artigo 17.º da Diretiva 2019/790, numa disposição complexa que procura reconhecer e ponderar os diferentes interesses em jogo. Como alegou o Conselho, o

[210] Isto é ainda mais flagrante na versão em língua inglesa da Diretiva 2019/790 («[…] shall not result in the *prevention* of the availability […]») (o sublinhado é meu). Além disso, na minha opinião, este n.º 7 concretiza o direito à liberdade de expressão, de modo que os seus termos se prestam a uma interpretação ampla. V., por analogia, Acórdão de 14 de fevereiro de 2019, Buivids (C-345/17, EU:C:2019:122, n.º 51 e jurisprudência referida).

[211] «[…] As medidas tomadas por esses prestadores de serviços não deverão […] prejudicar os utilizadores que utilizam os serviços de partilha […] para carregar e aceder legalmente a informações nesses serviços […]».

[212] V., por um lado, «Report on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on copyright in the Digital Single Market», 29 de junho de 2019, Parlamento, Comité dos assuntos jurídicos, documento A8-0245/2018 (acessível no endereço https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2018-0245_EN.html?redirect), alteração 77: «[…] *To prevent misuses or limitations in the exercise of exceptions and limitations to copyright*, Member States shall ensure that the service providers referred to in paragraph 1 put in place effective and expeditious complaints and redress mechanisms […]». V., por outro lado, Conselho, Documento 12254/16 + ADD1 + ADD2 + ADD3 + ADD4, 25 de maio de 2018 (acessível no endereço https://www.consilium.europa.eu/media/35373/st09134-en18.pdf): «Member States shall ensure that the measures referred to in paragraph 4 are implemented by the online content sharing service provider without prejudice to the possibility for their users to benefit from exceptions or limitations to copyright. *For that purpose*, the service provider shall put in place a complaint and redress mechanism […]» (o sublinhado é meu).

legislador optou por proteger, nesta disposição, tanto os titulares de direitos como os utilizadores. Como sublinha o Parlamento, este artigo 17.º reflete um compromisso delicado a este respeito. Esta evolução não pode ser ignorada na sua interpretação[213].

177. Além disso, a interpretação, avançada pelo Parlamento, pelo Conselho e pela Comissão, segundo a qual os direitos dos utilizadores, nos termos do artigo 17.º, n.º 7, da Diretiva 2019/790, devem ser tidos em conta *ex ante*, e não apenas *ex post*, assegura, *além disso*, a proporcionalidade da limitação ao exercício do direito à liberdade de expressão resultante das disposições impugnadas[214].

178. A este respeito, é verdade que o mecanismo de reclamação e de recurso previsto no artigo 17.º, n.º 9, da Diretiva 2019/790 constitui simultaneamente uma garantia essencial e um avanço importante em relação à Diretiva 2000/31[215]. Trata-se de uma componente necessária de qualquer sistema de filtragem, tendo em conta o risco de «sobre bloqueio» que daí decorre. O legislador da União rodeou igualmente este dispositivo de «sub-garantias» processuais. O referido mecanismo deve ser «eficaz e rápido» e as queixas assim apresentadas processadas «sem demora injustificada». Por outras palavras, os prestadores de serviços de partilha são obrigados a agir, nesta matéria, com a mesma diligência de que devem fazer prova no caso dos avisos recebidos dos titulares dos direitos, no âmbito do artigo 17.º, n.º 4, alínea c), da Diretiva 2019/790[216]. Além disso, os titulares de direitos devem justificar «devidamente» os seus pedidos de bloqueio e as queixas devem ser sujeitas a controlo humano.

179. Acresce que, em conformidade com o mesmo n.º 9, os Estados-Membros também devem assegurar a disponibilidade de mecanismos extrajudiciais para a resolução de litígios entre utilizadores e titulares de direitos. Tais mecanismos são úteis para permitir a resolução imparcial desses litígios. Mais importante ainda, na minha opinião, os Estados-Membros são obrigados a prever «recursos judiciais eficazes» na matéria. A este respeito, no seu Acórdão UPC Telekabel Wien[217], o Tribunal de Justiça sublinhou, em substância, que tal direito a um recurso judicial efetivo é indispensável para assegurar o exercício, em linha, do direito à liberdade de expressão.

180. Todavia, embora estas garantias processuais sejam importantes, não são, por si só, *suficientes* para garantir um «justo equilíbrio» entre os direitos de autor e a liberdade de expressão dos utilizadores.

181. *Em primeiro lugar*, em conformidade com a jurisprudência do Tribunal de Justiça e a jurisprudência do TEDH, a existência de tais garantias processuais não dispensa as autoridades públicas de zelarem pela minimização do *efeito colateral* de uma medida de filtragem e de bloqueio. Trata-se de requisitos distintos e *cumulativos*.

[213] V., por analogia, Conclusões do advogado-geral M. Wathelet no processo Karen Millen Fashions (C-345/13, EU:C:2014:206, n.º 82) e as minhas Conclusões nos processos apensos Acacia e D'Amato (C 397/16 e C 435/16, EU:C:2017:730, n.ºs 53 e 63 a 65).

[214] A este respeito, recordo que, em conformidade com jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, «um diploma de direito derivado da União deve ser interpretado, tanto quanto possível, de forma a não pôr em causa a sua validade e em conformidade com o direito primário no seu conjunto, nomeadamente com as disposições da Carta» [v., nomeadamente, Acórdão de 2 de fevereiro de 2021, Consob (C-481/19, EU:C:2021:84, n.º 50 e jurisprudência referida)].

[215] Com efeito, a Diretiva 2000/31 não contém nenhuma obrigação de os prestadores intermediários preverem um procedimento de «contra notificação» que permita aos utilizadores contestar a «sobre retirada» das suas informações.

[216] Aliás, na versão em língua inglesa da Diretiva 2019/790, o mesmo adjetivo é utilizado no artigo 17.º, n.º 4, alínea c), e no n.º 9, primeiro parágrafo, desta diretiva («acted *expeditiously*, upon receiving a […] notice […]» e «[…] an effective and *expeditious* complaint and redress mechanism […])» (o sublinhado é meu).

[217] Acórdão de 27 de março de 2014 (C-314/12, EU:C:2014:192, n.º 57).

182. Com efeito, estes dois órgãos jurisdicionais declararam em várias ocasiões que qualquer medida de filtragem e de bloqueio deve ser «estritamente delimitada», no sentido de que deve visar conteúdos ilícitos e não ter efeito arbitrário ou excessivo sobre os conteúdos lícitos[218]. No seu Acórdão L'Oréal e o.[219], o Tribunal de Justiça declarou, no mesmo sentido, que as medidas de vigilância imposta a um intermediário não devem criar obstáculos às utilizações lícitas do seu serviço. Por último, no seu Acórdão UPC Telekabel Wien[220], declarou que uma medida de bloqueio não deve «[privar] desnecessariamente» os internautas da possibilidade de partilharem licitamente informações e de lhes acederem.

183. Esta jurisprudência não implica que o direito à liberdade de expressão se oponha a tais medidas, desde que possam provocar *o mínimo bloqueio* de conteúdos lícitos. O termo «desnecessariamente», utilizado pelo Tribunal de Justiça, reflete, na minha opinião, a ideia de que a eficácia da proteção dos direitos dos titulares pode justificar certos casos de «sobre bloqueio».

184. No entanto, deve haver, também aqui, um «justo equilíbrio» entre a eficácia da filtragem e o seu efeito colateral. Como resulta, em substância, da jurisprudência do TEDH, não é possível, numa sociedade democrática, exigir uma eficácia absoluta — e, dessa forma, um «risco zero» quanto às eventuais violações dos direitos de autor — quando isso tenha por efeito bloquear um número considerável de conteúdos lícitos[221].

185. O Governo francês contrapõe que, segundo a sua interpretação do artigo 17.º da Diretiva 2019/790, as medidas de filtragem que os prestadores de serviços de partilha devem adotar, nos termos das disposições impugnadas, cumprem esse requisito, uma vez que são «estritamente delimitadas» aos conteúdos que reproduzem, no todo ou em parte, as obras e material protegido identificados pelos titulares de direitos.

186. Esta argumentação não pode ser acolhida. Com efeito, resulta dos Acórdãos Scarlet Extended e SABAM que um sistema de filtragem que bloqueie sistematicamente os conteúdos que utilizam legitimamente material protegido viola de forma desproporcionada a liberdade de expressão e de informação[222]. É o que acontece, na minha opinião, precisamente porque o efeito colateral dessa filtragem é demasiado importante para ser compatível com essa liberdade — e isso, independentemente da questão de saber se os utilizadores lesados beneficiam de um direito de recurso contra o bloqueio da sua informação, aspeto que o Tribunal de Justiça nem sequer evocou nesses acórdãos.

[218] V., por um lado, Acórdãos de 27 de março de 2014, UPC Telekabel Wien (C-314/12, EU:C:2014:192, n.º 56), e de 15 de setembro de 2016, Mc Fadden (C-484/14, EU:C:2016:689, n.º 93). V., por outro lado, TEDH, de 23 de junho de 2020, Vladimir Kharitonov c. Rússia, CE:ECHR:2020:0623JUD001079514, § 46: «[…] When exceptional circumstances justify the blocking of illegal content, a State agency making the blocking order must ensure that the measure strictly targets the illegal content and has no arbitrary or excessive effects […]. Any indiscriminate blocking measure which interferes with lawful content or websites as a collateral effect of a measure aimed at illegal content or websites amounts to arbitrary interference with [freedom of expression]. […]». V., ainda, recomendação CM/Rec(2018) 2 sobre as funções e as responsabilidades dos intermediários da Internet, anexo, ponto 2.3.2.

[219] Acórdão de 12 de julho de 2011 (C-324/09, EU:C:2011:474, n.º 131).

[220] Acórdão de 27 de março de 2014 (C-314/12, EU:C:2014:192, n.º 63).

[221] V., nomeadamente, TEDH, Ahmet Yildirim c. Turquia, § 66; TEDH, 23 de junho de 2020, Vladimir Kharitonov, CE:ECHR:2020:0623JUD001079514, § 45, e TEDH, Kablis c. Rússia, § 94.

[222] V., neste sentido, Acórdão Scarlet Extended (n.º 52: «[a injunção de filtragem] correria o risco de violar a liberdade de informação, dado que esse sistema poderia *não distinguir suficientemente um conteúdo ilícito de um lícito*, de modo que o seu acionamento poderia provocar o bloqueio de comunicações de conteúdo lícito. Com efeito, é pacífico que a resposta à questão da licitude de uma transmissão *depende também da aplicação de exceções legais aos direitos de autor* que variam de um Estado-Membro para outro. Além disso, em certos Estados-Membros, determinadas obras podem pertencer ao domínio público ou os autores em causa podem colocá-las gratuitamente à disposição do público na Internet») (o sublinhado é meu). V., para o mesmo raciocínio, Acórdão SABAM (n.º 50).

187. Há boas razões para isto. *Por um lado*, no caso em apreço, o bloqueio preventivo de todos os conteúdos que reproduzem as obras e outro material protegido identificados pelos titulares de direitos tem o efeito de imputar sistematicamente o ónus da inércia aos utilizadores, uma vez que a difusão de conteúdos legítimos não pode ocorrer sem que estes apresentem uma queixa, com sucesso. Se esses utilizadores tivessem sistematicamente de invocar os seus direitos no âmbito do mecanismo de reclamação, é muito provável que muitos deles renunciassem a fazê-lo, nomeadamente, por falta de conhecimentos suficientes para avaliar se a utilização que fazem desse material é legítima e se, logo, há fundamentos para apresentar essa queixa [223]. O «sobre bloqueio» preventivo de todas essas utilizações legítimas e a inversão sistemática do ónus dos utilizadores de demonstrarem essa legitimidade correria o risco de provocar assim, a curto ou a longo prazo, um «chilling effect» na liberdade de expressão e de criação, que se traduziria numa quebra da atividade desses mesmos utilizadores [224].

188. *Por outro lado*, a troca de informações em linha caracteriza-se, nomeadamente, pela sua rapidez. Mais especificamente, certos tipos de conteúdos carregados nos serviços de partilha só são procurados pelo público durante um curto período, nomeadamente os que se referem a eventos de atualidade [225]. Estes conteúdos tornam-se assim, muitas vezes, obsoletos em alguns dias. Atrasar a colocação em linha desses conteúdos através de um bloqueio *ex ante* sistemático pode fazer-lhes perder toda a atualidade e qualquer interesse para o público. Assim, contrariamente aos Governos espanhol e francês, considero que esse bloqueio sistemático é particularmente problemático, ainda que apenas «temporário», uma vez que a restauração dos conteúdos no termo da análise das queixas dos utilizadores não permite reparar o dano causado à liberdade de expressão destes últimos [226].

189. *Em segundo lugar*, observo que o Tribunal de Justiça insiste, na sua jurisprudência recente, na necessidade de «salvaguardar o efeito útil» das exceções e limitações aos direitos de autor, tendo em conta a sua importância para a manutenção de um «justo equilíbrio» entre os direitos e interesses em jogo, muito particularmente quando visam garantir o respeito da liberdade de expressão — como é o caso da utilização para fins de citação, de crítica ou de análise e da caricatura, de paródia ou de pastiche [227].

190. Ora, precisamente para «salvaguardar o efeito útil» destas exceções e limitações, importa, na minha opinião, assegurar que as medidas preventivas adotadas nos termos das disposições impugnadas não entravem sistematicamente o direito de os utilizadores fazerem uso delas. Embora os titulares de direitos disponham, em ambiente digital, de possibilidades de controlo do

[223] Esta tendência de os utilizadores não invocarem os seus direitos está documentada tanto na Europa como nos Estados Unidos. V., nomeadamente, Urban, J.-M., Karaganis, J., e Schofield, B., «Notice and Takedown in Everyday Practice», *UC Berkeley Public Law Research Paper n.º 2755628*, 2017; Fiala, L., Husovec, M., «Using Experimental Evidence to Design Optimal Notice and Takedown Process», *TILEC Discussion Paper n.º 2018-028, 2018*, p. 3.

[224] V., no mesmo sentido, Spindler, G., *op. cit.*, p. 355. Isso também podia ter o efeito de privar o público do seu direito de acesso a esses conteúdos legítimos injustamente bloqueados.

[225] Por exemplo, um «vídeo de reação» (*reaction video*) a um *trailer* de um jogo de vídeo ou de um filme é pesquisado por volta da data em que esse *trailer* é publicado. Do mesmo modo, um vídeo de paródia ligado a um escândalo político recente é, regra geral, visto imediatamente após esse escândalo. V., a este respeito, Garstka, K., *op. cit.*, p. 339.

[226] Aliás, o TEDH declarou em várias ocasiões que «a informação é um bem perecível e retardar a sua publicação, ainda que por um breve período, pode privá-la de qualquer valor e interesse» (v. nomeadamente TEDH, 26 de novembro de 1991, Observer e Guardian c. Reino Unido, CE:ECHR:1991:1126JUD001358588, § 60; TEDH, Ahmet Yildirim c. Turquia, § 47; e TEDH, Kablis c. Rússia, § 91). Os Governos espanhol e francês retorquem que a rapidez da troca de informação em linha justifica, pelo contrário, o bloqueio preventivo de todos os conteúdos que reproduzem as obras e outro material protegido identificados pelos titulares de direitos, a fim de evitar qualquer risco da colocação em linha de conteúdos ilícitos e que daí resultem danos «irreparáveis» para os referidos titulares. Voltarei a este argumento nos n.os 215 e 216 das presentes conclusões.

[227] V., nomeadamente, Acórdãos de 29 de julho de 2019, Funke Medien NRW (C-469/17, EU:C:2019:623, n.os 51 e 57), e Spiegel Online (C-516/17, EU:C:2019:625, n.os 36, 55 e 72).

seu material protegido sem equivalente no «mundo real» — uma vez que as ferramentas de reconhecimento de conteúdo lhes conferem virtualmente meios para impedir *todas* as utilizações desse material, incluindo o que não é abrangido pelo seu monopólio, como a paródia —, há que proteger igualmente essas mesmas exceções e limitações. O perigo, a este respeito, é que uma proteção total de certas criações intelectuais se faça em detrimento de outras formas de criação também socialmente desejáveis [228].

191. Na minha opinião, *decorre de tudo o que precede*, que, em conformidade com uma leitura conjunta das disposições impugnadas e do artigo 17.º, n.º 7, da 2019/790, as medidas de filtragem que os prestadores de serviços de partilha têm de aplicar devem ser conformes com duas obrigações cumulativas: devem tentar prevenir a colocação em linha de conteúdos que reproduzam de forma ilícita as obras e o material protegido identificados pelos titulares de direitos, embora sem resultar na indisponibilidade dos conteúdos que reproduzem esse material de forma lícita.

192. Contrariamente ao que alega a recorrente, os prestadores de serviços de partilha não podem, portanto, «aplicar qualquer medida disponível» para proteger os direitos de propriedade intelectual dos titulares [229]. «Todos os esforços» e a «diligência profissional» de que devem fazer prova a este respeito devem ser interpretados tendo em conta o artigo 17.º, n.º 7, da Diretiva 2019/790. Uma vez que esses prestadores se encontram numa posição profissional bilateral relativamente aos utilizadores e aos titulares de direitos, devem agir «diligentemente» relativamente a estas duas categorias.

193. O artigo 17.º, n.º 7, da Diretiva 2019/790 obriga, assim, esses prestadores — mas também as autoridades administrativas e judiciais dos Estados-Membros quando supervisionam a aplicação desse artigo [230] — a considerarem o efeito colateral das medidas de filtragem que implementam [231]. Não podem, portanto, bloquear preventiva e sistematicamente os conteúdos suscetíveis de serem abrangidos, nomeadamente, pelas exceções e limitações aos direitos de autor. Devem ter em conta, *ex ante*, o respeito dos direitos dos utilizadores. Convido o Tribunal de Justiça a afirmar sem ambiguidade, no seu acórdão a proferir, que se trata da justa interpretação deste artigo 17.º

– *Proibição das obrigações gerais de monitorização (n.º 8)*

194. O n.º 8 do artigo 17.º da Diretiva 2019/790 dispõe que «[a] aplicação [deste] artigo não implica qualquer obrigação geral de monitorização». Por conseguinte, as disposições impugnadas também devem ser lidas à luz deste número.

195. Ora, ao reafirmar a proibição dessa «obrigação» [232], o legislador da União suscitou, na minha opinião, outra garantia significativa para a liberdade de expressão. Com efeito, esta proibição enquadra o alcance das medidas de filtragem que se podem esperar de qualquer prestador intermediário e, no caso em apreço, dos prestadores de serviços de partilha.

[228] V. as minhas Conclusões nos processos apensos YouTube e Cyando (n.º 243).

[229] Tenho plena consciência de que o considerando 66 da Diretiva 2019/790 refere, no seu terceiro parágrafo, que os prestadores de serviços de partilha só podem ser exonerados da sua responsabilidade em caso de colocação ilícita em linha de material protegido no seu serviço, se demonstrarem que «envidaram todos os esforços [para evitar esta situação]». Trata-se, na minha opinião, de uma formulação infeliz, que não pode pôr em causa o que acabo de explicar.

[230] V. nota 249 das presentes conclusões.

[231] V., em contraste, TEDH, Ahmet Yildirim c. Turquia, § 66.

[232] Expliquei o caráter fundamental da proibição das «obrigações gerais de monitorização» para a liberdade de comunicação em linha no âmbito da secção relativa ao «conteúdo essencial» da liberdade de expressão (n.ºs 98 e segs. das presentes conclusões).

196. A este respeito, podem ser retirados ensinamentos do Acórdão Glawischnig-Piesczek, que evoquei anteriormente[233]. Nesse acórdão, o Tribunal de Justiça, interpretando a referida proibição, na sua versão resultante do artigo 15.º da Diretiva 2000/31, considerou que podia ser imposto ao operador de uma rede social, através de uma medida inibitória judicial, a obrigação de pesquisar e de bloquear, entre as informações colocadas em linha na sua rede «[uma] informação precisa, […] cujo conteúdo foi analisado e apreciado por um órgão jurisdicional competente […] que, na sequência da sua apreciação, a declarou *ilegal*»[234]. Assim, o órgão jurisdicional podia exigir desse operador que bloqueasse o acesso a todas as *informações de conteúdo idêntico* ao dessa. A medida inibitória podia até ser alargada às *informações equivalentes*, desde que o referido operador não estivesse obrigado a proceder a uma «apreciação autónoma» da sua licitude e que pudesse, pelo contrário, «recorrer a técnicas e a meios de pesquisa automatizados»[235].

197. Daqui resulta, *de um modo geral*, que, embora os prestadores intermediários estejam, do ponto de vista técnico, bem colocados para lutar contra a presença de certas informações ilícitas difundidas por intermédio dos seus serviços[236], não se pode esperar que façam «apreciações autónomas» da legalidade das informações em causa. Esses prestadores intermediários não têm geralmente a perícia e sobretudo a *independência* necessária — *a fortiori* quando sobre eles paira a ameaça de uma pesada responsabilidade[237]. Não podem, portanto, ser transformados em árbitros da legalidade em linha, responsáveis pela decisão de questões jurídicas complexas[238].

198. Por conseguinte, a fim de minimizar o risco de «sobre bloqueio» e, assim, garantir o respeito do direito à liberdade de expressão, um prestador intermediário só pode, na minha opinião, ser obrigado a filtrar e bloquear informações cuja ilicitude tenha sido previamente demonstrada por um juiz ou, na sua falta, informações cujo caráter ilícito se impõe desde logo, ou seja, *manifestamente*, sem que seja nomeadamente necessário contextualizá-lo[239].

199. Aliás, observo que as obrigações de monitorização que o TEDH, no seu Acórdão Delfi A.S. c. Estónia, considerou justificadas respeitavam a informações *manifestamente ilícitas*[240]. Na sua jurisprudência subsequente, o TEDH esclareceu que, tratando-se de informações cujo caráter ilícito não se impõe desde logo e necessita de uma análise contextual, não se pode exigir semelhante monitorização[241]. Para este último tipo de informações, para obter a retirada é

233 V. n.º 112 das presentes conclusões.

234 Acórdão Glawischnig-Piesczek (n.º 35).

235 Acórdão Glawischnig-Piesczek (n.º 46).

236 V. considerando 59 da Diretiva 2001/29, nos termos do qual «[e]sses intermediários encontram-se frequentemente em melhor posição para porem termo [às] atividades ilícitas [cometidas através dos seus serviços]».

237 V. n.ºs 142, 143 e 146 das presentes conclusões.

238 V. as minhas Conclusões nos processos apensos YouTube e Cyando (n.ºs 187 e 188).

239 V., neste sentido, Recomendação 2018/334 (considerando 25: «Pode ser adequado tomar tais medidas proativas, em especial nos casos em que *o caráter ilegal dos conteúdos já tenha sido estabelecido ou em que o tipo de conteúdo seja tal que essa contextualização não seja essencial*»), e Recomendação CM/Rec(2018)2 sobre as funções e as responsabilidades dos intermediários da Internet (anexo, ponto 1.3.2: «Para exigir a um intermediário que restrinja o acesso a conteúdos, as autoridades nacionais *devem obter um despacho* de um órgão jurisdicional. […] Isto não se aplica aos casos relativos a *conteúdos ilegais, qualquer que seja o contexto*, como os conteúdos respeitantes a abusos sexuais de menores, ou nos casos em que se imponham medidas expeditivas, em conformidade com as condições prescritas no artigo 10.º da Convenção») (o sublinhado é meu).

240 O TEDH insistiu no facto de que se tratava de comentários «claramente ilícitos», «[que se analisam] à primeira vista como incitamento ao ódio ou à violência» de forma que não era necessário submetê-los a uma análise linguística ou jurídica para demonstrar que eram ilícitos» (v. nomeadamente §§ 110, 114, 115, 117, 140 e 155 desse acórdão).

241 V. TEDH, 7 de fevereiro de 2017, Pihl c. Suécia, CE:ECHR:2017:0207DEC007474214, § 25; TEDH, 19 de março de 2019, Hoiness c. Noruega, CE:ECHR:2019:0319JUD004362414, § 68; TEDH, 2 de fevereiro de 2016, Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete e Index.hu Zrt c. Hungria, CE:ECHR:2016:0202JUD002294713, §§ 63 e 64, e TEDH, 4 de junho de 2020, Jezior c. Polónia, CE:ECHR:2020:0604JUD003195511, §§ 54 e 58.

necessária uma notificação devidamente fundamentada, que forneça os elementos de contexto suscetíveis de tornar a ilegalidade evidente, ou até, quando tal notificação não seja suficiente a este respeito, uma injunção judicial.

200. *De forma específica*, como expliquei nas minhas Conclusões nos processos apensos YouTube e Cyando[242], transposto para o domínio dos direitos de autor, decorre do Acórdão Glawischnig-Piesczek que, embora, em conformidade com o artigo 15.º da Diretiva 2000/31, um prestador intermediário não possa ser obrigado a proceder a uma filtragem generalizada das informações que armazena *à procura de qualquer contrafação*, esta disposição não se opõe, *a priori*, a que esse prestador seja obrigado a proceder a um bloqueio relativamente a um *ficheiro específico*, que faz uma utilização ilícita de uma obra protegida, previamente declarada por um juiz. A referida disposição não se opõe, neste âmbito, a que o prestador seja obrigado a detetar e bloquear não apenas as *cópias idênticas* desse ficheiro mas também outros ficheiros *equivalentes*, ou seja, os que fazem a mesma utilização da obra em questão.

201. Esta interpretação é, em minha opinião, transponível, *mutatis mutandis*, para o artigo 17.º, n.º 8, da Diretiva 2019/790. Na medida em que, no sistema deste artigo 17.º, o caráter ilícito dos conteúdos a filtrar não tenha sido previamente estabelecido por um órgão jurisdicional, só pode tratar-se, conforme expliquei no n.º 198 das presentes conclusões, de procurar conteúdos que, tendo em conta as informações fornecidas pelos titulares de direitos, se afiguram *manifestamente contrafeitos*. Nos termos das disposições impugnadas, lidas à luz deste n.º 8, as medidas de filtragem que os prestadores de serviços de partilha têm de utilizar, nos termos das disposições impugnadas, devem, portanto, em minha opinião, limitar-se aos conteúdos que são «idênticos» ou «equivalentes» às obras e outro material protegido identificados pelos titulares de direitos[243].

202. A primeira categoria evocada no número precedente visa, concretamente, as reproduções idênticas, sem elementos adicionais ou valor acrescentado, das obras e outro material protegido identificados pelos titulares de direitos. A segunda diz respeito aos conteúdos que reproduzem esse material da mesma maneira, muito embora apresente alterações insignificantes, de forma que o público não as diferencia do material original (por exemplo, no caso de simples alterações técnicas destinadas a contornar o sistema de filtragem, como uma alteração de formato, a inversão ou a alteração da velocidade da imagem, etc.)[244]. A deteção destas duas categorias de conteúdos não exige dos prestadores de serviços de partilha que façam uma «apreciação autónoma» da sua legalidade — a contrafação afigurar-se-á manifesta tendo em conta as informações «pertinentes e necessárias» fornecidas pelos titulares de direitos — e poderá ser realizada com o auxílio de «técnicas e […] meios de pesquisa automatizados»[245].

203. Em contrapartida, não se pode exigir aos prestadores de serviços de partilha que também filtrem preventivamente os conteúdos que, reproduzindo obras e material protegido identificados pelos titulares de direitos, diferem sensivelmente destes últimos, como é o caso das

[242] V. n.º 221 destas conclusões.

[243] V., no mesmo sentido, Quintais, J., Frosio G., van Gompel, S., e o., «Safeguarding User Freedoms in Implementing Article 17 of the Copyright in the Digital Single Market Directive: Recommendations From European Academics», JIPITEC, 2019, vol. 10, n.º 3; Lambrecht, M., *op. cit.*, pp. 88 a 90; Cabay, J., *op. cit.*, pp. 237 a 273, e Dusollier, S., *op. cit.*, p. 1020. Esta interpretação resulta, de resto, de uma leitura natural da redação do artigo 17.º, n.º 4, alíneas b) e c), da Diretiva 2019/790 que impõe aos prestadores de serviços de partilha que garantam a indisponibilidade de «obras» e de outro «material», e não de qualquer forma de contrafação que implique, de perto ou de longe, os objetos em questão (v., no mesmo sentido, Lambrecht, M., *op. cit.*, p. 89).

[244] Por outras palavras, refiro-me ao que é por vezes designado de cópias «servis» e «quase servis». A este respeito, observo que uma parte dos conteúdos apresentados nos serviços de partilha consiste, precisamente, em cópias servis ou quase servis de obras ou outro material protegido, como obras cinematográficas ou fonogramas.

[245] Acórdão Glawischnig-Piesczek (n.º 46). Esclareço que, na minha opinião, o Tribunal de Justiça, neste acórdão não pretendeu excluir a necessidade de determinados controlos humanos. Voltarei a esta questão no n.º 211 das presentes conclusões.

reutilizações de extratos de obras noutros contextos, de conteúdos «transformativos», etc., que podem ser abrangidos por exceções e limitações aos direitos de autor. A identificação de contrafações que aí se podem encontrar implica, por parte desses prestadores, «apreciações autónomas», uma vez que lhes é necessário avaliar o contexto dessas utilizações. Ora, como sustenta a República da Polónia, as complexas questões dos direitos de autor relativas, nomeadamente, ao alcance exato das exceções e limitações não podem ser deixadas aos referidos prestadores. Não compete a esses mesmos prestadores decidir dos limites da criatividade em linha, examinando eles próprios, por exemplo, se o conteúdo que um utilizador planeia carregar preenche os requisitos da paródia. Tal delegação implicaria um risco de «sobre bloqueio» inaceitável. Tais questões devem ser deixadas ao cuidado do juiz.

– *Consequências que decorrem do que precede*

204. Na minha opinião, resulta das secções que precedem que o artigo 17.º da Diretiva 2019/790 contém garantias suficientes para enquadrar o alcance da limitação do exercício do direito à liberdade de expressão resultante das disposições impugnadas.

205. *Por um lado*, em conformidade com o n.º 7 deste artigo, os prestadores de serviços de partilha não estão autorizados a bloquear preventivamente, nos termos das disposições impugnadas, todos os conteúdos que reproduzem as obras e outro material protegido identificados pelos titulares de direitos, incluindo os suscetíveis de ser lícitos. *Por outro lado*, nos termos do n.º 8 do referido artigo, esses prestadores só podem ser obrigados a detetar e bloquear os conteúdos que sejam «idênticos» e «equivalentes» a esse material, ou seja, cuja ilicitude se afigura *manifesta* tendo em conta as informações «pertinentes e necessárias» fornecidas pelos titulares de direitos. Nesses casos, sendo a contrafação altamente provável, esses conteúdos podem *presumir-se ilícitos*. É proporcionado, portanto, bloqueá-los preventivamente, cabendo aos utilizadores em causa demonstrar a sua licitude — por exemplo, o facto de disporem de uma licença, ou de a obra ser na realidade no domínio público[246] — no âmbito do mecanismo de reclamação. Em suma, «todos os esforços» impostos aos prestadores de serviços de partilha, em conformidade com as disposições impugnadas, consistem em bloquear essas contrafações manifestas[247].

206. Inversamente, em todas as situações equívocas — curtos extratos de obras incluídas em conteúdos mais longos, obras «transformativas», etc. — nas quais, em especial, a aplicação de exceções e limitações aos direitos de autor é razoavelmente previsível, os conteúdos em causa não podem ser objeto de uma medida de bloqueio preventivo.

[246] Na minha opinião, as informações «pertinentes e necessárias» fornecidas pelos titulares de direitos deveriam incluir elementos suscetíveis de demonstrar que detêm direitos sobre as obras ou outro material protegido cujo bloqueio pedem, a fim de limitar o risco de «sobre reclamação» (v. n.º 148 das presentes conclusões).

[247] Esta interpretação não pode ser posta em causa pelo argumento da recorrente e do Governo francês de que o termo «manifesto» não consta do texto da Diretiva 2019/790. Com efeito, não se trata de um conceito substancial, mas simplesmente do grau de controlo que os prestadores de serviços de partilha devem efetuar. Este grau de controlo deduz-se do artigo 17.º, n.º 8, dessa diretiva e da necessidade de aplicar as disposições impugnadas de uma forma que respeite o n.º 7 deste artigo. Além disso, contrariamente ao que sustenta o Governo francês, a diferença entre as informações que se afiguram ilícitas à primeira vista e as que carecem primeiro de uma análise não é uma ideia nova. A este respeito, limitar-me-ei a recordar que, no contexto do artigo 14.º da Diretiva 2000/31, um prestador intermediário deve retirar uma informação quando tenha «conhecimento efetivo» do seu caráter ilegal, ou quando «[evidencie]» o seu caráter ilegal tendo em conta os elementos de que dispõe. Trata-se, no caso em apreço, da mesma ideia. Remeto igualmente para o raciocínio adotado pelo TEDH no seu Acórdão Delfi A.S. c. Estónia. Por fim, a ideia de contrafação manifesta, entendida como a cópia «servil» ou «quase servil», já é conhecida.

207. Com efeito, como sublinharam o Parlamento, o Conselho e a Comissão, a obrigação de resultado, prevista no artigo 17.º, n.º 7, primeiro parágrafo, da Diretiva 2019/790, de não impedir a colocação em linha de conteúdos legítimos é, a este respeito, mais restritiva do que as obrigações de envidar «todos os esforços» resultantes das disposições impugnadas, que constituem obrigações de meios [248]. Isto significa que o legislador da União pretendeu, na minha opinião, corretamente, assegurar que, nesse caso, os prestadores de serviços de partilha privilegiem a liberdade de expressão. Por outras palavras, o legislador considerou que os «falsos positivos», que consistem em bloquear conteúdos legais, são mais graves do que os «falsos negativos», que consistem em deixar passar determinados conteúdos ilícitos.

208. Assim, como sustentaram o Parlamento, o Conselho e a Comissão, nestas situações equívocas, os conteúdos em causa devem *presumir-se lícitos* e, consequentemente, não se podendo impedir a sua colocação em linha.

209. A dificuldade reside na definição de soluções práticas para aplicar esta dicotomia com o auxílio de ferramentas de reconhecimento automático de conteúdo que, em muitas situações, os prestadores de serviços de partilha deverão utilizar. Aliás, a recorrente alega que o legislador da União não previu, na Diretiva 2019/790, nenhuma solução concreta a este respeito.

210. Assim sendo, na minha opinião, cabe ao legislador da União, como já referi, prever a substância das garantias necessárias para minimizar os riscos em matéria de liberdade de expressão decorrente das disposições impugnadas. Em contrapartida, como alegou o Conselho, num domínio que implica a tomada de medidas técnicas como o que está em causa no presente processo, e tendo em conta o facto de o artigo 17.º da Diretiva 2019/790 se aplicar a diferentes tipos de prestadores, de serviços e de material protegido, compete aos Estados-Membros e à Comissão concretizar as suas modalidades [249].

211. Na prática, estas soluções consistem em integrar, nas ferramentas de reconhecimento de conteúdo, parâmetros que permitam ajudar a distinguir o manifesto do equívoco. Isto pode variar consoante os tipos de material protegido e de exceções em causa. Tratar-se-á, por exemplo, de ter em conta taxas de correspondência detetadas por essas ferramentas, e de fixar limites acima dos quais o bloqueio automático se justifica, e abaixo dos quais a aplicação de uma exceção, como a citação, é razoavelmente possível [250]. Uma tal solução pode ser associada a um mecanismo que permita aos utilizadores indicar (*flagging*), durante ou imediatamente após a colocação em linha, se, segundo eles, beneficiam de uma exceção ou limitação, o que implica,

[248] V. n.º 52 das presentes conclusões. V., no mesmo sentido, Geiger, C., Jütte, B.-J., «Platform liability under Article 17 of the Copyright in the Digital Single Market Directive, Automated Filtering and Fundamental Rights: An Impossible Match», *SSRN Papers* (acessível no endereço https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3776267), p. 44.

[249] De uma forma geral, compete às autoridades administrativas e judiciais desses Estados fiscalizar a aplicação das disposições impugnadas pelos prestadores de serviços de partilha, e assegurar que os utilizadores possam efetivamente invocar o seu direito às utilizações legítimas, em conformidade com o artigo 17.º, n.º 7, da Diretiva 2019/790. Sobre esta questão, a República da Polónia alegou que esta diretiva não contém nenhuma disposição relativa à responsabilidade dos prestadores de serviços de partilha para com os utilizadores em caso de violação deste n.º 7. Na minha opinião, esta responsabilidade deve ser encontrada no direito nacional dos Estados-Membros, no respeito do princípio da autonomia processual. Devem ser estabelecidas outras sanções efetivas, dissuasivas e proporcionadas. Além disso, uma vez que o respeito dos direitos dos utilizadores se incorpora em «todos os esforços» que devem ser envidados pelos prestadores de serviços de partilha, daqui resulta que, se esse fornecedor não respeitar os direitos em questão, *deve perder o benefício do mecanismo de isenção previsto no n.º 4 desse artigo*.

[250] Com efeito, as ferramentas de reconhecimento por «impressão» são capazes de fazer distinções em função da quantidade de conteúdos protegidos reutilizada num conteúdo colocado em linha, no que se refere, nomeadamente, aos conteúdos áudio e vídeo. É certo que, como alega o Governo francês, não basta, por exemplo, que um excerto musical seja inferior a uma certa duração para que a exceção de citação seja aplicável, uma vez que isso depende da intenção do utilizador (v. nota 178 das presentes conclusões). Todavia, trata-se simplesmente de gerir, na parametrização da ferramenta de filtragem, uma margem em que a aplicação desta exceção não se afigura *certa*, mas apenas razoavelmente *possível*.

para o prestador em causa, fazer uma análise manual do conteúdo em causa para verificar se a aplicação dessa exceção ou limitação é manifestamente excluída ou, pelo contrário, razoavelmente possível [251].

212. De uma maneira geral, uma vez que se trata de diferentes tipos de prestadores, de serviços e de obras ou de material protegido, a definição dessas soluções práticas não pode ser deixada aos referidos prestadores nem, contrariamente ao que alega o Governo francês, ser totalmente deixada aos titulares de direitos [252]. Tendo em conta a importância das referidas soluções para a liberdade de expressão, estas não devem ser definidas de uma forma opaca apenas por aquelas partes privadas, mas de forma transparente sob a supervisão das autoridades públicas.

213. Na minha opinião, é precisamente aí que reside a utilidade do diálogo entre as partes envolvidas previsto pelo legislador da União no artigo 17.º, n.º 10, da Diretiva 2019/790. Esta disposição prevê o dever da Comissão, em cooperação com os Estados-Membros, organizar diálogos entre os prestadores de serviços de partilha, os titulares de direitos, as organizações de utilizadores e as outras partes envolvidas interessadas com vista a debater as «melhores práticas para a cooperação entre os prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha e os titulares de direitos». Nesta base, a Comissão deve emitir orientações sobre a aplicação deste artigo 17.º, em particular no que diz respeito à maneira de implementar as disposições impugnadas. Neste processo devem ser tidos em «especial consideração» «a necessidade de manter um equilíbrio entre os direitos fundamentais e a utilização de exceções e limitações». Assim, a Comissão, com o auxílio das partes interessadas, deve propor soluções práticas que permitam a aplicação das disposições impugnadas, no respeito dos n.os 7 e 8 do referido artigo 17.º [253].

214. Por último, esclareço que, como sustenta a Comissão, e de acordo com o que referi no n.º 183 das presentes conclusões, a obrigação prevista no artigo 17.º, n.º 7, da Diretiva 2019/790 não significa que os mecanismos que conduzam a um número reduzido de casos de «falsos positivos» sejam automaticamente contrários a esta disposição. No entanto, a taxa de erro deve ser a mais baixa possível. Daqui resulta que, nos casos em que não seja possível, no estado atual da tecnologia, tratando-se, por exemplo, de certos tipos de obras e de material protegido, utilizar uma ferramenta de filtragem automática sem implicar uma taxa de «falso positivo» considerável, a utilização dessa ferramenta deve, na minha opinião, ser excluída nos termos desse n.º 7 [254].

[251] A este respeito, a abordagem explicada pela Comissão no seu documento «Targeted consultation addressed to the participants to the stakeholder dialogue on Article 17 of the Directive on Copyright in the Digital Single Market» é, a meu ver, uma boa maneira de proceder (v. pp. 15 e 16 desse documento). V., para propostas próximas, Quintais, J., Frosio G., van Gompel, S., e o., *op. cit.*; Lambrecht, M., *op. cit.*, pp. 79 a 94, e Leitsner, M., *op. cit.*, pp. 193 a 208. Os dispositivos autoabuso também podem ser previstos pelos Estados Membros. Não é necessário, no presente processo, tomar uma posição mais precisa sobre essas diferentes propostas.

[252] O Governo francês alega que a aplicação de ferramentas de reconhecimento assenta em regras de gestão parametrizadas pelos titulares de direitos e que, por exemplo, no domínio do cinema, estes últimos toleravam, geralmente contra uma parte das receitas ligadas à «rentabilização» do vídeo em causa (v. n.º 58 das presentes conclusões) a colocação em linha de extratos de vários minutos dos seus filmes. É certo que a ideia de que o cumprimento das exceções e limitações pode ser assegurado por medidas voluntárias adotadas pelos titulares de direitos não é alheia ao direito da União (v. artigo 6.º, n.º 4, da Diretiva 2001/29 relativa às medidas de caráter tecnológico destinadas à proteção). No entanto, considero que, num contexto de filtragem como o que resulta das disposições impugnadas, tendo em conta os riscos que descrevi, a proteção dos direitos dos utilizadores não deve assentar unicamente na vontade desses mesmos titulares.

[253] Na minha opinião, estas orientações, ao definirem essas «melhores práticas», contribuirão para estabelecer os «mais elevados padrões de diligência profissional do setor» que os prestadores devem respeitar, em conformidade com as disposições impugnadas. Se for caso disso, as referidas orientações deverão ser atualizadas para acompanhar «a evolução da tecnologia de ponta».

[254] V., no mesmo sentido, Grisse, K., *op. cit.*, p. 898.

215. A interpretação sugerida nas presentes conclusões não é posta em causa pelo argumento dos Governos espanhol e francês de que é imperativo bloquear preventivamente a totalidade dos conteúdos que reproduzem, no todo ou em parte, o material protegido identificado pelos titulares de direitos para eliminar qualquer risco de difusão de um conteúdo ilícito num serviço de partilha, uma vez que essa difusão lhes pode causar um dano «irreparável», tendo em conta a rapidez da troca de informações na Internet.

216. Com efeito, na minha opinião, embora o risco de dano grave e iminente gerado por uma tentativa de colocação em linha de um conteúdo manifestamente contrafeito possa justificar uma medida de bloqueio preventivo desse conteúdo [255], os referidos titulares não podem exigir o «risco zero» quanto às eventuais violações dos seus direitos, como indiquei no n.º 184 das presentes conclusões. Seria desproporcionado aplicar essas medidas a todos os casos, mais discutíveis, de potenciais danos, eventualmente causados, por exemplo, por conteúdos «transformativos» suscetíveis de serem ou não abrangidos no âmbito das exceções e limitações aos direitos de autor, que não estão em concorrência direta com o material protegido original [256]. Para essas situações, adotar medidas preventivas semelhantes pode, pelo contrário, causar danos «irreparáveis» à liberdade de expressão, pelas razões que expliquei no n.º 188 destas conclusões.

217. Além disso, o Tribunal de Justiça declarou em várias ocasiões «que não decorre de forma alguma do artigo 17.º, n.º 2, da Carta que o direito de propriedade intelectual seja intangível e que a sua proteção deva, assim, ser assegurada de forma absoluta» [257].

218. De resto, a interpretação sugerida nas presentes conclusões não deixa os titulares de direitos sem proteção no que respeita a esses conteúdos equívocos. Não se trata, nomeadamente, de rever o alcance do direito de comunicação ao público enquanto tal [258]. Com efeito, o facto de determinados conteúdos que reproduzem de forma ilícita as suas obras e outro material protegido não serem bloqueados no momento da colocação em linha não impede esses titulares, nomeadamente [259], de pedir a retirada e o bloqueio permanente dos conteúdos em questão através de um aviso, em conformidade com o artigo 17.º, n.º 4, alínea c), da Diretiva 2019/790 [260], que contenha explicações razoáveis sobre os motivos pelos quais, por exemplo, a aplicação de uma exceção deve ser excluída [261]. O prestador em causa deverá, pelo seu lado, examinar esse aviso de forma diligente e decidir se, à luz desses novos elementos, a ilegalidade é evidente [262]. Pressupondo que seja esse o caso, o prestador em causa deve, sob pena de ser responsabilizado, bloquear prontamente o acesso ao conteúdo ou retirá-lo do seu sítio Internet. Como sublinha a

[255] Penso, por exemplo, na colocação em linha ilícita, num serviço de partilha, de um filme recente, ou até ainda não saído em salas.

[256] V., no mesmo sentido, Lambrecht, M., *op. cit.*, pp. 89 e 90.

[257] V., nomeadamente, Acórdão de 27 de março de 2014, UPC Telekabel Wien (C-314/12, EU:C:2014:192, n.º 61 e jurisprudência referida).

[258] Não se trata nomeadamente de prever um limiar *de minimis* abaixo do qual os titulares perdem qualquer possibilidade de invocar os seus direitos. A existência desse limiar foi sempre rejeitada pelo Tribunal de Justiça. V., a este respeito, Conclusões do advogado-geral M. Szpunar no processo Pelham e o. (C-476/17, EU:C:2018:1002, n.os 28 a 33).

[259] Isto é, além disso, sem prejuízo da possibilidade de os titulares de direitos obterem uma injunção judicial (v. Considerando 66, primeiro parágrafo, da Diretiva 2019/790), ou até intentar uma ação contra o utilizador responsável.

[260] V., no mesmo sentido, Cabay, J., *op. cit.*, p. 221, e Lambrecht, M., *op. cit.*, p. 90. Neste âmbito, uma solução prática poderia consistir na informação dos titulares de direitos assim que um conteúdo que reproduza o seu material protegido seja colocado em linha, para que possam, sendo caso disso, preparar rapidamente um pedido fundamentado de bloqueio (v. artigo 17.º, n.º 9, segundo parágrafo, da Diretiva 2019/790). Assim, os referidos titulares não teriam, em todo o caso, o ónus de monitorizar eles próprios os serviços de partilha para descobrir e localizar os conteúdos em causa, que para eles seriam detetados automaticamente pela ferramenta de reconhecimento.

[261] Observo, aliás, que, para os conteúdos cuja ilicitude não seja manifesta, o TEDH considerou o sistema de «notificação e retirada» um meio adequado para manter um «justo equilíbrio» entre os direitos e interesses em jogo, uma vez que esses avisos permitem, precisamente, fornecer aos prestadores os elementos de contexto necessários para declarar o caráter ilícito do conteúdo. V., nomeadamente, TEDH, Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete e Index.hu Zrt c. Hungria, CE:ECHR:2016:0202JUD002294713, § 91.

[262] V., por analogia, as minhas Conclusões nos processos apensos YouTube e Cyando (n.º 190). Os prestadores de serviços de partilha não poderão, portanto, limitar-se a aprovar todos os pedidos de bloqueio que recebem dos titulares de direitos sem verificação.

Comissão, resulta do considerando 66, segundo parágrafo, da Diretiva 2019/790[263] que o legislador da União tinha previsto que, em certos casos, esta maneira de proceder fosse a única a permitir garantir a indisponibilidade de um determinado conteúdo. Na hipótese de a ilegalidade não ser evidente tendo em conta estas explicações, por o conteúdo em causa suscitar questões jurídicas complexas e/ou novas em matéria de direitos de autor, a intervenção do juiz, único competente para decidir tais questões, será em princípio necessária. Caberá então aos titulares de direitos recorrer a uma autoridade judicial, com base nomeadamente no artigo 8.º, n.º 3, da Diretiva 2001/29, a fim de que essa autoridade decida sobre esse conteúdo e, admitindo que seja ilícito, ordene o seu bloqueio.

219. Como justamente observou o Parlamento, isso assegura um «justo equilíbrio» entre as diligências impostas aos utilizadores, em certos casos, para obter a colocação em linha dos seus conteúdos e as exigidas aos titulares de direitos, noutros casos para obter a sua retirada[264].

### *4. Conclusão quanto à compatibilidade da restrição em causa com a Carta*

220. Resulta de todas as considerações precedentes que a restrição ao exercício do direito à liberdade de expressão e de informação resultante das disposições impugnadas, como interpretadas nas presentes conclusões, preenche todas as condições previstas no artigo 52.º, n.º 1, da Carta. Esta restrição é, portanto, na minha opinião, compatível com este instrumento. Consequentemente, entendo que deve ser negado provimento ao recurso da República da Polónia[265].

## C. Post-scriptum

221. Após a redação das presentes conclusões, durante a sua tradução pelos serviços do Tribunal de Justiça, foram publicados dois documentos importantes.

222. Por *um lado, fo*i proferido o Acórdão YouTube e Cyando[266]. O raciocínio adotado pelo Tribunal de Justiça nesse acórdão no que respeita às Diretivas 2000/31 e 2001/29, que não posso aqui analisar em pormenor, não põe em causa, na minha opinião, as considerações desenvolvidas nas presentes conclusões[267].

263 «[…] [N]ão se exclui que, em alguns casos, a disponibilidade do conteúdo não autorizado só possa ser evitada mediante notificação dos titulares de direitos».

264 E, como referi no n.º 178 das presentes conclusões, os prestadores de serviços de partilha deverão analisar essas queixas e notificações com a mesma prontidão — e a mesma diligência.

265 Gostaria de sublinhar um último ponto. Os recorridos e os intervenientes salientaram que a principal maneira de um prestador de serviços de partilha se eximir de qualquer responsabilidade pelas obras e outro material protegido colocados em linha no seu serviço consiste, em conformidade com o artigo 17.º, n.º 1, da Diretiva 2019/790, em obter uma autorização dos titulares de direitos. Neste contexto, o mecanismo de isenção de responsabilidade previsto no n.º 4 deste artigo — e as obrigações de filtragem daí decorrentes — apenas dizem respeito, em todo o caso, às obras e outro material protegido para os quais essa autorização não foi obtida. Na minha opinião, embora não se trate propriamente de uma «garantia» que enquadra essa filtragem, esta questão é importante para a liberdade de expressão dos utilizadores desses serviços, tanto mais que, em conformidade com o artigo 17.º, n.º 2, da Diretiva 2019/790, essas autorizações abrangem igualmente, em determinadas condições, os atos de «comunicação ao público» realizados por esses utilizadores. Partilho, portanto, da opinião da Comissão de que os Estados-Membros devem prever, no seu direito nacional, mecanismos destinados a facilitar a concessão de tais autorizações. Quanto mais autorizações dessas os prestadores de partilha possam obter, mais os titulares de direitos obterão uma remuneração adequada pela utilização do seu material protegido, e menos os utilizadores terão de suportar medidas de filtragem e de bloqueio dos seus conteúdos.

266 Acórdão de 22 de junho de 2021 (C-682/18 e C-683/18, EU:C:2021:503).

267 V. Acórdão de 22 de junho de 2021, YouTube e Cyando (C-682/18 e C-683/18, EU:C:2021:503, n.º 59).

223. *Por outro lado*, a Comissão publicou as suas orientações sobre a aplicação do artigo 17.º da Diretiva 2019/790[268]. No essencial, retomam o que a Comissão tinha defendido no Tribunal de Justiça e refletem as explicações que constam dos n.os 158 a 219 das presentes conclusões. *No entanto*, as referidas orientações indicam também, de modo inédito, que os titulares de direitos devem ter a possibilidade de «reservar» (*earmark*) o material cuja colocação em linha não autorizada seja «suscetível de lhes causar um prejuízo económico significativo». Esses prestadores devem fazer prova de uma diligência particular relativamente a este material. É ainda indicado que estes últimos não cumprem as suas obrigações de «melhores esforços» se permitirem a colocação em linha de conteúdos que reproduzam esse mesmo material apesar de tais «reservas». Se tal deve ser entendido no sentido de que esses mesmos prestadores devem bloquear *ex ante* conteúdos mediante a simples alegação de um risco de prejuízo económico importante pelos titulares de direitos — não contendo as orientações outro critério que limite objetivamente o mecanismo de «reserva» a casos particulares[269] —, ainda que esses conteúdos não sejam manifestamente contrafeitos, não o posso subscrever, a menos que alterasse tudo o que expus nestas conclusões.

## VI. Quanto às despesas

224. Nos termos do artigo 138.º, n.º 1, do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça, a parte vencida é condenada nas despesas se a parte vencedora o tiver requerido. Uma vez que, na minha opinião, deve ser negado provimento ao recurso da República da Polónia e que o Parlamento e o Conselho apresentaram requerimento nesse sentido, este Estado-Membro deve ser condenado nas despesas. No entanto, os Governos espanhol e francês e a Comissão, que intervieram no litígio, devem suportar as suas próprias despesas, em conformidade com o artigo 140.º, n.º 1, deste regulamento.

## VII. Conclusão

225. Tendo em atenção todas as considerações que precedem, proponho que o Tribunal de Justiça:

– negue provimento ao recurso da República da Polónia;

– condene este Estado-Membro nas despesas; e

– condene o Reino de Espanha, a República Francesa e a Comissão Europeia a suportarem as suas próprias despesas.

[268] V. Comunicação da Comissão, «Guidance on Article 17 of Directive 2019/790 on Copyright in the Digital Single Market», em especial pp. 18 a 24.

[269] A Comissão refere o material que tem um particular valor económico durante um determinado período. No entanto, o mecanismo de «reserva» não parece limitado a esses objetos. As orientações também não definem o conceito de «prejuízo económico significativo». Recordo que, segundo o Governo francês, em caso de colocação em linha de um conteúdo contrafeito, o prejuízo económico sofrido pelos titulares de direitos é sempre «irreparável».