



Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. HENRIK SAUGMANDSGAARD ØE
presentadas el 15 de julio de 2021¹

Asunto C-401/19

República de Polonia
contra
Parlamento Europeo,

Consejo de la Unión Europea

«Recurso de anulación — Directiva (UE) 2019/790 — Derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor — Uso de contenidos protegidos por parte de prestadores de servicios para compartir contenidos en línea — Comunicación al público — Responsabilidad de dichos prestadores — Artículo 17 — Exención de responsabilidad — Apartado 4, letras b) y c), *in fine* — Filtrado de los contenidos puestos en línea por los usuarios — Libertad de expresión y de información — Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea — Artículo 11, apartado 1 — Compatibilidad — Garantías que delimitan el filtrado»

I. Introducción

1. Mediante el presente recurso, interpuesto con arreglo al artículo 263 TFUE, la República de Polonia solicita al Tribunal de Justicia, con carácter principal, que anule el artículo 17, apartado 4, letras b) y c), *in fine*, de la Directiva (UE) 2019/790 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital y por la que se modifican las Directivas 96/9/CE y 2001/29/CE,² y, con carácter subsidiario, que anule el citado artículo 17 en su totalidad.

2. Este recurso brinda al Tribunal de Justicia la ocasión de examinar la cuestión de la responsabilidad de los proveedores de servicios de intercambio de contenidos en línea cuando los usuarios de tales servicios cargan contenidos protegidos por derechos de autor o derechos afines a los derechos de autor.³

3. Esta cuestión ya ha sido sometida a la consideración del Tribunal de Justicia en los asuntos acumulados C-682/18, YouTube, y C-683/18, Cyando, desde la perspectiva del marco establecido por la Directiva 2000/31/CE, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la

¹ Lengua original: francés.

² DO 2019, L 130, p. 92.

³ Utilizaré de forma indistinta las expresiones «poner en línea» o «cargar» para designar el proceso mediante el cual un contenido digital se hace accesible al público en sitios de Internet o en aplicaciones para dispositivos inteligentes asociadas a servicios para compartir contenidos.

sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico),⁴ y por la Directiva 2001/29/CE, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información.⁵ En esta ocasión, se trata de examinar el artículo 17 de la Directiva 2019/790, que establece un nuevo régimen de responsabilidad para los proveedores de servicios de intercambio de contenidos en línea.

4. Como expondré en las presentes conclusiones, esta disposición impone a tales proveedores obligaciones de supervisión de los contenidos que los usuarios de sus servicios ponen en línea, con el fin de evitar que se carguen obras y objetos protegidos que los titulares de derechos no desean que estén accesibles a través de esos servicios. Esta supervisión preventiva adoptará, por norma general, la forma de un filtrado de contenidos, llevado a cabo mediante herramientas informáticas.

5. Sin embargo, este filtrado plantea cuestiones complejas, expuestas por la demandante, en lo que respecta a la libertad de expresión y de información de los usuarios de los servicios para compartir contenidos, garantizada por el artículo 11 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en lo sucesivo, «Carta»). En línea con las sentencias *Scarlet Extended*,⁶ *SABAM*⁷ y *Glawischnig-Piesczek*,⁸ el Tribunal de Justicia deberá determinar si ese filtrado resulta compatible con la citada libertad y, en su caso, en qué condiciones. Deberá tener en cuenta las ventajas, pero también los riesgos, que entraña ese filtrado y, en ese contexto, garantizar un «justo equilibrio» entre, por un lado, el interés de los titulares de derechos en que su propiedad intelectual se proteja de forma efectiva y, por otro, el interés de los usuarios, y del público en general, en la libre circulación de la información en línea.

6. En las presentes conclusiones expondré que, desde mi punto de vista, el legislador de la Unión puede imponer algunas obligaciones de supervisión y de filtrado a determinados intermediarios en línea respetando la libertad de expresión, siempre que, en cualquier caso, tales obligaciones estén delimitadas por garantías suficientes para minimizar el impacto del filtrado sobre esa libertad. Habida cuenta de que, en mi opinión, el artículo 17 de la Directiva 2019/790 establece esas garantías, propondré al Tribunal de Justicia que declare que dicha disposición es válida y, por consiguiente, que desestime el recurso de la República de Polonia.⁹

⁴ Directiva del Parlamento y del Consejo, de 8 de junio de 2000 (DO 2000, L 178, p. 1).

⁵ Directiva del Parlamento y del Consejo, de 22 de mayo de 2001 (DO 2001, L 167, p. 1; corrección de errores en DO 2008, L 314, p. 16).

⁶ Sentencia de 24 de noviembre de 2011 (C-70/10, en lo sucesivo, «sentencia *Scarlet Extended*», EU:C:2011:771).

⁷ Sentencia de 16 de febrero de 2012 (C-360/10, en lo sucesivo, «sentencia *SABAM*», EU:C:2012:85).

⁸ Sentencia de 3 de octubre de 2019 (C-18/18, en lo sucesivo «sentencia *Glawischnig-Piesczek*», EU:C:2019:821).

⁹ He de precisar desde este momento que, después de que estas conclusiones hubiesen sido redactadas, cuando estaban siendo traducidas, *por una parte*, se dictó la sentencia de 22 de junio de 2021, *YouTube y Cyando* (C-682/18 y C-683/18, EU:C:2021:503), y, *por otra parte*, la Comisión publicó sus Orientaciones sobre el artículo 17 de la Directiva 2019/790 sobre los derechos de autor en el mercado único digital [*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», de 4 de junio de 2021 [COM(2021) 288 final]]. Teniendo en cuenta el avanzado estado en el que se encontraban las presentes conclusiones, me he limitado a examinar estos dos documentos en un *post scriptum* que el lector encontrará en los puntos 221 y siguientes de este texto.

II. Marco jurídico

A. Directiva 2000/31

7. El artículo 14 de la Directiva 2000/31, titulado «Alojamiento de datos», dispone lo siguiente en su apartado 1:

«Los Estados miembros garantizarán que, cuando se preste un servicio de la sociedad de la información consistente en almacenar datos facilitados por el destinatario del servicio, el prestador de servicios no pueda ser considerado responsable de los datos almacenados a petición del destinatario, a condición de que:

- a) el prestador de servicios no tenga conocimiento efectivo de que la actividad [o] la información es ilícita y, en lo que se refiere a una acción por daños y perjuicios, no tenga conocimiento de hechos o circunstancias por los que la actividad o la información revele su carácter ilícito, o de que,
- b) en cuanto tenga conocimiento de estos puntos, el prestador de servicios actúe con prontitud para retirar los datos o hacer que el acceso a ellos sea imposible.»

8. El artículo 15 de esta misma Directiva, titulado «Inexistencia de obligación general de supervisión», establece lo siguiente en su apartado 1:

«Los Estados miembros no impondrán a los prestadores de servicios una obligación general de supervisar los datos que transmitan o almacenen, ni una obligación general de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas, respecto de los servicios contemplados en los artículos 12, 13 y 14.»

B. Directiva 2001/29

9. El artículo 3 de la Directiva 2001/29, titulado «Derecho de comunicación al público de obras y derecho de poner a disposición del público prestaciones protegidas», dispone lo siguiente en sus apartados 1 y 2:

«1. Los Estados miembros establecerán en favor de los autores el derecho exclusivo a autorizar o prohibir cualquier comunicación al público de sus obras, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, incluida la puesta a disposición del público de sus obras de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija.

2. Los Estados miembros concederán el derecho exclusivo a autorizar o prohibir la puesta a disposición del público, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, de tal forma que cualquier persona pueda tener acceso a ellos desde el lugar y en el momento que elija:

- a) a los artistas, intérpretes o ejecutantes, de las fijaciones de sus actuaciones;
- b) a los productores de fonogramas, de sus fonogramas;

- c) a los productores de las primeras fijaciones de películas, del original y las copias de sus películas;
- d) a los organismos de radiodifusión, de las fijaciones de sus emisiones, con independencia de que estas se transmitan por procedimientos alámbricos o inalámbricos, inclusive por cable o satélite.»

10. El artículo 5, apartado 3, de la misma Directiva, titulado «Excepciones y limitaciones», tiene el siguiente tenor:

«Los Estados miembros podrán establecer excepciones o limitaciones a los derechos a que se refieren los artículos 2 y 3 en los siguientes casos:

[...]

- d) cuando se trate de citas con fines tales como la crítica o reseña [...];

[...]

- k) cuando el uso se realice a efectos de caricatura, parodia o pastiche;

[...]»

C. Directiva 2019/790

11. El artículo 17 de la Directiva 2019/790, titulado «Uso de contenidos protegidos por parte de prestadores de servicios para compartir contenidos en línea», establece lo siguiente:

«1. Los Estados miembros dispondrán que los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea realicen un acto de comunicación al público o de puesta a disposición del público a efectos de la presente Directiva cuando ofrecen al público el acceso a obras protegidas por derechos de autor u otras prestaciones protegidas que hayan sido cargadas por sus usuarios.

Por consiguiente, los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea deberán obtener una autorización de los titulares de derechos a que se refiere el artículo 3, apartados 1 y 2, de la [Directiva 2001/29], por ejemplo, mediante la celebración de un acuerdo de licencia, con el fin de comunicar al público o de poner a su disposición obras u otras prestaciones.

2. Los Estados miembros dispondrán que, si un prestador de servicios para compartir contenidos en línea obtiene una autorización, por ejemplo a través de la conclusión de un acuerdo de licencia, dicha autorización comprenda también los actos realizados por usuarios de los servicios que entren en el ámbito de aplicación del artículo 3 de la [Directiva 2001/29] cuando no actúen con carácter comercial o en caso de que su actividad no genere ingresos significativos.

3. Cuando los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea sean responsables de actos de comunicación al público o de puesta a disposición del público en las condiciones establecidas en la presente Directiva, la limitación de responsabilidad prevista en el artículo 14, apartado 1, de la [Directiva 2000/31] no se aplicará a las situaciones contempladas por el presente artículo.

El párrafo primero del presente apartado no afectará a la posible aplicación del artículo 14, apartado 1, de la [Directiva 2000/31] a esos prestadores de servicios con respecto a fines ajenos al ámbito de aplicación de la presente Directiva.

4. En caso de que no se conceda una autorización, los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea serán responsables de los actos no autorizados de comunicación al público, incluida la puesta a disposición de este, de obras y otras prestaciones protegidas por derechos de autor, a menos que demuestren que:

- a) han hecho los mayores esfuerzos por obtener una autorización, y
- b) han hecho, de acuerdo con normas sectoriales estrictas de diligencia profesional, los mayores esfuerzos por garantizar la indisponibilidad de obras y otras prestaciones específicas respecto de las cuales los titulares de derechos les hayan facilitado la información pertinente y necesaria, y en cualquier caso
- c) han actuado de modo expeditivo al recibir una notificación suficientemente motivada de los titulares de derechos, para inhabilitar el acceso a las obras u otras prestaciones notificadas o para retirarlas de sus sitios web, y han hecho los mayores esfuerzos por evitar que se carguen en el futuro de conformidad con la letra b).

5. Al determinar si el prestador del servicio ha cumplido con sus obligaciones en virtud del apartado 4 y a la luz del principio de proporcionalidad, deben tenerse en cuenta, entre otros, los siguientes elementos:

- a) el tipo, la audiencia y la magnitud del servicio, así como el tipo de obras u otras prestaciones cargadas por los usuarios del servicio, y
- b) la disponibilidad de medios adecuados y eficaces y su coste para los prestadores de servicios.

[...]

7. La cooperación entre los prestadores de servicios [para compartir] contenidos en línea y los titulares de derechos no dará lugar a que se impida la disponibilidad de obras u otras prestaciones cargadas por usuarios que no infrinjan los derechos de autor y derechos afines, también cuando a dichas obras o prestaciones se les aplique una excepción o limitación.

Los Estados miembros garantizarán que los usuarios en cada Estado miembro puedan ampararse en cualquiera de las siguientes excepciones o limitaciones vigentes al cargar y poner a disposición contenidos generados por usuarios en los servicios para compartir contenidos en línea:

- a) citas, críticas, reseñas;
- b) usos a efectos de caricatura, parodia o pastiche.

8. La aplicación del presente artículo no dará lugar a ninguna obligación general de supervisión.

Los Estados miembros dispondrán que los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea proporcionen a los titulares de derechos que lo soliciten información adecuada sobre el funcionamiento de sus prácticas en relación con la cooperación a que se refiere el apartado 4, así

como, cuando se celebren acuerdos de licencia entre prestadores de servicios y titulares de derechos, información sobre el uso de los contenidos contemplados por los acuerdos.

9. Los Estados miembros dispondrán que los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea establezcan un mecanismo de reclamación y recurso ágil y eficaz que esté a disposición de los usuarios de sus servicios en caso de litigio sobre la inhabilitación del acceso a obras u otras prestaciones cargadas por ellos o sobre su retirada.

Cuando los titulares de derechos soliciten que se inhabilite el acceso a obras u otras prestaciones específicas suyas o que se retiren tales obras o prestaciones, deberán justificar debidamente los motivos de su solicitud. Las reclamaciones presentadas con arreglo al mecanismo establecido en el párrafo primero se tramitarán sin dilación indebida y las decisiones de inhabilitar el acceso a los contenidos cargados o de retirarlos estarán sujetas a examen por parte de personas. Los Estados miembros garantizarán además que se disponga de mecanismos de solución extrajudicial de litigios. Dichos mecanismos permitirán una resolución imparcial de los litigios y no privarán al usuario de la protección jurídica que ofrece el Derecho nacional, sin perjuicio de los derechos de los usuarios de emplear otros recursos judiciales eficaces. En particular, los Estados miembros garantizarán que los usuarios tengan acceso a un tribunal o a otro órgano jurisdiccional competente a fin de invocar el uso de una excepción o limitación a los derechos de autor y derechos afines.

La presente Directiva no afectará en modo alguno a las utilizaciones lícitas, tales como usos al amparo de excepciones y limitaciones establecidas en el Derecho de la Unión [...].

Los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea informarán a los usuarios, en sus condiciones generales, de que pueden utilizar las obras y otras prestaciones al amparo de las excepciones o limitaciones a los derechos de autor y derechos afines establecidas en el Derecho de la Unión.

10. A partir del 6 de junio de 2019, la Comisión, en cooperación con los Estados miembros, organizará diálogos entre las partes interesadas para discutir las mejores prácticas para la cooperación entre los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea y los titulares de derechos. En consulta con los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea, los titulares de derechos, las organizaciones de usuarios y otras partes interesadas, y teniendo en cuenta los resultados de los diálogos con las partes interesadas, la Comisión dictará orientaciones sobre la aplicación del presente artículo, en particular en lo relativo a la cooperación a que se refiere el apartado 4. Al discutir las mejores prácticas se tendrán especialmente en cuenta, entre otros aspectos, la necesidad de encontrar un justo equilibrio entre los derechos fundamentales y el uso de excepciones y limitaciones. A efectos de los diálogos entre las partes interesadas, las organizaciones de usuarios tendrán acceso a información adecuada de los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea sobre el funcionamiento de sus prácticas en lo que se refiere al apartado 4.»

III. Hechos que originaron el presente recurso

A. Propuesta de Directiva sobre los derechos de autor en el mercado único digital

12. El 14 de septiembre de 2016, la Comisión Europea presentó una propuesta de Directiva sobre los derechos de autor en el mercado único digital.¹⁰ Dicha propuesta tenía por objeto adaptar las normas de la Unión en el ámbito de la propiedad literaria y artística —derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor—, en particular, la Directiva 2001/29, a la evolución de las tecnologías digitales.¹¹ También tenía la finalidad de lograr una mayor armonización en ese ámbito de manera que, garantizando en todo caso un nivel elevado de protección de la propiedad intelectual, se permitiera una amplia disponibilidad de los contenidos creativos en toda la Unión y se mantuviera en el entorno digital un «justo equilibrio» con otros intereses públicos.

13. En ese contexto, el artículo 13 de dicha propuesta pretendía, más concretamente, poner remedio al «value gap», es decir, a la diferencia entre el valor que los proveedores de servicios de intercambio de contenidos en línea obtienen de las obras y prestaciones y las cantidades que repercuten a los titulares de derechos.¹²

14. A este respecto, procede recordar que los servicios de que se trata, característicos de la «Web 2.0» interactiva, de los que YouTube,¹³ Soundcloud o incluso Pinterest son los ejemplos más conocidos, permiten a cualquier persona poner automáticamente en línea los contenidos que desee sin una selección previa por parte de sus proveedores. Los contenidos que los usuarios de esos servicios ponen en línea —comúnmente denominados «user-generated content» o «user-uploaded content»— pueden ser consultados posteriormente en *streaming* (difusión en flujo continuo) en sitios de Internet o a través de aplicaciones para dispositivos inteligentes asociadas a dichos servicios, consulta que se facilita mediante funciones de indexación, búsqueda y recomendación de las que, por lo general, disponen —en la mayoría de los casos, de forma gratuita—. Los proveedores de esos servicios suelen obtener sus ingresos con la venta de espacio publicitario. De este modo, se pone a disposición del público a través de Internet una ingente cantidad de contenidos,¹⁴ incluida una parte significativa de obras y otras prestaciones.

15. Pues bien, a partir del año 2015, los titulares de derechos, sobre todo los de la industria musical, han alegado que, mientras que esos servicios para compartir contenidos ocupan, de hecho, un lugar importante en la distribución en línea de obras y otras prestaciones y que sus proveedores obtienen ingresos publicitarios considerables, estos no remuneran de forma equitativa a dichos titulares. En su opinión, las cantidades que esos proveedores repercuten a esos mismos titulares son, en particular, insignificantes en relación con las que los servicios de *streaming* musical —como Spotify— les abonan, a pesar de que los consumidores perciben ambos tipos de servicios como fuentes equivalentes de acceso a las citadas prestaciones. De ello resulta también, en su opinión, una competencia desleal entre ambos servicios.¹⁵

¹⁰ Propuesta de Directiva del Parlamento y del Consejo sobre los derechos de autor en el mercado único digital (COM/2016/0593 final) (en lo sucesivo, «propuesta de Directiva»).

¹¹ Véase la exposición de motivos de la propuesta de Directiva, pp. 2 y 3.

¹² Véase la propuesta de Directiva, p. 3, y «Commission Staff Working Document, impact assesment on the modernisation of EU copyright rules» (SWD/2016/301 final) (en lo sucesivo, «análisis de impacto»), parte 1/3, pp. 137 a 141.

¹³ Véase, en lo que respecta a la plataforma YouTube, mis conclusiones presentadas en los asuntos acumulados YouTube y Cyando (C-682/18 y C-683/18, en lo sucesivo, «conclusiones presentadas en los asuntos acumulados YouTube y Cyando», EU:C:2020:586), puntos 14 a 18.

¹⁴ Por ejemplo, cada día los usuarios de YouTube que, según afirma Google, ascienden a más de 1 900 millones, publican varios cientos de miles de vídeos en esa plataforma. Véanse mis conclusiones presentadas en los asuntos acumulados YouTube y Cyando, punto 43.

¹⁵ Véase el análisis de impacto, parte 1/3, pp. 137, 139 y 142, y parte 3/3, anexo 12B.

16. Para comprender mejor el argumento del «value gap», es preciso recordar el marco jurídico aplicable antes de la adopción de la Directiva 2019/790 y las dudas que generaba.

17. *Por un lado*, el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29 reconoce a los autores el derecho exclusivo a autorizar o prohibir cualquier «comunicación al público» de sus obras, incluida «la puesta a disposición del público» de dichas obras de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija.¹⁶ El artículo 3, apartado 2, de dicha Directiva¹⁷ reconoce derechos similares a los titulares de derechos afines sobre sus prestaciones.¹⁸ Por tanto, en principio,¹⁹ un tercero no puede «comunicar al público» una obra o prestación sin haber obtenido, con carácter previo, una autorización de los titulares de derechos sobre ella, autorización que suele adoptar la forma de un acuerdo de licencia celebrado a cambio de una contraprestación.²⁰ Pues bien, aunque siempre ha estado claro que la puesta en línea de una obra o prestación por un usuario en un servicio para compartir contenidos constituye un acto de «comunicación al público» que precisa de esa autorización previa, existía cierta controversia entre proveedores y titulares de derechos sobre si los proveedores de esos servicios debían celebrar ellos mismos acuerdos de licencia y remunerar a los titulares de derechos.²¹

18. *Por otro lado*, el artículo 14 de la Directiva 2000/31 constituye un puerto seguro (*safe harbour*) para los prestadores de servicios de la sociedad de la información que consisten en el almacenamiento de contenidos facilitados por terceros. Esta disposición establece, en esencia, que el prestador de ese servicio está exento de toda responsabilidad que pueda derivarse²² de contenidos ilícitos que almacene a petición de los usuarios de tal servicio, siempre que no tenga conocimiento de su carácter ilícito o de que, en su caso, los elimine sin demora. Pues bien, una vez más existía cierta controversia sobre si los proveedores de servicios de intercambio de contenidos en línea podían acogerse a esa exención en materia de derechos de autor.²³

19. Pese a lo encendido de esas controversias, el Tribunal de Justicia no había tenido hasta este momento la oportunidad de zanjarlas.²⁴

20. En esas circunstancias, determinados proveedores de servicios de intercambio de contenidos se habían negado simplemente a celebrar acuerdos de licencia con los titulares de derechos por las obras y prestaciones puestas en línea por los usuarios de sus servicios, considerando que no

¹⁶ El artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29 recoge pues, en sentido estricto, un «derecho de comunicación al público» y un «derecho de puesta a disposición del público». Sin embargo, dado que el primero engloba al segundo, utilizaré, por comodidad, la expresión «comunicación al público» para referirme indistintamente a ambos derechos.

¹⁷ En realidad, el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2001/29 únicamente reconoce a los titulares de derechos afines un derecho exclusivo de «puesta a disposición del público» de sus prestaciones. El derecho de «comunicación al público», en sentido estricto, se les reconoce en el artículo 8 de la Directiva 2006/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, 12 de diciembre de 2006, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual (DO 2006, L 376, p. 28). Para algunos titulares de derechos afines, ese último derecho es exclusivo; para otros, se trata únicamente de un derecho a percibir una compensación. Dicho esto, esos matices carecen de importancia en el presente asunto. Me limitaré pues a referirme al artículo 3 de la Directiva 2001/29.

¹⁸ Véase la enumeración que figura en el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2001/29, reproducida en el punto 9 de las presentes conclusiones.

¹⁹ Sin perjuicio de las excepciones y limitaciones a los derechos de autor (véase el punto 144 de las presentes conclusiones).

²⁰ Véase, en particular, la sentencia de 14 de noviembre de 2019, Spedidam (C-484/18, EU:C:2019:970), apartado 38 y jurisprudencia citada.

²¹ Véanse, a este respecto, mis conclusiones presentadas en los asuntos acumulados YouTube y Cyando, puntos 53 a 93.

²² El artículo 14, apartado 1, de la Directiva 2000/31 se aplica de manera horizontal a todo tipo de contenidos y responsabilidad, al margen del ámbito del Derecho que se vea afectado (propiedad intelectual, difamación, odio en línea, etc.). Véanse mis conclusiones presentadas en los asuntos acumulados YouTube y Cyando, punto 138 y la nota a pie de página 128.

²³ Véanse, a este respecto, mis conclusiones presentadas en los asuntos acumulados YouTube y Cyando, puntos 132 a 168.

²⁴ Acaba de hacerlo, en cierta medida, en la sentencia de 22 de junio de 2021, YouTube y Cyando (C-682/18 y C-683/18, EU:C:2021:503). Sobre dicha sentencia, véase el punto 222 de las presentes conclusiones.

estaban obligados a hacerlo. Otros proveedores habían aceptado a pesar de todo celebrar esos acuerdos si bien, según los titulares de derechos, sus condiciones no eran equitativas dado que no habían podido negociarlas en pie de igualdad con los citados proveedores.²⁵

21. Una vez recordado lo anterior, la finalidad de la propuesta de Directiva era, *por un lado*, que los titulares de derechos pudieran obtener una mejor remuneración por la utilización de sus obras y otras prestaciones en los servicios para compartir contenidos en línea, afirmando la obligación de los proveedores de tales servicios de celebrar acuerdos de licencia con dichos titulares.²⁶

22. *Por otro lado*, la citada propuesta tenía por objeto permitir a los titulares de derechos controlar más fácilmente el uso de sus obras y prestaciones en los servicios de que se trata. A tal efecto, su artículo 13 obligaba a los proveedores de tales servicios, en esencia, a emplear las herramientas de reconocimiento automático de contenido que, de forma voluntaria, ya utilizaban algunos de ellos, es decir, herramientas informáticas cuyo funcionamiento se explicará más adelante,²⁷ que pueden utilizarse, en particular, en el momento de la puesta en línea del contenido por parte del usuario —de ahí que esas herramientas se designen comúnmente mediante la expresión «Upload filter» (filtro de carga)— para comprobar, a través de un proceso automatizado, si ese contenido incluye una obra u otra prestación y, en su caso, inhabilitar su difusión.²⁸

23. La propuesta de Directiva —en particular, su artículo 13— dio lugar a un gran debate en el seno del Parlamento y del Consejo en el marco del procedimiento legislativo. Además, ese procedimiento estuvo marcado por intensas campañas de presión por parte de los operadores económicos afectados y por muestras de oposición por una parte de la sociedad civil, de los medios académicos y de los defensores de la libertad de expresión, que invocaron los efectos nefastos que, en su opinión, podría tener sobre esa libertad imponer a los proveedores de servicios de intercambio de contenidos la obligación de establecer «upload filters».²⁹

24. En última instancia, la propuesta de Directiva fue aprobada por el Parlamento el 26 de marzo de 2019 y por el Consejo el 16 de abril de 2019.³⁰ La propuesta se adoptó oficialmente como Directiva 2019/790, el 17 de abril de 2019. Debía ser transpuesta por los Estados miembros el 7 de junio de 2021 a más tardar.³¹

²⁵ Véase el análisis de impacto, parte 1/3, p. 140.

²⁶ Véase la exposición de motivos de la propuesta de Directiva, p. 3.

²⁷ Véase el punto 57 de las presentes conclusiones.

²⁸ Véase la propuesta de Directiva, considerandos 38, párrafo tercero, y 39, y artículo 13, apartado 1.

²⁹ Véase en particular la petición «Stop the censorship-machinery! Save the Internet!» (accesible en la dirección <https://www.change.org/p/european-parliament-stop-the-censorship-machinery-save-the-internet>). Véanse también Kaye, D., «Mandate of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression», de 13 de junio de 2018, y «Open Letter to Members of the European Parliament and the Council of the European Union: The Copyright Directive is failing», de 26 de abril de 2018, Naciones Unidas.

³⁰ La Directiva 2019/790 no fue adoptada por unanimidad. En la votación final en el Consejo, seis Estados miembros (la República Italiana, el Gran Ducado de Luxemburgo, el Reino de los Países Bajos, la República de Polonia, la República de Finlandia y el Reino de Suecia) se opusieron al texto, mientras que otros tres Estados miembros (el Reino de Bélgica, la República de Estonia y la República de Eslovenia) se abstuvieron [véase el documento 8612/19, de 16 de abril de 2019, «Resultado de la votación, Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital y por la que se modifican las Directivas 96/9/CE y 2001/29/CE (primera lectura)», accesible en la página <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-8612-2019-INIT/es/pdf>]. Por otra parte, varios Estados miembros manifestaron en distintas declaraciones sus temores sobre los efectos de dicha Directiva en los derechos de los usuarios (véase la declaración común de los Países Bajos, Luxemburgo, Polonia, Italia y Finlandia, la declaración de Estonia y la declaración de Alemania, disponibles en <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-7986-2019-ADD-1-REV-2/FR/pdf>).

³¹ La Directiva 2019/790 fue publicada en el *Diario Oficial de la Unión Europea* el 17 de mayo de 2019. Entró en vigor el 7 de junio del mismo año (véanse sus artículos 29 y 31).

B. Artículo 17 de la Directiva 2019/790

25. A lo largo de ese procedimiento legislativo, el artículo 13 de la propuesta de Directiva sufrió varias modificaciones. Fue adoptado, con una redacción sustancialmente distinta, como artículo 17 de la Directiva 2019/790. Considero oportuno exponer en este punto determinados aspectos fundamentales.

26. *En primer término*, el artículo 17 de la Directiva 2019/790 se dirige, como indica su título, a los «prestadores de servicios para compartir contenidos en línea». ³² Este concepto está definido en el artículo 2, punto 6, párrafo primero, de dicha Directiva como todo «prestador de un servicio de la sociedad de la información cuyo fin principal o uno de cuyos fines principales es almacenar y dar al público acceso a una gran cantidad de obras u otras prestaciones protegidas cargadas por sus usuarios, que el servicio organiza y promociona con fines lucrativos». Con independencia del carácter abierto de la redacción empleada, de ella se deduce claramente que el citado artículo 17 se refiere a los «grandes» proveedores de servicios de intercambio de contenidos que se consideran vinculados al «value gap», ³³ cuyo funcionamiento esa definición pretende, como es evidente, reflejar. ³⁴

27. *En segundo término*, el artículo 17 de la Directiva 2019/790, establece, en su apartado 1, primer párrafo, que los prestadores de servicios para compartir contenidos «realizan un acto de comunicación al público o de puesta a disposición del público a efectos de la presente Directiva cuando ofrecen al público el acceso a obras protegidas por derechos de autor u otras prestaciones protegidas que hayan sido cargadas por sus usuarios». Por consiguiente, como precisa el párrafo segundo de ese mismo apartado, dichos prestadores deben obtener, en principio, una autorización de los titulares de derechos, por ejemplo, mediante la celebración de un acuerdo de licencia, relativo al uso en sus servicios de contenidos protegidos cargados por los usuarios. ³⁵ El legislador de la Unión ha zanjado pues de esta manera *ex lege* la controversia mencionada en el punto 17 de las presentes conclusiones a favor de esos titulares. ³⁶

28. Esta obligación está directamente relacionada con el objetivo general que persigue el artículo 17 de la Directiva 2019/790, a saber, «lograr un funcionamiento correcto y equitativo del mercado de los derechos de autor», ³⁷ fomentando el desarrollo del «mercado de licencias entre titulares de derechos y prestadores de servicios para compartir contenidos». Se trata de reforzar la posición de esos titulares en el momento de la negociación (o renegociación) de acuerdos de licencia con estos prestadores, con el fin de que tales acuerdos sean «equitativos» y mantengan un

³² Por comodidad, utilizaré la expresión «prestador de servicios para compartir contenidos».

³³ Además, el considerando 62 de la Directiva 2019/790 precisa que el concepto de «prestador de servicios para compartir contenidos en línea» se refiere a los servicios que «tienen un papel importante en el mercado de contenidos en línea por competir con otros servicios en línea, como los servicios de emisión en continuo de audio y vídeo, por las mismas audiencias», lo cual refleja la argumentación resumida en el punto 15 de las presentes conclusiones.

³⁴ El artículo 2, apartado 6, párrafo segundo, de la Directiva 2019/790 incluye una lista no exhaustiva de prestadores de servicios a los que no debería aplicarse su artículo 17.

³⁵ Esa responsabilidad no sustituye —sino que se suma— a la de los usuarios que cargan contenidos, que realizan ellos mismos actos de «comunicación al público» independientes. Véase, no obstante, la nota a pie de página 265 de las presentes conclusiones.

³⁶ El considerando 64 de la Directiva 2019/790 indica que se trata de una «aclaración». En realidad, desde mi punto de vista, el legislador de la Unión ha redefinido el alcance del derecho de «comunicación al público», en el sentido del artículo 3 de la Directiva 2001/29 a los (exclusivos) efectos de la aplicación del citado artículo 17. Véanse mis conclusiones presentadas en los asuntos acumulados YouTube y Cyando, puntos 250 a 255.

³⁷ Considerando 3 de la Directiva 2019/790.

«equilibrio razonable entre ambas partes»³⁸ y, en tal medida, poner remedio al «value gap». La postura negociadora de dichos titulares queda aún más reforzada por cuanto, en principio, no están obligados, por su parte, a celebrar tales acuerdos con los prestadores.³⁹

29. *En tercer término*, el artículo 17 de la Directiva 2019/790 especifica, en su apartado 3, que, cuando un prestador de servicios para compartir contenidos sea responsable de un acto de «comunicación al público» o de «puesta a disposición del público», en las condiciones establecidas en el apartado 1 de dicho artículo, la exención de responsabilidad prevista en el artículo 14 de la Directiva 2000/31 no se aplica.⁴⁰

30. *En cuarto término*, el apartado 4 de ese mismo artículo 17 precisa que, cuando los prestadores de servicios para compartir contenidos no han obtenido la autorización de los titulares de derechos, son responsables de los actos «no autorizados»⁴¹ de comunicación al público realizados a través de sus servicios. Es una consecuencia lógica de lo anterior: dado que a partir de ahora se considera que los prestadores realizan actos de «comunicación al público» cuando «ofrecen el acceso» a obras u otras prestaciones cargadas por los usuarios de sus servicios, incurrir en *responsabilidad directa* (o «primaria») en caso de «comunicación» ilícita.

31. En principio, la responsabilidad directa que incumbe a la persona que realiza un acto ilícito de «comunicación al público» es una responsabilidad objetiva.⁴² Por consiguiente, los prestadores de servicios para compartir contenidos deben ser responsables de forma automática cada vez que se ponen en línea de forma ilegal en sus servicios obras o prestaciones. En esa medida, pueden ser condenados, en particular, a abonar a los titulares de derechos afectados una indemnización por los daños y perjuicios que eventualmente se deriven de esos actos.⁴³

32. Sin embargo, dado que, *por un lado*, los usuarios de los servicios para compartir contenidos son los que ponen en línea los contenidos que figuran en esos servicios, sin que sus prestadores realicen una selección previa a este respecto,⁴⁴ y que, *por otro lado*, es probable que tales prestadores no puedan obtener la autorización de todos los titulares de derechos para la totalidad de las obras y otras prestaciones, actuales o futuras, que puedan eventualmente cargarse en ellos,⁴⁵ esa responsabilidad objetiva obligaría a tales prestadores a cambiar completamente de modelo económico y, en dicha medida, abandonar el modelo mismo de la «Web 2.0» interactiva.

³⁸ Véase el considerando 61 de la Directiva 2019/790.

³⁹ Véase el considerando 61 de la Directiva 2019/790, que precisa que, «al no verse afectada la libertad contractual por esas disposiciones, los titulares de derechos no deben estar obligados a conceder una autorización o concluir acuerdos de licencia».

⁴⁰ Como indica el artículo 17, apartado 3, párrafo segundo, de la Directiva 2019/790, ello no afecta a la aplicación del citado artículo 14 a los prestadores de servicios para compartir contenidos con respecto a fines ajenos al ámbito de aplicación de dicha Directiva. En efecto, como expuse en mis conclusiones presentadas en los asuntos acumulados YouTube y Cyando, puntos 141 a 168, en mi opinión, los prestadores afectados se benefician de la exención prevista en el citado artículo 14 en otros supuestos. Como aduce la Comisión, el artículo 17, apartado 3, de la Directiva 2019/790 es, pues, una *lex specialis* respecto al mencionado artículo 14.

⁴¹ De estos términos ha de entenderse que los prestadores son responsables de los actos «ilícitos» de comunicación al público, es decir actos no autorizados a los que no se aplica ninguna excepción o limitación (véanse los puntos 143 y ss. de las presentes conclusiones).

⁴² Véanse mis conclusiones presentadas en los asuntos acumulados YouTube y Cyando, puntos 100 y 101.

⁴³ Véase el artículo 13 de la Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual (DO 2004, L 157, p. 45; versión corregida en DO 2004, L 195, p. 16).

⁴⁴ Véanse mis conclusiones presentadas en los asuntos acumulados YouTube y Cyando, puntos 73 a 78.

⁴⁵ *En primer lugar*, no todos los titulares de derechos desean autorizar el uso de sus obras y prestaciones en esos servicios. *Además*, aunque resultaría relativamente fácil para los prestadores de servicios para compartir contenidos celebrar, en su caso, acuerdos de licencia con los «Majors» o las entidades de gestión colectiva, sería más complejo con respecto al fin de «pequeños» titulares de derechos y de autores individuales. *Por último*, esa complejidad se ve acrecentada por el hecho de que los contenidos puestos en línea en los servicios para compartir contenidos pueden implicar múltiples y distintos tipos de derechos y de que los derechos de autor y los derechos afines están sujetos al principio de territorialidad. Por tanto, las licencias funcionan sobre base del criterio «país a país», lo que multiplica el número de autorizaciones que deben obtenerse.

33. Por consiguiente, el legislador de la Unión ha considerado que convenía establecer para esos prestadores un mecanismo de responsabilidad específico.⁴⁶ De conformidad con el artículo 17, apartado 4, de la Directiva 2019/790, los prestadores pueden eximirse de responsabilidad en caso de «comunicación al público» ilícita realizada por medio de sus servicios, si demuestran que:

- «a) han hecho los mayores esfuerzos por obtener una autorización, y
- b) han hecho, de acuerdo con normas sectoriales estrictas de diligencia profesional, los mayores esfuerzos por garantizar la indisponibilidad de obras y otras prestaciones específicas respecto de las cuales los titulares de derechos les hayan facilitado la información pertinente y necesaria, y en cualquier caso
- c) han actuado de modo expeditivo al recibir una notificación suficientemente motivada de los titulares de derechos, para inhabilitar el acceso a las obras u otras prestaciones notificadas o para retirarlas de sus sitios web, y han hecho los mayores esfuerzos por evitar que se carguen en el futuro de conformidad con la letra b)».

34. Dos de esos requisitos constituyen el meollo del presente recurso. Los demás apartados del artículo 17 de la Directiva 2019/790 se expondrán a medida que se analice el presente recurso.⁴⁷

IV. Procedimiento ante el Tribunal de Justicia y pretensiones de las partes

35. Mediante escrito presentado en la Secretaría del Tribunal de Justicia el 24 de mayo de 2019, la República de Polonia interpuso el presente recurso.

36. La República de Polonia solicita al Tribunal de Justicia que:

- Anule el artículo 17, apartado 4, letras b) y c), in fine, es decir, en la medida en que se refiere a la mención «y han hecho los mayores esfuerzos por evitar que se carguen en el futuro de conformidad con la letra b)», de la Directiva 2019/790.
- Con carácter subsidiario, en caso de que el Tribunal de Justicia considere que las disposiciones impugnadas no pueden disociarse de otras disposiciones recogidas en el artículo 17 de dicha Directiva sin modificar su esencia, anule dicho artículo en su totalidad.
- Condene en costas al Parlamento y al Consejo de la Unión Europea.

37. El Parlamento solicita al Tribunal de Justicia que:

- Desestime el recurso por infundado.
- Condene en costas a la República de Polonia.

38. El Consejo solicita al Tribunal de Justicia que:

- Declare la inadmisibilidad de las pretensiones principales.

⁴⁶ Véase el considerando 66 de la Directiva 2019/790.

⁴⁷ A excepción del artículo 17, apartado 6, de la Directiva 2019/790, que establece condiciones específicas de exención de responsabilidad para los «nuevos» prestadores de servicios para compartir contenidos, que excede del objeto del presente recurso.

- Con carácter subsidiario, desestime el recurso en su totalidad por infundado.
- Condene en costas a la República de Polonia.

39. Mediante resolución del Presidente del Tribunal de Justicia de 17 de octubre de 2019, se admitió la intervención del Reino de España, la República Francesa, la República Portuguesa y la Comisión Europea en apoyo de las pretensiones del Parlamento y del Consejo. Todas esas partes coadyuvantes, a excepción de la República Portuguesa, han presentado escritos de formalización de la intervención.

40. Las partes y los coadyuvantes, exceptuando al Gobierno portugués, estuvieron representadas en la vista celebrada el 10 de noviembre de 2020.

V. Análisis

41. En apoyo de su recurso, la República de Polonia invoca un único motivo basado en la vulneración del derecho a la libertad de expresión y de información, consagrado en el artículo 11, apartado 1, de la Carta.⁴⁸ Antes de examinar ese motivo en cuanto al fondo (epígrafe B), abordaré brevemente la cuestión de la admisibilidad del recurso (epígrafe A).

A. Sobre la admisibilidad

42. El Parlamento, el Consejo, el Gobierno francés y la Comisión aducen que las pretensiones principales del recurso son inadmisibles, en la medida en que están dirigidas a que se anulen únicamente las letras b) y c), *in fine*, del apartado 4 del artículo 17 de la Directiva 2019/790. Estoy de acuerdo.

43. En efecto, conforme a reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la anulación parcial de un acto de la Unión solo es posible en la medida en que los elementos cuya anulación se solicita sean *separables* del resto del acto. No se cumple dicha exigencia cuando la anulación parcial tenga como efecto modificar ese acto.⁴⁹

44. Pues bien, la anulación únicamente de las letras b) y c), *in fine*, de su apartado 4 modificaría, sin lugar a dudas, el artículo 17 de la Directiva 2019/790. Como aducen el Parlamento, el Consejo, el Gobierno francés y la Comisión, las distintas disposiciones del artículo 17 constituyen, de forma conjunta, un régimen «complejo» de responsabilidad, que refleja el equilibrio que el legislador de la Unión busca entre los derechos e intereses de los prestadores de servicios para compartir contenidos, de los usuarios de sus servicios y de los titulares de derechos. La anulación exclusivamente de las disposiciones impugnadas tendría como consecuencia sustituir ese régimen de responsabilidad por otro régimen tanto sustancialmente diferente como claramente más favorable para los prestadores. En otras palabras, realizar esa anulación parcial supondría que el Tribunal de Justicia *revisase* el propio artículo 17, lo que no puede hacer en el marco de un procedimiento de anulación con arreglo al artículo 263 TFUE.

⁴⁸ Limitaré por tanto mi examen a ese derecho fundamental, al margen de las cuestiones que el artículo 17 de la Directiva 2019/790 podría plantear en relación con otros derechos fundamentales garantizados por la Carta, como la libertad de empresa (artículo 16).

⁴⁹ Véase, en particular, la sentencia de 8 de diciembre de 2020, Polonia/Parlamento y Consejo (C-626/18, EU:C:2020:1000), apartado 28 y jurisprudencia citada.

45. En cambio, las partes están de acuerdo en la admisibilidad de las pretensiones formuladas por la demandante con carácter subsidiario, mediante las cuales solicita la anulación del artículo 17 de la Directiva 2019/790 en su totalidad. En efecto, por muy importante que sea ese artículo, su anulación no modificaría la Directiva. Sus numerosos artículos tienen distintos objetos y están estructurados en diferentes títulos y capítulos. En dicha medida, el artículo 17 de la citada Directiva es *separable* de sus demás artículos que, desde luego, podrían subsistir en caso de que fuera anulado.⁵⁰

B. Sobre el fondo

46. El motivo único invocado por la República de Polonia puede resumirse en pocas palabras. En esencia, dicha parte aduce que, de conformidad con el artículo 17, apartado 4, letras b) y c), *in fine*, de la Directiva 2019/790, para poder eximirse de toda responsabilidad en caso de «comunicación al público» ilícita de obras u otras prestaciones en sus servicios, los prestadores de servicios para compartir contenidos están obligados a llevar a cabo una supervisión preventiva de los contenidos que los usuarios desean publicar. A tal fin, deben utilizar herramientas informáticas que permitan filtrar de forma automática esos contenidos. Pues bien, desde su punto de vista, esta supervisión preventiva constituye una limitación al ejercicio del derecho a la libertad de expresión que garantiza el artículo 11 de la Carta. En opinión de dicha parte, esa limitación no es compatible con ese instrumento dado que vulnera el «contenido esencial» de ese derecho fundamental o, como mínimo, no respeta el principio de proporcionalidad.

47. En su contestación, el Parlamento y el Consejo, apoyados por los Gobiernos español y francés y por la Comisión, rebaten cada una de esas alegaciones. Las examinaré pues sucesivamente en las siguientes secciones. *En primer término*, abordaré el alcance de las disposiciones impugnadas (epígrafe 1). *A continuación*, examinaré la cuestión de la limitación al ejercicio del derecho a la libertad de expresión y de información (epígrafe 2) y, *por último*, la de la compatibilidad de la citada limitación con la Carta (epígrafe 3).

1. Sobre el alcance de las disposiciones impugnadas

48. Para comprender correctamente el alcance de los requisitos de exención de responsabilidad establecidos en el artículo 17, apartado 4, letras b) y c), *in fine*, de la Directiva 2019/790, conviene tener presentes, a efectos de comparación, los que figuran en el artículo 14 de la Directiva 2000/31. En esencia, en virtud de dicho artículo, el prestador está exento de cualquier responsabilidad que pueda derivarse de almacenar datos ilícitos a solicitud de un usuario de su servicio siempre que, primero, no tenga conocimiento de ello o, segundo, en su caso, haya actuado con prontitud para retirar esos datos o hacer imposible su acceso. En la práctica, no se espera que ese prestador supervise los datos almacenados en sus servidores y que busque, de forma activa, aquellos que sean ilícitos.⁵¹ En cambio, cuando se ponga en su conocimiento la existencia y localización de datos ilícitos, por lo general mediante una notificación enviada por un tercero, dicho prestador debe reaccionar retirando los datos de que se trate o impidiendo el acceso a ellos, conforme a un mecanismo de «notificación y retirada» (*notice and take down*).⁵²

⁵⁰ A excepción de la definición de «prestador de servicios para compartir contenidos en línea» que figura en el artículo 2, punto 6, de la Directiva 2019/790, que perdería su razón de ser.

⁵¹ De conformidad con el artículo 15 de la Directiva 2000/31 (véase el punto 105 de las presentes conclusiones). Dicho esto, al margen de esa exención de responsabilidad, pueden imponerse a los prestadores algunas obligaciones de supervisión por orden judicial (véanse, en particular, el artículo 14, apartado 3, de la Directiva 2000/31 y el artículo 8, apartado 3, de la Directiva 2001/29).

⁵² Véanse, para más detalle, mis conclusiones presentadas en los asuntos acumulados YouTube y Cyando (puntos 173 a 196).

49. Por el contrario, como aduce la demandante, para cumplir los requisitos previstos en las disposiciones impugnadas, los prestadores de servicios para compartir contenidos deben llevar a cabo una supervisión preventiva de los datos puestos en línea por los usuarios de esos servicios [epígrafe a)]. Pues bien, para llevar a cabo esa supervisión, en muchos casos los prestadores deberán utilizar herramientas informáticas que permitan filtrar de forma automática esos contenidos [epígrafe b)].

a) Supervisión preventiva de los contenidos puestos en línea por los usuarios ...

50. En primer lugar, procede recordar, por una parte, que, de conformidad con el artículo 17, apartado 4, letra b), de la Directiva 2019/790, los prestadores de servicios para compartir contenidos deben hacer «de acuerdo con normas sectoriales estrictas de diligencia profesional, los mayores esfuerzos» por «garantizar la indisponibilidad» de obras y otras prestaciones específicas respecto de las cuales los titulares de derechos les hayan facilitado la información pertinente y necesaria.

51. Por otra parte, de acuerdo con la letra c) de dicho apartado, al recibir una notificación suficientemente motivada de los titulares de derechos relativa a la presencia en sus servicios de obras u otras prestaciones, esos prestadores no solo deben actuar de modo expeditivo para inhabilitar el acceso a esas prestaciones o para retirarlas de sus sitios web,⁵³ sino que también deben hacer «los mayores esfuerzos» por «evitar que se carguen en el futuro», conforme, esta vez, a una lógica de «notificación y bloqueo permanente» (*notice and stay down*).

52. En resumen, las disposiciones impugnadas imponen a los prestadores de servicios para compartir contenidos obligaciones de diligencia —o, dicho de otro modo, obligaciones de medios⁵⁴— en materia de supervisión de sus servicios. Para «garantizar la indisponibilidad» de las obras u otras prestaciones identificadas por los titulares de derechos y «evitar que se carguen en el futuro», tales prestadores deben tomar «todas las medidas que tomaría un operador diligente»⁵⁵ para detectar y bloquear o retirar, de forma activa, de entre todos los contenidos que los usuarios ponen en línea, aquellos que reproducen las prestaciones de que se trate.⁵⁶

53. Esta interpretación queda confirmada por el objetivo que persigue el artículo 17 de la Directiva 2019/790. En efecto, conforme al artículo 14 de la Directiva 2000/31, los titulares de derechos debían supervisar los servicios para compartir contenidos y poner en conocimiento de sus prestadores, mediante una notificación, los contenidos infractores publicados en ellos para que los retiraran. Pues bien, como ha recordado el Consejo, cuando se adoptó el artículo 17, el legislador de la Unión consideró que ese sistema imponía una carga excesivamente pesada a los titulares de derechos y no les permitía controlar de forma eficaz el uso de sus obras y otras prestaciones en esos servicios.⁵⁷ En particular, los contenidos retirados a menudo volvían a

⁵³ Así, el requisito establecido en el artículo 17, apartado 4, letra c), *in principio*, es análogo a los previstos en el artículo 14 de la Directiva 2000/31.

⁵⁴ Las obligaciones de medios exigen al deudor que haga los mayores esfuerzos para alcanzar un resultado, sin estar obligado a alcanzarlo. Véanse, en tal sentido, las sentencias de 4 de junio de 2009, Comisión/Grecia (C-250/07, EU:C:2009:338), apartado 68, y de 27 de marzo de 2014, UPC Telekabel Wien (C-314/12, EU:C:2014:192), apartado 53.

⁵⁵ Véase el considerando 66, párrafo segundo, de la Directiva 2019/790.

⁵⁶ Así, el artículo 17, apartado 4, de la Directiva 2019/790 es, en esencia, un sistema de responsabilidad por negligencia: conforme a dicha disposición, los prestadores de servicios para compartir contenidos serán considerados responsables cuando no hayan luchado con la diligencia suficiente contra la puesta en línea de contenidos ilícitos por los usuarios de sus servicios. En esa medida, el citado artículo 17 es una especie de «híbrido» entre la responsabilidad directa en la que incurren los autores de actos ilícitos y la responsabilidad indirecta (o «secundaria») que corresponde a los intermediarios por hechos de terceros. Véanse, en relación con esa distinción, mis conclusiones presentadas en los asuntos acumulados YouTube y Cyando, puntos 64, 65, 102 y 103.

⁵⁷ Véase el análisis de impacto, parte 1/3, p. 140.

ponerse en línea poco tiempo después, lo cual obligaba a los titulares a multiplicar las notificaciones.⁵⁸ Para resolver ese problema, las disposiciones impugnadas trasladan a los prestadores la carga de supervisar sus servicios.⁵⁹

54. *En segundo lugar*, como aduce la República de Polonia, para cumplir los objetivos que persiguen las disposiciones impugnadas, los prestadores de servicios para compartir contenidos deben intentar impedir —*ex ante*— la puesta en línea de contenidos infractores, y no simplemente retirarlos —*ex post*—.

55. A este respecto, del considerando 66 de la Directiva 2019/790 se desprende que, de conformidad con el artículo 17, apartado 4, letra b), de dicha Directiva, los prestadores de servicios para compartir contenidos deben intentar «evitar» que las obras y otras prestaciones identificadas por los titulares de derechos «estén disponibles» en sus servicios. La letra c) de ese apartado es aún más explícita sobre la naturaleza de las medidas que se esperan, pues indica que los prestadores deben velar por «evitar» que las obras o prestaciones notificadas por los titulares de derechos «se carguen» en el futuro. La mención «de conformidad con la letra b)» pone además de manifiesto que se espera la misma conducta de tales prestadores en ambas letras: deben intentar *evitar* la puesta en línea —o la nueva puesta en línea, en el marco del mecanismo de «stay-down»— de ciertos contenidos ilícitos en sus servicios.

56. Una vez más, dicha interpretación queda corroborada por la finalidad del artículo 17 de la Directiva 2019/790 de permitir a los titulares de derechos controlar más fácilmente el uso de sus obras en los servicios para compartir contenidos. Como arguye el Consejo, esa disposición pretende reafirmar en el entorno digital el carácter exclusivo del derecho de «comunicación al público». Las obligaciones de diligencia que las disposiciones impugnadas imponen a los prestadores de servicios para compartir contenidos garantizan que los titulares puedan efectivamente «interponerse entre eventuales usuarios de su obra y la comunicación al público que estos usuarios quizás desearan realizar»⁶⁰ en esos servicios. Como han destacado el Parlamento y el Consejo, los prestadores deben por tanto intentar intervenir antes de la puesta en línea de los contenidos, es decir, antes de que las obras o prestaciones que eventualmente reproduzcan sean efectivamente «comunicadas al público» vulnerando ese derecho exclusivo.

b) ...que requerirá, en muchos casos, la utilización de herramientas de filtrado

57. En este punto de las presentes conclusiones, considero útil exponer que diversas herramientas informáticas permiten detectar automáticamente la puesta en línea o la presencia en un servidor de determinados datos. En particular, existen para ese fin herramientas de reconocimiento

⁵⁸ Véanse mis conclusiones presentadas en los asuntos acumulados YouTube y Cyando, punto 193.

⁵⁹ Véase el análisis de impacto, parte 1/3, p. 137, y el considerando 61 de la Directiva 2019/790.

⁶⁰ Véase, en particular, la sentencia de 8 de septiembre de 2016, GS Media (C-160/15, EU:C:2016:644), apartado 28 y jurisprudencia citada.

automático de contenidos (Automatic Content Recognition o «ACR»), basadas en distintas técnicas, a saber —de la más simple a la más sofisticada— la «función hash» (*hashing*), la «marca de agua digital» (*watermarking*) y la «huella digital» (*fingerprinting*).⁶¹

58. Pues bien, desde la segunda mitad de la primera década del siglo XXI, algunos prestadores de servicios para compartir contenidos han implantado de forma voluntaria esas herramientas, recurriendo en particular a la última técnica,⁶² fundamentalmente⁶³ para realizar búsquedas activas de contenidos infractores en sus servicios.⁶⁴ En efecto, las herramientas de reconocimiento mediante «huella digital» pueden *filtrar automáticamente* las obras y otras prestaciones de los titulares de derechos de entre los contenidos cargados en esos servicios, comparándolos, en el momento de su puesta en línea o una vez que ya se ha realizado, con datos de referencia facilitados por los titulares.⁶⁵ Cuando esa comparación arroja una correspondencia (*match*), las mencionadas herramientas suelen ofrecer a los titulares de derechos afectados la posibilidad de optar, de forma manual o automática, por *inhabilitar el acceso* al contenido de que se trate, autorizar su puesta en línea y seguir su popularidad mediante estadísticas de audiencia, o incluso «monetizarlo» insertando publicidad en él.⁶⁶

59. La propuesta de Directiva incorporaba esas innovaciones tecnológicas. El análisis de impacto destacaba la eficacia de las herramientas de reconocimiento mediante «huella digital» en el ámbito de la detección de infracciones y su creciente disponibilidad en el mercado. Así, procede recordarlo,⁶⁷ la propuesta obligaba a los prestadores de servicios para compartir contenidos a

⁶¹ El «hashing» consiste en representar de forma digital, a través de una herramienta específica, un archivo informático mediante una cadena de caracteres alfanuméricos única, llamada «hashcode». Al comparar ese «hashcode» con el de los archivos puestos en línea en un servidor, se pueden detectar automáticamente todas las copias idénticas del archivo original que se encuentran en él. El «watermarking» consiste en integrar en un contenido, a través de una herramienta específica, una «marca» concreta, visible o invisible a simple vista, que a continuación puede ser recuperada para identificar el contenido original y sus copias. Por último, el «fingerprinting» consiste en generar, a través de una herramienta específica, una representación digital única («huella») de un determinado contenido —una imagen, un fonograma, un vídeo, etc.— reduciéndolo a algunos de sus elementos característicos. Al comparar esa «huella» con la de los archivos almacenados en un servidor, se pueden identificar todos aquellos que, en esencia, tienen un contenido coincidente. Véase, para más detalles, Mochon, J.-P., «Rapport de mission — Une application effective du droit d'auteur sur les plateformes numériques de partage: État de l'art y propositions sur les outils de reconnaissance des contenus», *Conseil supérieur de la propriété littéraire y artistique*, 29 de enero de 2020.

⁶² Las herramientas que operan conforme a la técnica del «hashing» tienen una eficacia limitada a la hora de reconocer contenidos, dado que, como he señalado en la nota anterior, esa técnica únicamente permite detectar *copias idénticas* de un determinado archivo informático. Cualquier mínima alteración del archivo original (cambio de un píxel de imagen, etc.) impedirá la detección automática a pesar de que los archivos comparados tengan, en esencia, idéntico contenido. Asimismo, la técnica del «watermarking» únicamente permite detectar las copias de un archivo marcado y puede soslayarse fácilmente. Véase Mochon, J.-P., *op. cit.*

⁶³ Esas herramientas se utilizan para detectar otro tipo de contenidos ilícitos (pornografía, contenidos injuriosos, etc.). Véase Mochon, J.-P., *op. cit.*

⁶⁴ El más conocido de ellos es, sin duda, el programa informático «Content ID» desarrollado por Google para YouTube. Véanse mis conclusiones presentadas en los asuntos acumulados YouTube y Cyando, punto 22.

⁶⁵ En la práctica, el sistema consiste en generar las «huellas digitales» de las obras y otras prestaciones identificadas por los titulares de derechos e incorporar dichas «huellas» en una base de datos asociada a la herramienta de reconocimiento. A continuación, mediante un algoritmo, todos los archivos puestos en línea son escaneados de forma automática y sus propias «huellas» se comparan con las que figuran en dicha base de datos para detectar correspondencias. Las herramientas de reconocimiento mediante «huella digital» son capaces de identificar esas correspondencias incluso en extractos de corta duración (por ejemplo, varios segundos de un fonograma) o de identificar que el contenido se ha alterado para eludir la detección automática (por ejemplo, que la imagen de una película se ha invertido, acelerado, etc.). Algunas herramientas, como Content ID, no solo son capaces de reconocer fonogramas, sino incluso las melodías de las obras subyacentes. Véase Mochon, J.-P., *op. cit.*

⁶⁶ Véanse, para más detalles sobre esas herramientas y sus proveedores, el análisis de impacto, parte 3/3, pp. 164 a 172, y Mochon, J.-P., *op. cit.*

⁶⁷ Véase el punto 22 de las presentes conclusiones.

implantar esas herramientas con la finalidad de forzar a aquellos que aún no lo habían hecho a «actualizarse» y de conminar a los demás a conceder a los titulares de derechos un acceso transparente a sus herramientas de reconocimiento.⁶⁸

60. Como han destacado el Parlamento, el Consejo y el Gobierno español, la versión final de la Directiva 2019/790 ya no contiene ninguna referencia expresa a las herramientas de reconocimiento automático de contenidos. Las letras b) y c) del apartado 4 del artículo 17 de la citada Directiva están redactados en términos generales. Esas disposiciones no imponen formalmente a los prestadores de servicios para compartir contenidos que adopten medidas o técnicas concretas para lograr los objetivos que persiguen.⁶⁹

61. Si se atiende a lo manifestado por las partes demandadas y los coadyuvantes, las disposiciones impugnadas no obligan por tanto a los prestadores a recurrir a esas herramientas. Estos disponen de un «margen de maniobra» en lo que respecta a las medidas y técnicas que deben adoptar para lograr los objetivos que persiguen tales disposiciones. En ese contexto, los prestadores pueden «optar» por utilizar esas herramientas —o por seguir haciéndolo, en lo que respecta a aquellos que ya lo hacen— o incluso desarrollar «soluciones innovadoras».⁷⁰ En cualquier caso, de conformidad con el artículo 17, apartado 5, de la Directiva 2019/790, las medidas que se exige adoptar a esos prestadores deben examinarse caso por caso, a la luz del principio de proporcionalidad.

62. Dicho esto, como sostiene la República de Polonia, considero que las disposiciones impugnadas sí que obligan a los prestadores de servicios para compartir contenidos a utilizar esas herramientas de reconocimiento de contenidos en un gran número de supuestos.⁷¹ En mi opinión, el legislador de la Unión simplemente cambió de método entre la propuesta de Directiva y su adopción como Directiva 2019/790. En lugar de prever *directamente* una obligación de implantar esas herramientas, las impone *indirectamente*, a través de los requisitos de exención de responsabilidad previstos en sus disposiciones.

63. En efecto, *por un lado*, como ha señalado acertadamente la demandante, es preciso tener en cuenta el contexto fáctico en el que se enmarcan las disposiciones impugnadas. El artículo 17 de la Directiva 2019/790 se refiere a los prestadores de servicios que almacenan y dan al público

⁶⁸ Véase el análisis de impacto, parte 1/3, pp. 140 a 144. Véase, en el mismo sentido, la Comunicación de la Comisión «Lucha contra el contenido ilícito en línea — Hacia una mayor responsabilización de las plataformas en línea» (COM/2017/555 final), de 28 de septiembre de 2017, pp. 13 y 14.

⁶⁹ El considerando 68 de la Directiva 2019/790 se limita a indicar que los prestadores de servicios para compartir contenidos «pueden tomar varias medidas».

⁷⁰ Véase, en el mismo sentido, el comunicado de prensa del Parlamento, de 27 de marzo 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 [...]» (accesible en la siguiente dirección de Internet: <https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20190111IPR23225/questions-and-answers-on-issues-about-the-digital-copyright-directive>).

⁷¹ Esa es, por lo demás, la opinión de gran parte de los expertos en la materia. Véanse, entre otros, 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, en particular pp. 894 y 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, en particular pp. 141 y 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, en particular 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, en particular p. 1016; Mochon, J.-P., *op. cit.*, p. 106, y Frosio, G., y Mendis, S., «Monitoring and Filtering: European Reform or Global Trend?», en Frosio G. (ed.), *Oxford Handbook of Online Intermediary Liability*, Oxford University Press, 2020, en particular p. 562.

acceso a una «gran cantidad de obras u otras prestaciones protegidas». En otras palabras, se trata de operadores que gestionan un volumen considerable o incluso ingente de contenidos. Además, esos servicios para compartir contenidos se prestan de forma ininterrumpida y están a disposición de un número considerable de usuarios, de modo que, en cualquier momento, puede ponerse en línea una cantidad igualmente considerable de nuevos contenidos.

64. En este contexto, me parece evidente que, como aduce la demandante, los prestadores de servicios para compartir contenidos no pueden disponer que sus trabajadores comprueben la totalidad o incluso la mayor parte de los contenidos que se ponen en línea,⁷² extremo que, por lo demás, reconoce el propio Parlamento. Así, no acierto a ver qué otros medios, distintos de la utilización de una herramienta de reconocimiento automático que permita a los prestadores filtrar los contenidos cargados en sus servicios, podrían permitirles «garantizar la indisponibilidad» de las obras y prestaciones identificadas por los titulares de derechos y «evitar que se carguen en el futuro» en sus servicios, conforme a los objetivos que persiguen las disposiciones impugnadas;⁷³ la referencia del Parlamento y del Consejo a eventuales «soluciones innovadoras» solo aporta, a este respecto, una ayuda muy relativa.⁷⁴ Por lo demás, las partes demandadas y los coadyuvantes admitieron entre líneas durante la vista, en respuesta a las preguntas formuladas por el Tribunal de Justicia, que a menudo esas herramientas resultan *de facto* indispensables a tal efecto.⁷⁵

65. *Por otro lado*, procede recordar que, para cumplir las obligaciones de diligencia que les impone el artículo 17, apartado 4, letra b), de la Directiva 2019/790, los prestadores de servicios para compartir contenidos deben adoptar medidas de acuerdo con «normas sectoriales estrictas de diligencia profesional». Como precisa el considerando 66, párrafo segundo, de dicha Directiva, deben tenerse en cuenta, a este respecto, las «mejores prácticas sectoriales» y la «evolución técnica».

66. Pues bien, como he expuesto en el punto 58 de las presentes conclusiones, varios prestadores de servicios para compartir contenidos ya utilizan herramientas de reconocimiento mediante «huella digital» para distintos tipos de contenidos.⁷⁶ Por tanto, para cumplir las obligaciones de diligencia derivadas de las disposiciones impugnadas, los demás prestadores que acepten esos contenidos en sus servicios parecen obligados a ajustarse a las «mejores prácticas sectoriales» y a «la evolución técnica» implantando esas herramientas para filtrar esas categorías de contenidos.

⁷² Véase 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».

⁷³ Eso no significa que los prestadores de servicios para compartir contenidos no puedan comprobar en absoluto algunos contenidos a través de sus trabajadores. Sin embargo, los prestadores deberán utilizar herramientas automáticas, al menos para reducir el volumen de contenidos que deben someterse a esa comprobación (véase el punto 211 de las presentes conclusiones).

⁷⁴ Al parecer, algunos operadores han empezado a desarrollar e implantar herramientas que permiten identificar contenidos mediante inteligencia artificial. Véase, en particular, Mochon, J.-P., *op. cit.*, p. 35. En cualquier caso, estas siguen siendo, por su naturaleza, técnicas de reconocimiento automático de contenidos.

⁷⁵ En particular, el Gobierno francés admitió que, «en el actual estado de la tecnología, la utilización de mecanismos de filtrado automático parece ser el medio más adecuado para identificar rápidamente la puesta en línea no autorizada de un contenido protegido, habida cuenta del volumen de contenidos que se ponen en línea de forma permanente en las plataformas a que se refiere el artículo 17». El Consejo también ha reconocido que los «grandes» prestadores de servicios para compartir contenidos podrían «sentirse obligados» a emplear esas herramientas.

⁷⁶ Las herramientas de reconocimiento mediante «huella digital» pueden ser utilizadas para contenidos de audio, fotografías y vídeos. Véase Mochon, J.-P., *op. cit.* Conviene precisar que, a falta de cualquier limitación a este respecto en su redacción o en la definición de «prestador de servicios para compartir contenidos en línea» recogida en el artículo 2, punto 6, de dicha Directiva, el artículo 17 de la Directiva 2019/790 se aplica a *todos los tipos de prestaciones* (visuales, musicales, cinematográficas, de texto, pero también a las líneas de código, videojuegos, etc.).

67. Desde luego, como han subrayado las partes demandadas y los coadyuvantes, de conformidad con el artículo 17, apartado 5, de la Directiva 2019/790, las medidas que se espera que adopten los prestadores de servicios para compartir contenidos deben ser conformes, en cada caso, con el principio de proporcionalidad. A ese respecto deben tenerse en cuenta, en particular, primero, «el tipo, la audiencia y la magnitud del servicio, así como el tipo de obras u otras prestaciones cargadas por los usuarios del servicio», y, segundo, «la disponibilidad de medios adecuados y eficaces y su coste para los prestadores de servicios». ⁷⁷ En esas circunstancias, no puede excluirse que, en algunos casos concretos, resulte contrario a dicho principio exigir a determinados prestadores que utilicen una herramienta de reconocimiento de contenidos. Asimismo, en el estado actual de la tecnología, parece que esas herramientas no son ni adecuadas ni eficaces en lo que respecta a determinados tipos particulares de obras y prestaciones. ⁷⁸

68. Sin embargo, al margen de esos casos concretos, está claro, desde mi punto de vista, que, siempre que exista disponibilidad en el mercado de distintas herramientas adecuadas y eficaces que no sean excesivamente caras, los prestadores de servicios para compartir contenidos están *a priori* obligados a implantarlas para acreditar que han hecho los «mayores esfuerzos» para evitar la puesta en línea de contenidos ilícitos y, por consiguiente, cumplir lo dispuesto en las disposiciones impugnadas. ⁷⁹ En su caso, de conformidad con el principio de proporcionalidad, pueden elegir, de entre todas las herramientas disponibles, aquellas que mejor se adapten a su situación y a los recursos de que disponen, ⁸⁰ o, incluso, los más afortunados, desarrollar una herramienta a nivel interno.

69. *En resumen*, para demostrar que, conforme a las disposiciones impugnadas, han hecho, «de acuerdo con normas sectoriales estrictas de diligencia profesional, los mayores esfuerzos» por «garantizar la indisponibilidad» de obras y otras prestaciones identificadas por los titulares de derechos y «evitar que se carguen en el futuro» en sus servicios, en un gran número de casos, los prestadores de servicios para compartir contenidos deben implantar herramientas de reconocimiento automático de contenidos para *filtrar* los contenidos que los usuarios ponen en línea y, en su caso, *bloquear* algunos de ellos antes de que se carguen. ⁸¹

2. Sobre la existencia de una limitación al ejercicio del derecho de libertad de expresión y de información

70. Una vez aclarado el alcance de las disposiciones impugnadas, a continuación abordaré el examen de dichas disposiciones a la luz del derecho a la libertad de expresión y de información.

⁷⁷ Véase también el considerando 66, párrafo segundo, de la Directiva 2019/790 («[...] pueden resultar adecuados y proporcionados medios diferentes según el tipo de contenido [...]»).

⁷⁸ Véase en particular, Mochon, J.-P., *op. cit.*, p. 12. Al parecer, así ocurre con las partes filmadas de los videojuegos. Ante la inexistencia de herramientas informáticas que permitan filtrar de forma automática y eficaz ciertos tipos de obras y prestaciones, no puede excluirse que el alcance de las obligaciones de diligencia que se imponen a los prestadores de servicios para compartir contenidos se vea, en este sentido, sustancialmente reducido, en virtud del principio de proporcionalidad. Véase, en ese sentido, el considerando 66, párrafo segundo, de la Directiva 2019/790, con arreglo al cual «no cabe descartar [...] que en algunos casos solamente pueda evitarse la disponibilidad de contenidos no autorizados previa notificación de los titulares de derechos».

⁷⁹ Véanse Grisse, K., *op. cit.*, p. 895, y Frosio, G., *op. cit.*, p. 562.

⁸⁰ Véase, por analogía, la sentencia de 27 de marzo de 2014, UPC Telekabel Wien (C-314/12, EU:C:2014:192), apartados 51 a 53.

⁸¹ Por lo demás, las herramientas de reconocimiento de contenidos permitirán en muchos casos a los prestadores de servicios para compartir contenidos cumplir las obligaciones de transparencia que les impone el artículo 17, apartado 8, párrafo segundo, de la Directiva 2019/790. En efecto, según esa disposición, los prestadores deben proporcionar a los titulares de derechos información sobre el uso de los contenidos contemplados por eventuales acuerdos de licencia celebrados con ellos. Pues bien, esas herramientas permiten precisamente recabar datos estadísticos, a menudo muy precisos, sobre la audiencia de los contenidos que figuran en esos servicios (véase el análisis de impacto, parte 3/3, p. 165, y el punto 58 de las presentes conclusiones).

71. El derecho que garantiza el artículo 11 de la Carta, que «comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras», se corresponde con el consagrado en el artículo 10 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 (en lo sucesivo, «CEDH»).⁸² Por tanto, según lo dispuesto en el artículo 52, apartado 3, de la Carta, ambos derechos tienen igual sentido o, al menos, el mismo alcance. De ello se desprende que el artículo 11 de la Carta debe interpretarse a la luz del artículo 10 del CEDH y de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en lo sucesivo, «TEDH») sobre él.

72. Es indudable que este derecho fundamental resulta pertinente en el presente asunto. En efecto, como han señalado en sus respectivas observaciones la República de Polonia y la Comisión, los servicios para compartir contenidos a que se refiere el artículo 17 de la Directiva 2019/790 tienen una importancia particular para la libertad de recibir o comunicar información o ideas.

73. Como aduce la demandante, la puesta en línea de contenidos en esos servicios —sean estos vídeos, fotografías, textos, etc.— forma parte del ejercicio del derecho a la libertad de expresión y de información.⁸³ Dicha puesta en línea también puede afectar a otras libertades afines. En particular, cuando los contenidos suponen una expresión artística de los usuarios que los cargan, su puesta en línea constituye el ejercicio de la libertad artística, garantizada por el artículo 13 de la Carta y por el artículo 10 del CEDH.⁸⁴

74. Conviene precisar que es así al margen de que esos contenidos vulneren o no derechos de autor. El argumento contrario, invocado por el Parlamento, parte, en mi opinión, de una aproximación jurídica. En efecto, el hecho de que una información esté protegida por derechos de autor no la excluye de plano del ámbito de la libertad de expresión.⁸⁵ Aunque, por norma general, esté *justificado* limitar su difusión, esa cuestión únicamente resulta pertinente en la fase de examen de las condiciones de admisibilidad de esa restricción a tal libertad.⁸⁶

75. Pues bien, según la demandante, las medidas de filtrado que están obligados a implantar los prestadores de servicios para compartir contenidos para cumplir lo dispuesto en el artículo 17, apartado 4, letras b) y c), *in fine*, de la Directiva 2019/790 constituyen, por su naturaleza, «medidas preventivas» de control de la información de los usuarios. Esas medidas dan lugar a una «restricción previa», en el sentido de la jurisprudencia del TEDH sobre el artículo 10 del CEDH.

⁸² Véase, en particular, la sentencia de 29 de julio de 2019, Funke Medien NRW (C-469/17, EU:C:2019:623), apartado 73 y jurisprudencia citada. Véanse, asimismo, el artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada el 10 de diciembre de 1948 por la Asamblea General de las Naciones Unidas [Resolución 217 A(III)], y el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado el 16 de diciembre de 1966 por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

⁸³ Véanse, por analogía, las sentencias del TEDH de 19 de febrero de 2013, Neij y Sunde Kolmisoppi c. Suecia (CE:ECHR:2013:0219DEC004039712) (en lo sucesivo, «sentencia del TEDH Neij y otros c. Suecia»), pp. 9 y 10, y de 10 de abril de 2013, Ashby Donald y otros c. Francia (CE:ECHR:2013:0110JUD003676908) (en lo sucesivo, «sentencia del TEDH Ashby Donald y otros c. Francia»), § 34, así como las conclusiones del Abogado General Jääskinen presentadas en el asunto L'Oréal y otros (C-324/09, EU:C:2010:757), puntos 49 y 157.

⁸⁴ En efecto, aunque el CEDH no reconoce esa libertad como derecho autónomo, la «libertad de expresión artística» está comprendida en el ámbito del artículo 10 de ese Convenio. Véanse, en particular, las sentencias del TEDH de 24 de mayo de 1988, Müller y otros c. Suiza (CE:ECHR:1988:0524JUD001073784), § 27, y de 8 de julio de 1999, Karataş c. Turquía (CE:ECHR:1999:0708JUD002316894), § 49.

⁸⁵ Según tengo entendido, las únicas opiniones, informaciones o ideas que están excluidas de plano de la protección que confiere el artículo 10 del CEDH son las expresiones de odio, dado que son incompatibles con los valores que proclama y garantiza ese Convenio (véase, en particular, la sentencia del TEDH de 14 de junio de 2004, Gündüz c. Turquía, CE:ECHR:2003:1204JUD003507197, § 41).

⁸⁶ Véanse, en particular, las sentencias del TEDH Neij y otros c. Suecia, pp. 10 y 12, y Ashby Donald y otros c. Francia, §§ 35 y 44. Véanse, asimismo, 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, y Michaux, B., «Chapitre 13. Diffusion du savoir. Droit d'auteur y Internet», en Van Enis, Q. (dir.), *L'Europe des droits de l'homme à l'heure d'Internet*, Bruylant, 2019, pp. 491 a 526. Véase también el punto 117 de las presentes conclusiones.

Por tanto, en opinión de dicha parte, las disposiciones impugnadas implican una «censura general automatizada de carácter preventivo» en los servicios para compartir contenidos por parte de sus prestadores. En ese sentido, las mencionadas disposiciones caracterizan una «injerencia» particularmente grave por parte del legislador de la Unión en la libertad de expresión y de información de esos usuarios.

76. En cambio, las partes demandadas y los coadyuvantes rebaten que las disposiciones impugnadas impliquen una «censura» o una «injerencia» en esa libertad. En particular, según el Consejo, esas disposiciones —o el artículo 17 de la Directiva 2019/790 con carácter general— no tienen por objeto limitar *ex ante* la información que puede difundirse a través de esos servicios. Los usuarios siguen siendo libres de cargar los contenidos que deseen. Simplemente, cuando los contenidos puestos en línea estén protegidos por derechos de autor, los prestadores deben obtener una autorización de los titulares de derechos afectados y, en su defecto, ser responsables *ex post*.

77. Al igual que la demandante, considero que las disposiciones impugnadas implican efectivamente una «injerencia» en la libertad de expresión de los usuarios de los servicios para compartir contenidos. Sin embargo, es preciso realizar, de entrada, una precisión de orden terminológico. Es cierto que el término «censura» es polisémico. Dicho esto, de las observaciones de la demandante se desprende claramente que por dicho término ella entiende el control previo de la información antes de su difusión. En ese contexto, en mi opinión, están fuera de lugar las afirmaciones del Parlamento, del Consejo y del Gobierno español de que el término «censura» no resulta pertinente en este asunto, dado que el artículo 17 de la Directiva 2019/790 no implica ningún tipo de control «político o moral» de la información puesta en línea en los servicios para compartir contenidos. Para evitar cualquier confusión añadida, me limitaré a emplear en esta sección las expresiones «medidas preventivas» y «restricciones previas».

78. Sentado lo anterior, el artículo 17 de la Directiva 2019/790 no dispone simplemente que los prestadores de servicios para compartir contenidos deben obtener una autorización para los contenidos protegidos puestos en línea por los usuarios de sus servicios y, en su defecto, ser responsables de forma directa, como sostiene el Consejo. Como ya he expuesto en la sección anterior, las disposiciones impugnadas también establecen que los prestadores quedan eximidos de esa responsabilidad si hacen los «mayores esfuerzos» para *evitar* la puesta en línea por parte de los usuarios de contenidos que reproduzcan obras y otras prestaciones identificadas por los titulares de derechos. Por tanto, esos prestadores deben realizar un filtrado y bloquear de forma preventiva los contenidos en cuestión.

79. Pues bien, como aduce la demandante, el filtrado es, por su naturaleza, una «medida preventiva» de control de la información difundida a través de esos servicios, y las medidas de bloqueo que puedan derivarse de él constituyen «restricciones previas», en el sentido de la jurisprudencia del TEDH relativa al artículo 10 del CEDH:⁸⁷ la información que los usuarios pretenden poner en línea se controla, no para *sancionar*, sino para *evitar* eventuales vulneraciones de los derechos de autor, y, cuando se considera que esta puede dar lugar a una infracción de este tipo, se restringe *antes incluso de su difusión*.⁸⁸

⁸⁷ Véanse las sentencias del TEDH de 18 de diciembre de 2012, Ahmet Yildirim c. Turquía (CE:ECHR:2012:1218JUD000311110) (en lo sucesivo, «sentencia del TEDH Ahmet Yildirim c. Turquía»), § 55; de 23 de junio de 2020 Vladimir Kharitonov c. Rusia (CE:ECHR:2020:0623JUD001079514), § 36, y de 30 de abril de 2019, Kablis c. Rusia (CE:ECHR:2019:0430JUD004831016) (en lo sucesivo, «sentencia del TEDH Kablis c. Rusia»), § 90.

⁸⁸ Véanse, por analogía, las sentencias Scarlet Extended, apartados 29, 36, 37 y 40, y SABAM, apartados 26, 35, 37 y 38. Estas medidas pueden confrontarse con las medidas «represivas» que existían hasta el momento, como la retirada, tras recibir una notificación o una orden judicial, de *una información que ya estaba en línea*, cuya ilegalidad es manifiesta o ha sido apreciada por ese juez.

80. En esas circunstancias, contrariamente a lo que aduce el Consejo, no son por tanto «libres» de poner en línea los contenidos que deseen en los servicios para compartir contenidos. Las medidas de filtrado y de bloqueo que aplican sus prestadores restringen los contenidos que pueden cargar. Ello da lugar a una «injerencia» en el ejercicio de la libertad de comunicación de esos usuarios. El filtrado y el bloqueo de contenidos antes de su difusión suponen, además, una «injerencia» en la libertad del público de recibir información.⁸⁹

81. El Parlamento y el Consejo replican que, en su condición de operadores privados, los prestadores de servicios para compartir contenidos pueden elegir libremente la información que desean que se difunda en sus servicios y, por consiguiente, decidir filtrar y bloquear contenidos. Aun suponiendo que ello constituya una «injerencia» en la libertad de expresión de los usuarios, en su opinión dicha injerencia no sería en ningún caso imputable al legislador de la Unión.

82. A mi juicio, este argumento confunde dos situaciones. Es cierto que, en el marco de la libertad de empresa y de la libertad contractual que les garantiza el artículo 16 de la Carta, los prestadores de servicios para compartir contenidos pueden establecer, en las condiciones de uso de sus servicios o en las «normas de la comunidad», una política en materia de contenidos y ejercer, por iniciativa propia, una forma de «autorregulación», filtrando y bloqueando contenidos que, conforme a su criterio, infrinjan esas normas. En esta situación, no se produce una «injerencia de autoridades públicas», en el sentido del artículo 10 del CEDH y del artículo 11 de la Carta, en la libertad de expresión de los usuarios.⁹⁰

83. Sin embargo, desde mi punto de vista, este asunto no trata de la «autorregulación» de los prestadores de servicios para compartir contenidos. Al margen de que la prohibición de poner en línea contenidos infractores figure en sus condiciones generales de uso o en sus «normas de la comunidad», el filtrado y el bloqueo de contenidos se llevan a cabo para cumplir lo dispuesto en las disposiciones impugnadas.⁹¹

⁸⁹ Véanse, por analogía las sentencias del TEDH Ahmet Yildirim c. Turquía, § 55, y de 23 de junio de 2020, Vladimir Kharitonov c. Rusia (CE:ECHR:2020:0623JUD001079514), § 36 (sobre medidas de bloqueo de sitios de Internet), y las conclusiones del Abogado General Cruz Villalón presentadas en el asunto Scarlet Extended (C-70/10, EU:C:2011:255), punto 85. En mi opinión, el hecho de que, como expondré de forma detallada a continuación, los contenidos bloqueados puedan eventualmente volver a ponerse en línea una vez que los usuarios afectados hayan demostrado que no han vulnerado derechos de autor, en el marco del mecanismo de reclamación previsto en el artículo 17, apartado 9, de la Directiva 2019/790, no permite poner en cuestión la existencia de dicha «injerencia». Lo mismo sucede con la cuestión de si el filtrado se centra estrictamente o no en contenidos ilícitos. Estas circunstancias se analizarán en el marco del examen del carácter proporcionado de dicha injerencia.

⁹⁰ En ese supuesto, la cuestión que se plantea en relación con esa libertad es en qué medida, a la luz de la importancia que han adquirido esos servicios —que se han convertido en infraestructuras básicas para el ejercicio de la libertad de comunicación en línea (véase el punto 103 de las presentes conclusiones)— deben respetar sus prestadores los derechos fundamentales de los usuarios y hasta qué punto están obligadas las autoridades públicas, en virtud de las «obligaciones positivas» que se derivan de esos artículos, a adoptar «medidas positivas de protección» que garanticen el disfrute efectivo de esa libertad en las relaciones entre los usuarios y los prestadores de servicios para compartir contenidos. No es necesario tratar estas cuestiones en el presente asunto. Véanse, en lo que respecta a las «obligaciones positivas» que se derivan del artículo 10 del CEDH, en particular, las sentencias del TEDH de 6 de mayo de 2003, Appleby c. Reino Unido (CE:ECHR:2003:0506JUD004430698), § 39, y de 16 de diciembre de 2008, Khurshid Mustafa c. Suecia (CE:ECHR:2008:1216JUD002388306), § 31.

⁹¹ Véase, por analogía, la sentencia del TEDH de 28 de junio de 2001, VgT Verein gegen Tierfabriken c. Suiza (CE:ECHR:2001:0628JUD002469994), § 44 a 47. En dicho asunto, el TEDH declaró que la negativa de una cadena de televisión privada a difundir un anuncio televisivo elaborado por una asociación de protección de los animales constituía una «injerencia» en la libertad de expresión de dicha asociación *imputable al Estado demandado*, dado que con tal negativa se pretendía respetar la ley nacional sobre radio y televisión que prohíbe la propaganda política. Así, contrariamente a la República de Polonia, no creo que la teoría de las «obligaciones positivas» sea pertinente en el presente asunto. En cualquier caso, ese elemento no es decisivo en el razonamiento. A este respecto, el TEDH ha declarado en diversas ocasiones que «la frontera, en virtud del [CEDH], entre obligaciones positivas y obligaciones negativas del Estado no se presta a una definición precisa» y que los principios aplicables en uno y otro caso son, en esencia, los mismos (véase, en particular, la sentencia del TEDH de 13 de julio de 2012, Movimiento Raeliano Suizo c. Suiza, CE:ECHR:2011:0113JUD001635406, § 50 y jurisprudencia citada).

84. Por tanto, en mi opinión, esa «injerencia» en la libertad de expresión de los usuarios es efectivamente imputable al legislador de la Unión. De hecho, es su instigador. Por lo demás, el Parlamento y el Consejo reconocen que las disposiciones impugnadas tienen por objeto, en esencia, atribuir a los prestadores de servicios para compartir contenidos la carga de controlar las vulneraciones de los derechos de autor que se cometen en esos servicios. En cierto modo, el legislador delega en ellos la tarea de controlar la correcta aplicación del Derecho en materia de derechos de autor en el entorno digital. Ahora bien, el legislador no puede efectuar esa delegación y, al mismo tiempo, imputar toda la responsabilidad a los prestadores por las injerencias en los derechos fundamentales de los usuarios que se derivan de ella.⁹²

85. Mi postura a este respecto no se ve alterada por la alegación del Consejo de que las disposiciones impugnadas no «obligan» a los prestadores de servicios para compartir contenidos a filtrar y bloquear los contenidos puestos en línea por los usuarios de sus servicios, dado que el artículo 17, apartado 4, de la Directiva 2019/790 no impone, en sentido estricto, ninguna «obligación» a esos prestadores, sino que se limita a prever un mecanismo de exención de responsabilidad que tienen la «posibilidad» de utilizar cuando no han obtenido la autorización de los titulares de derechos.

86. En efecto, desde mi punto de vista, para apreciar la compatibilidad del artículo 17 de la Directiva 2019/790 con el artículo 11 de la Carta, es preciso tener en cuenta, además de sus términos, sus efectos concretos. Pues bien, habida cuenta, *por un lado*, de que los prestadores de servicios para compartir contenidos no podrán obtener la autorización de los titulares de derechos para un determinado número de obras y prestaciones⁹³ y, *por otro lado*, de que los usuarios podrían eventualmente poner en línea en cualquier caso gran cantidad de contenidos que reproduzcan esas prestaciones, el recurso al mecanismo de exención previsto en el artículo 17, apartado 4, de la Directiva 2019/790 no es una «posibilidad», sino una necesidad, so pena de soportar un riesgo desmesurado de responsabilidad. Así, en un gran número de casos, los requisitos de exención previstos en las disposiciones impugnadas constituyen, en la práctica, auténticas *obligaciones* para los prestadores. Por lo demás, procede observar que el propio apartado 5 del citado artículo 17 se refiere a las «*obligaciones* [de los prestadores de servicios para compartir contenidos] en virtud del apartado 4» (el subrayado es mío).

87. En mi opinión, este mecanismo de responsabilidad/exención es una técnica tan eficaz como una obligación directa para forzar a los operadores económicos afectados a filtrar de forma preventiva los contenidos de sus usuarios. Como ya he señalado en el punto 62 de las presentes conclusiones, el legislador de la Unión simplemente ha cambiado de método a este respecto. Sin embargo, esos distintos métodos *producen los mismos efectos* y, por ese motivo, deben apreciarse de la misma manera en relación con los derechos fundamentales.⁹⁴

⁹² Véase, por analogía, la sentencia del TEDH de 25 de marzo de 1993, Costello-Roberts c. Reino Unido (CE:ECHR:1993:0325JUD001313487), § 27: «el Estado no puede eludir su responsabilidad delegando sus obligaciones en organismos privados o particulares».

⁹³ Véase la nota a pie de página 45 de las presentes conclusiones.

⁹⁴ Procede añadir, para concluir, que el mero hecho de obligar de forma indirecta a los prestadores de servicios para compartir contenidos a realizar esa supervisión de sus servicios constituye, en sí, una «injerencia» del legislador de la Unión en la libertad de expresión de *tales prestadores*. En efecto, dado que ponen a disposición de cualquier persona medios que permiten recibir o comunicar información, su actividad está comprendida en el ámbito del artículo 11 de la Carta y del artículo 10 del CEDH. Véanse, por analogía, las sentencias del TEDH Neij y otros c. Suecia, pp. 9 y 10; de 2 de febrero de 2016, Magyar Tartalomzolgáltatók Egyesület e Index.hu zrt c. Hungría (CE:ECHR:2016:0202JUD002294713), § 45, y de 4 de junio de 2020, Jezior c. Polonia (CE:ECHR:2020:0604JUD003195511), § 41.

3. Sobre la compatibilidad de dicha limitación con la Carta

88. De la sección anterior se desprende que, como alega la República de Polonia, las disposiciones impugnadas suponen una limitación al ejercicio del derecho a la libertad de expresión, garantizado por el artículo 11 de la Carta.

89. Dicho esto, la libertad de expresión no es una prerrogativa absoluta. Según el artículo 52, apartado 1, de la Carta, es posible establecer limitaciones al ejercicio de esa libertad siempre que, primero, estén «establecida[s] por la ley»; segundo, respeten «el contenido esencial» de dicha libertad, y, tercero, respeten el principio de proporcionalidad.

90. De la misma manera, de conformidad con el artículo 10, apartado 2, del CEDH y con la jurisprudencia del TEDH relativa a dicho artículo, las injerencias en la libertad de expresión son admisibles siempre que, primero, estén «previstas por la ley»; segundo, persigan una o más finalidades legítimas en virtud del citado apartado 2, y, tercero, resulten «necesarias en una sociedad democrática».⁹⁵ Aunque la formulación de dichos requisitos difiere parcialmente de la de los establecidos en el artículo 52, apartado 1, de la Carta, debe considerarse, una vez más, que tienen igual sentido o, al menos, el mismo alcance.⁹⁶

91. Por consiguiente, en las siguientes secciones examinaré si se cumplen los requisitos establecidos en el artículo 52, apartado 1, de la Carta, interpretándolos a la luz de la jurisprudencia pertinente del TEDH. En este contexto expondré las razones por las que la limitación de que se trata está «establecida por la ley» [sección a)], respeta el «contenido esencial» del derecho a la libertad de expresión [sección b)] y respeta el principio de proporcionalidad, siempre que el artículo 17 de la Directiva 2019/790 se interprete correctamente [sección c)].

a) La limitación de que se trata está «establecida por la ley»

92. Conforme a consolidada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el requisito de que toda limitación al ejercicio de los derechos fundamentales debe estar «establecida por la ley», en el sentido del artículo 52, apartado 1, de la Carta, a la luz de la jurisprudencia del TEDH relativa al requisito equivalente previsto en el artículo 10, apartado 2, del CEDH, implica no solo que esa limitación debe tener una base jurídica («existencia de la ley»), sino también que dicha base jurídica debe presentar ciertas cualidades de accesibilidad y de previsibilidad («cualidad de la ley»)⁹⁷.

93. En el presente asunto, *por un lado*, la limitación de que se trata tiene indudablemente una base jurídica, dado que se deriva de disposiciones adoptadas por el legislador de la Unión.

⁹⁵ Véanse, en particular, las sentencias del TEDH de 14 de marzo de 2002, *Gaweda c. Polonia* (CE:ECHR:2002:0314JUD002622995), § 37; *Ahmet Yildirim c. Turquía*, § 56, y de 23 de junio de 2020, *Vladimir Kharitonov c. Rusia* (CE:ECHR:2020:0623JUD001079514), § 36.

⁹⁶ Véase el punto 71 de las presentes conclusiones. Por lo demás, en virtud del artículo 53 de la Carta, el nivel de protección que ofrece este instrumento no podrá ser en ningún caso inferior al que garantiza el CEDH. A tal efecto, el Tribunal de Justicia debe adoptar una interpretación de los requisitos establecidos en el artículo 52, apartado 1, de la Carta que sea al menos igual de estricta que la que el TEDH realiza de los requisitos que figuran en el artículo 10, apartado 2, del CEDH.

⁹⁷ Véanse, en particular, la sentencia de 17 de diciembre de 2015, *WebMindLicenses* (C-419/14, EU:C:2015:832), apartado 81; el dictamen 1/15 (Acuerdo PNR UE — Canadá), de 26 de julio de 2017 (EU:C:2017:592), apartado 146, y mis conclusiones presentadas en el asunto *Facebook Ireland y Schrems* (C-311/18, EU:C:2019:1145), punto 263.

94. *Por otro lado*, en lo que respecta a la «cualidad» de dicha base jurídica, conviene recordar que, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia⁹⁸ y del TEDH,⁹⁹ la base jurídica que implique una limitación al ejercicio de un derecho fundamental debe ser suficientemente accesible y previsible en cuanto a sus efectos, es decir, debe estar enunciada con la suficiente claridad y precisión como para permitir a los interesados, buscando si es preciso asesoramiento jurídico adecuado, que ajusten su conducta.

95. Pues bien, considero que las disposiciones impugnadas tienen suficiente grado de claridad y precisión para cumplir ese criterio. Es cierto que la definición de «prestador de servicios para compartir contenidos en línea» recogida en el artículo 2, punto 6, de la Directiva 2019/790 y las disposiciones impugnadas contienen diversos conceptos abiertos —«gran cantidad de obras u otras prestaciones protegidas»; «mayores esfuerzos»; «normas sectoriales estrictas de diligencia profesional», etc.— que generan cierta incertidumbre en cuanto a los operadores económicos a los que están dirigidos y sobre las obligaciones que les incumben en cada situación. Sin embargo, según las explicaciones facilitadas por el Parlamento y el Consejo, mediante el uso de esos conceptos se pretende garantizar que tales disposiciones puedan adaptarse a distintos tipos de operadores y situaciones y a la evolución de la práctica y de las tecnologías, para resistir el paso del tiempo. Pues bien, conforme a la jurisprudencia del TEDH, el legislador puede, sin incumplir el requisito de «previsibilidad», optar por dotar a los textos que adopte de una cierta flexibilidad más que de una seguridad jurídica absoluta.¹⁰⁰ Además, las aclaraciones realizadas en las presentes conclusiones, y las que el Tribunal de Justicia incorpore en su próxima sentencia y en futuras resoluciones, contribuirán a precisar esos conceptos y a disipar las dudas que los rodean, lo cual también permite cumplir el requisito de «previsibilidad».¹⁰¹

96. Precisado lo anterior, procede señalar que tanto el Tribunal de Justicia¹⁰² como el TEDH¹⁰³ también vinculan la exigencia de «previsibilidad» a que la base jurídica que implique la injerencia proporcione suficientes garantías contra el riesgo de injerencias arbitrarias o abusivas de los derechos fundamentales (de conformidad con el principio de «primacía del Derecho»). La demandante rebate ese extremo en el presente asunto.

97. No obstante, la cuestión de si las disposiciones impugnadas proporcionan suficientes garantías para proteger la libertad de expresión de los usuarios de servicios para compartir contenidos contra medidas de filtrado y de bloqueo excesivas o arbitrarias también guarda

⁹⁸ Véase, en particular, la sentencia de 17 de diciembre de 2015, *WebMindLicenses* (C-419/14, EU:C:2015:832), apartado 81.

⁹⁹ Véanse, en particular, las sentencias del TEDH de 26 de abril de 1979, *Sunday Times c. Reino Unido* (CE:ECHR:1979:0426JUD000653874), § 49; de 14 de marzo de 2002, *Gaweda c. Polonia* (CE:ECHR:2002:0314JUD002622995), § 39, y de 23 de junio de 2020, *Vladimir Kharitonov c. Rusia* (CE:ECHR:2020:0623JUD001079514), § 37.

¹⁰⁰ En ese sentido, el TEDH ha declarado en reiteradas ocasiones que «aunque la certeza es deseable en grado sumo, a veces viene acompañada de una rigidez excesiva; ahora bien, el Derecho debe estar en condiciones de adaptarse a situaciones cambiantes. Así, muchas leyes recurren forzosamente a fórmulas más o menos indeterminadas cuya interpretación y aplicación dependen de la práctica». Véase, en particular, la sentencia del TEDH de 16 de junio de 2015, *Delfi AS c. Estonia* (CE:ECHR:2015:0616JUD006456909; en lo sucesivo, «sentencia del TEDH *Delfi AS c. Estonia*»), § 121 y jurisprudencia citada.

¹⁰¹ El mero hecho de que, en el presente asunto, las partes y los coadyuvantes hayan propuesto distintas interpretaciones del artículo 17 de la Directiva 2019/790 (véanse los puntos 168 y 170 de las presentes conclusiones) no significa que no se cumpla el requisito de «previsibilidad» (véase, en particular, la sentencia del TEDH de 17 de febrero de 2004, *Gorzelik y otros c. Polonia* CE:ECHR:2004:0217JUD004415898, § 65). Incumbirá al Tribunal de Justicia determinar la interpretación correcta de dicha disposición.

¹⁰² Véase, en particular, la sentencia de 17 de diciembre de 2015, *WebMindLicenses* (C-419/14, EU:C:2015:832), apartado 81.

¹⁰³ Véanse, en particular, las sentencias del TEDH *Ahmet Yildirim c. Turquía*, §§ 59 y 64, y de 23 de junio de 2020, *Vladimir Kharitonov c. Rusia*, (CE:ECHR:2020:0623JUD001079514), § 37.

relación con el *carácter proporcionado* de la limitación que se deriva de dichas disposiciones.¹⁰⁴ Por consiguiente, para evitar repeticiones, abordaré esa cuestión en el marco del examen del requisito relativo al respeto del principio de proporcionalidad.¹⁰⁵

b) La limitación de que se trata respeta el «contenido esencial» del derecho a la libertad de expresión

98. Conviene recordar que el requisito enunciado en el artículo 52, apartado 1, de la Carta, según el cual toda limitación del ejercicio de los derechos y libertades que se reconocen en dicho instrumento debe «respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades», implica que, cuando una medida atenta contra ese «contenido esencial», no puede estar justificada. En ese caso la citada medida se considera contraria a la Carta y, cuando se trate de un acto de la Unión, debe ser anulada o declarada inválida sin que deba examinarse si respeta el principio de proporcionalidad.¹⁰⁶

99. En efecto, el legislador de la Unión puede limitar el ejercicio de determinados derechos fundamentales en aras del interés común, para proteger otros derechos e intereses. Puede hacerlo, en particular, para proteger otro derecho fundamental. En este contexto dispone de un cierto margen de apreciación para ponderar y alcanzar un «justo equilibrio» entre los distintos derechos e intereses existentes.¹⁰⁷ Sin embargo, ese margen de apreciación está sujeto a un límite absoluto. El «contenido esencial» de un derecho fundamental constituye un «núcleo intocable» que debe permanecer libre de toda injerencia. Por consiguiente, ningún objetivo, por muy legítimo que sea, permite justificar que se atente —de forma excepcionalmente grave— contra los derechos fundamentales. Dicho de otro modo, el fin no justifica cualquier medio.

100. En el presente asunto, según la República de Polonia, las disposiciones impugnadas vulneran el «contenido esencial» del derecho a la libertad de expresión. En opinión de dicha parte, la supervisión preventiva que, en virtud de dichas disposiciones, deben llevar a cabo los prestadores de servicios para compartir contenidos con respecto a los contenidos puestos en línea por sus usuarios pone en riesgo ese derecho como tal, en la medida en que implica una injerencia en los contenidos y su eventual bloqueo, antes incluso de su difusión.

101. Al igual que las partes demandadas y los coadyuvantes, soy de la opinión contraria.

102. No cabe duda de que las medidas preventivas de control de la información suelen considerarse generalmente injerencias particularmente graves en la libertad de expresión,¹⁰⁸ por los excesos a los que pueden dar lugar. En una sociedad democrática, estas medidas preventivas en principio se reprueban porque, al restringir cierta información, incluso antes de su difusión, impiden todo debate público sobre el contenido, privando así a la libertad de expresión de su

¹⁰⁴ Véase, por analogía, la sentencia de 6 de octubre de 2020, *La Quadrature du Net y otros* (C-511/18, C-512/18 y C-520/18, EU:C:2020:791), apartado 132.

¹⁰⁵ Véanse los puntos 128 y ss. de las presentes conclusiones.

¹⁰⁶ Véanse mis conclusiones presentadas en el asunto *Facebook Ireland y Schrems* (C-311/18, EU:C:2019:1145), punto 272.

¹⁰⁷ Véanse los puntos 117 y 129 de las presentes conclusiones.

¹⁰⁸ Véanse, en particular, las sentencias del TEDH de 26 de noviembre de 1991, *Observer y Guardian c. Reino Unido* (CE:ECHR:1991:1126JUD001358588), § 60; de 14 de marzo de 2002, *Gaweda c. Polonia* (CE:ECHR:2002:0314JUD002622995), § 35, y *Ahmet Yildirim c. Turquía*, § 64 y jurisprudencia citada.

función misma de vector del pluralismo.¹⁰⁹ Por esos motivos, como señala la demandante, numerosos Estados miembros prohíben en sus respectivas constituciones el control previo generalizado de la información.

103. Estas consideraciones son plenamente pertinentes en lo que respecta a Internet. Como aduce la demandante, esa red reviste particular importancia para la libertad de recibir o comunicar información o ideas.¹¹⁰ Lo mismo ocurre, más concretamente, con las grandes plataformas y redes sociales que, al permitir a cualquier persona publicar en línea los contenidos que desee y al público acceder a ellos, constituyen una herramienta «sin precedentes» para el ejercicio de esta libertad.¹¹¹ En esa medida, tales plataformas contribuyen a la «democratización» de la producción de información y, a pesar de estar gestionadas por operadores privados, se han convertido, de hecho, en infraestructuras esenciales para la expresión en línea.¹¹² En el actual estado de los medios de comunicación, el derecho a la libertad de expresión implica, pues, en particular, la libertad de acceder a esas plataformas y manifestar su opinión en ellas, en principio, sin injerencia de autoridades públicas.¹¹³

104. Pues bien, si dichas autoridades impusieran directa o indirectamente¹¹⁴ a los prestadores intermediarios que controlan tales infraestructuras de expresión la obligación de supervisar de forma preventiva, con carácter general, los contenidos de los usuarios de sus servicios en busca de todo tipo de información ilícita o simplemente indeseable, dicha libertad quedaría en entredicho en cuanto tal. En mi opinión, en ese caso se vería afectado el «contenido esencial» del derecho a la libertad de expresión, previsto en el artículo 11 de la Carta.

105. En este contexto, el artículo 15 de la Directiva 2000/31 reviste, desde mi punto de vista, una importancia decisiva. Al establecer que no se puede imponer a los prestadores intermediarios una «obligación general de supervisar los datos que transmitan o almacenen», esta disposición impide que la información puesta en línea se someta a una supervisión preventiva generalizada, delegada en esos intermediarios. En tal sentido, garantiza que Internet siga siendo un espacio libre y abierto.¹¹⁵

¹⁰⁹ Procede recordar que, por esa razón, la libertad de expresión constituye un fundamento esencial de toda sociedad democrática. Véanse, en particular, la sentencia de 23 de abril de 2020, *Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI* (C-507/18, EU:C:2020:289), apartado 48 y jurisprudencia citada, y las sentencias del TEDH de 7 de diciembre de 1976, *Handyside* (CE:ECHR:1976:1207JUD000549372), § 49, y de 26 de noviembre de 1991, *Observer y Guardian c. Reino Unido* (CE:ECHR:1991:1126JUD001358588), § 59.

¹¹⁰ Véase, por un lado, la sentencia de 8 de septiembre de 2016, *GS Media* (C-160/15, EU:C:2016:644), apartado 45. Véanse, por otro lado, las sentencias del TEDH de 10 de marzo de 2009, *Times Newspapers Ltd c. Reino Unido* (CE:ECHR:2009:0310JUD000300203), § 27; *Ahmet Yildirim c. Turquía*, §§ 48 y 54, y de 1 de diciembre de 2015, *Cengiz y otros c. Turquía* (CE:ECHR:2015:1201JUD004822610), §§ 49 y 52.

¹¹¹ Véanse, en particular, las sentencias del TEDH de 1 de diciembre de 2015, *Cengiz y otros c. Turquía* (CE:ECHR:2015:1201JUD004822610), §§ 51 y 52, y *Kablis c. Rusia*, § 81.

¹¹² Véanse, en particular, la Recomendación CM/rec(2018)2 del Comité de Ministros de los Estados miembros sobre las funciones y las responsabilidades de los intermediarios de Internet, adoptada por el Comité de Ministros el 7 de marzo de 2018, durante la 1309.ª reunión de los delegados de los Ministros, y Balkin, J. M., «Old-School/New-School Speech Regulation», *Harvard Law Review*, vol. 127, n.º 8, 2014, pp. 2296 a 2342, en particular p. 2304.

¹¹³ Véase *Conseil constitutionnel* (Consejo Constitucional, Francia), Decisión n.º 2020-801 DC, de 18 de junio de 2020, «Ley para luchar contra los contenidos de odio en Internet», § 4.

¹¹⁴ Es decir a través de un mecanismo de exención de responsabilidad, como el que constituye el objeto del presente asunto (véase el punto 62 de las presentes conclusiones).

¹¹⁵ Véanse las conclusiones del Abogado General Pajares Maduro presentadas en los asuntos acumulados *Google France y Google* (C-236/08 a C-238/08, EU:C:2009:569), puntos 142 y 143. Véanse asimismo la Recomendación CM/Rec(2007)16 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre medidas para promover el valor de servicio público de Internet, adoptada por el Comité de Ministros el 7 de noviembre de 2007, durante la 1010.ª reunión de Delegados de los Ministros, anexo, parte III, letra a), y la Recomendación CM/Rec(2018)2 sobre las funciones y las responsabilidades de los intermediarios de Internet, anexo, apartado 1.3.5.

106. Por esa razón, me inclino a pensar que la prohibición establecida en el citado artículo 15 constituye un *principio general* del Derecho que regula Internet, por cuanto concreta la libertad fundamental de comunicación en el entorno digital.¹¹⁶ Procede señalar, además, que el Tribunal de Justicia ya ha puesto en relación, en su jurisprudencia, el respeto de esta libertad y dicha prohibición.¹¹⁷ En efecto, ambas van de la mano. De ello se desprende, en mi opinión, que la citada prohibición excede del marco del artículo 15 y no solo se impone a los Estados miembros, sino también al legislador de la Unión.

107. Sin embargo, contrariamente a lo que arguye la demandante, el derecho fundamental a la libertad de expresión, concretado mediante la prohibición de imponer «obligaciones generales de supervisión», no se opone a cualquier tipo de obligación de supervisión.

108. En efecto, como recuerda la Comisión, en su jurisprudencia relativa a los requerimientos judiciales que pueden adoptarse contra intermediarios en línea,¹¹⁸ el Tribunal de Justicia ha admitido que es posible exigir a tales intermediarios que «impidan» ciertas infracciones, llevando a cabo una especie de supervisión específica en su servicio.¹¹⁹ Así, ha distinguido entre las obligaciones de supervisión «generales» y las que se aplican en casos «específicos».¹²⁰ De igual manera, el TEDH no considera que las medidas preventivas de control de información, incluidas las obligaciones de bloqueo, sean incompatibles, como tales, con el artículo 10 del CEDH, siempre que se inscriban en un marco específico.¹²¹ Dicho tribunal ha llegado incluso a admitir, en su sentencia *Delfi AS. c. Estonia*, que cabe esperar de algunos intermediarios que supervisen de forma activa sus servicios en busca de determinados tipos de información ilícita.¹²²

109. La demandante replica que precisamente la obligación de supervisión que las disposiciones impugnadas imponen a los prestadores de servicios para compartir contenidos es «general». En efecto, para «garantizar la indisponibilidad» de las obras y otras prestaciones identificadas por los titulares de derechos y «evitar que se carguen en el futuro» en sus servicios, según la demandante, esos prestadores deben filtrar, en la práctica, la totalidad de los contenidos que carguen todos los usuarios.

¹¹⁶ Véase, en el mismo sentido, Smith, G., «Time to speak up for Article 15», *Blog Cyberleagle*, 21 de mayo de 2017 (accesible en <https://www.cyberleagle.com/2017/05/time-to-speak-up-for-article-15.html>).

¹¹⁷ Véanse las sentencias *Scarlet Extended*, apartados 40 y 52, y *SABAM*, apartados 38 y 50.

¹¹⁸ El Tribunal de Justicia ha declarado en numerosas ocasiones que tanto las normas nacionales que regulan los detalles de esos requerimientos, como su aplicación por los órganos jurisdiccionales nacionales, deben respetar la prohibición de imponer «obligaciones generales de supervisión» prevista en el artículo 15 de la Directiva 2000/31. Véanse, en particular, las sentencias *Scarlet Extended*, apartados 32 a 35, y *SABAM*, apartados 30 a 33.

¹¹⁹ Véanse el considerando 45 y el artículo 14, apartado 3, de la Directiva 2000/31.

¹²⁰ Véase el considerando 47 de la Directiva 2000/31 («[la prohibición a] los Estados miembros [de] imponer a los prestadores de servicios una obligación de supervisión [...] no se refiere a las obligaciones de supervisión en casos específicos [...]»).

¹²¹ Véanse las sentencias del TEDH *Ahmet Yildirim c. Turquía*, § 64; de 1 de diciembre de 2015, *Cengiz y otros c. Turquía* (CE:ECHR:2015:1201JUD004822610), § 62, y *Kablis c. Rusia*, § 97.

¹²² Véase el punto 138 de las presentes conclusiones.

110. Sin embargo, al igual que las partes demandadas y los coadyuvantes, considero que, en realidad, tales disposiciones imponen una obligación «específica» de supervisión.¹²³ Debo no obstante reconocer que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia¹²⁴ ha evolucionado recientemente en lo que respecta al criterio que distingue lo «general» de lo «específico».

111. *Inicialmente*, el Tribunal de Justicia parecía atenerse a la cantidad de información que debía examinarse. En la sentencia L'Oréal y otros,¹²⁵ el Tribunal de Justicia declaró que el operador de un mercado electrónico no puede ser obligado a realizar «una supervisión activa del conjunto de datos de cada uno de sus clientes dirigida a evitar cualquier futura lesión de derechos de propiedad intelectual». En la sentencia Scarlet Extended, dicho órgano jurisdiccional consideró que no podía obligarse mediante requerimiento judicial a un proveedor de acceso a Internet a establecer un sistema de filtrado «de todas las comunicaciones electrónicas que circulen a través de sus servicios» y por tanto «indistintamente con respecto a toda su clientela», con el fin de «identificar en la red de dicho proveedor la circulación de archivos electrónicos que contengan una obra musical, cinematográfica o audiovisual sobre la que el solicitante del requerimiento alegue ser titular de derechos de propiedad intelectual, con el fin de bloquear la transmisión de archivos cuyo intercambio vulnera los derechos de autor».¹²⁶ En la sentencia SABAM,¹²⁷ el Tribunal de Justicia adoptó el mismo razonamiento en relación con la obligación del explotador de una plataforma de red social de establecer un sistema de filtrado similar. Por último, en la sentencia Mc Fadden,¹²⁸ consideró que no podía imponerse al operador de una red local inalámbrica la obligación de controlar «todos los datos transmitidos» por medio de dicha red incluso para bloquear las copias de una única obra musical identificada por el titular de derechos.¹²⁹

112. *A partir de ahora*, el Tribunal de Justicia parece atenerse a lo buscado. A este respecto, en la sentencia Glawischnick-Piesczek,¹³⁰ que guardaba en ese caso relación con la difamación, el Tribunal de Justicia consideró que la obligación del gestor de una red social de controlar todos

¹²³ Véanse, en el mismo 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 y 353 a 359, y 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"», en De Werra, J., y Benhamou, Y. (eds.), *Propriété intellectuelle à l'ère du big data y de la blockchain*, Schulthess, Ginebra, 2021, pp. 225 a 237.

¹²⁴ Conviene precisar, en contra de lo que parece dar a entender el Parlamento, que dicha jurisprudencia es pertinente en el presente asunto aunque se refiera a requerimientos dictados por órganos jurisdiccionales nacionales y no a un acto adoptado por el legislador de la Unión. En efecto, el concepto de «obligación general de supervisión» debe interpretarse de la misma manera, al margen del origen de dicha obligación (véanse, en ese sentido, mis conclusiones presentadas en los asuntos acumulados YouTube y Cyando, nota a pie de página 104).

¹²⁵ Sentencia de 12 de julio de 2011 (C-324/09, EU:C:2011:474), apartado 139.

¹²⁶ Sentencia Scarlet Extended, apartados 29 y 38 a 40. Según interpreto esta sentencia, el Tribunal de Justicia atribuyó un peso decisivo al hecho de que «dicha supervisión preventiva exigiría una vigilancia activa de la totalidad de las comunicaciones electrónicas efectuadas en la red del [proveedor de acceso a Internet] afectado y, por lo tanto, comprendería todos los datos que se vayan a transmitir y todos los clientes que utilicen dicha red» (apartado 39) (el subrayado es mío).

¹²⁷ Véanse los apartados 35 a 38 de dicha sentencia.

¹²⁸ Sentencia de 15 de septiembre de 2016 (C-484/14, EU:C:2016:689), apartados 25 y 88.

¹²⁹ Cabría preguntarse seriamente si las disposiciones impugnadas implican una «obligación general de supervisión», según se interpreta este concepto en las citadas sentencias. En particular, las diferencias entre las obligaciones que se derivan de tales disposiciones y el sistema de filtrado controvertido en el asunto en que recayó la sentencia Scarlet Extended no son en absoluto evidentes. En ese asunto, los titulares de derechos solicitaban que se conminara al intermediario a «identifi[car] [...] los archivos que contengan obras sobre las que [esos] titulares [...] tengan supuestamente derechos» (apartado 38 de esa sentencia), concretamente mediante la herramienta «Audible Magic» (véanse las conclusiones del Abogado General Cruz Villalón presentadas en el asunto Scarlet Extended, C-70/10, EU:C:2011:255, puntos 21 y 24). Pues bien, se trata de una herramienta de reconocimiento mediante «huella digital» que opera sobre la base de archivos de referencia facilitados por los titulares de derechos y que, además, se menciona en el análisis de impacto (parte 3/3, p. 55).

¹³⁰ Ha de precisarse que dicha sentencia se dictó después de la interposición del presente recurso.

los datos que se difundan a través de su red¹³¹ debía considerarse «específica» pues se trataba de buscar y bloquear una información difamatoria «precisa»,¹³² que el prestador no estaba obligado a realizar una «apreciación autónoma» acerca de la legalidad de la información filtrada y que, en cambio, podía «utilizar [...] técnicas e instrumentos de búsqueda automatizados».¹³³

113. Desde mi punto de vista, esta evolución de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia¹³⁴ está justificada. Aunque precisaré los límites a continuación,¹³⁵ he de señalar desde este momento que considerar que una obligación de supervisión es «general» porque exige, *de facto*, a los prestadores intermediarios filtrar, mediante herramientas informáticas, todos los datos puestos en línea por los usuarios de su servicio incluso cuando se trata de buscar infracciones específicas, supondría lamentablemente ignorar la evolución tecnológica que permite ese filtrado y privar al legislador de la Unión de un medio útil para luchar contra ciertos tipos de contenidos ilícitos.

114. En el presente asunto, para lograr los objetivos que persiguen las disposiciones impugnadas, los prestadores de servicios para compartir contenidos deben, sin duda, supervisar todos los contenidos que sus usuarios ponen en línea. Sin embargo, se trata de buscar, entre todos ellos, las «obras y otras prestaciones específicas» respecto de las cuales los titulares de derechos les hayan facilitado «información pertinente y necesaria» [artículo 17, apartado 4, letra b), de la Directiva 2019/790] o una «notificación suficientemente motivada» [letra c) del citado apartado 4]. Más adelante expondré con más concreción los contenidos que deben bloquearse.¹³⁶ Sin embargo, en esta fase de mi análisis, estos elementos son suficientes, en mi opinión, para demostrar que estas disposiciones establecen, si bien indirectamente, una obligación de supervisión «específica» y para excluir que vulneren el «contenido esencial» del derecho a la libertad de expresión.¹³⁷

115. Para concluir, conviene precisar que, aunque el legislador de la Unión no puede delegar en los intermediarios en línea la obligación de realizar una supervisión preventiva generalizada de la información que se comparte o se transmite gracias a sus servicios, desde mi punto de vista puede imponer ciertas medidas de supervisión activa de determinada información ilícita específica a algunos intermediarios en línea sin vulnerar el «contenido esencial» de la libertad de expresión. Ha de observarse además que, a este respecto, el artículo 17 de la Directiva 2019/790 se enmarca en la línea de una serie de comunicaciones y recomendaciones de la Comisión¹³⁸ y de nuevas

¹³¹ Véanse las conclusiones del Abogado General Szpunar presentadas en el asunto Glawischnig-Piesczek (C-18/18, EU:C:2019:458), puntos 25, 26 y 59.

¹³² Sentencia Glawischnig-Piesczek, apartado 35.

¹³³ Sentencia Glawischnig-Piesczek, apartado 46.

¹³⁴ Conviene precisar que, aunque la sentencia Glawischnig-Piesczek se refiere al ámbito de la difamación, las enseñanzas que pueden extraerse de ella rebasan ese ámbito. En efecto, el concepto de «obligación general de supervisión» se aplica de forma transversal, al margen del tipo de infracciones que deba buscar el intermediario. Véanse las conclusiones del Abogado General Szpunar presentadas en el asunto Glawischnig-Piesczek (C-18/18, EU:C:2019:458), punto 43.

¹³⁵ Véanse los puntos 194 a 199 de las presentes conclusiones.

¹³⁶ Véanse los puntos 200 a 203 de las presentes conclusiones.

¹³⁷ Ha de observarse además que el legislador de la Unión ha reafirmado la prohibición de imponer «obligaciones generales de supervisión» en el artículo 17, apartado 8, de la Directiva 2019/790 (véanse los puntos 194 a 203 de las presentes conclusiones).

¹³⁸ Véanse, en particular, las comunicaciones de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 6 de mayo de 2015, «Una estrategia para el Mercado Único Digital de Europa» (COM/2015/192 final), pp. 4, 8 y 12 a 14; de 25 de mayo de 2016, «Las plataformas en línea y el mercado único digital — Retos y oportunidades para Europa» (COM/2016/288 final), pp. 8 a 11, y de 28 de septiembre de 2017, «Lucha contra el contenido ilícito en línea — Hacia una mayor responsabilización de las plataformas en línea» (COM/2017/555 final). Véase también la Recomendación (UE) 2018/334 de la Comisión, de 1 de marzo de 2018, sobre medidas para combatir eficazmente los contenidos ilícitos en línea (DO 2018, L 63, p. 50), considerandos 1 a 5, 24 y 36 y apartados 18, 36 y 37.

normativas¹³⁹ que, en tal sentido, pretenden que determinados intermediarios —en particular las grandes «plataformas» — contribuyan a la lucha contra determinados tipos de contenidos ilícitos. Sin embargo, en cada caso, deberá garantizarse el respeto del principio de proporcionalidad. Esa forma de delegación del control de la legalidad en línea¹⁴⁰ en ciertos intermediarios entraña, en particular, riesgos para la libertad de expresión de los usuarios de sus servicios y no puede, pues, llevarse a cabo sin garantías suficientes para dichos usuarios.¹⁴¹

c) La limitación de que se trata respeta el principio de proporcionalidad

116. Queda ahora por examinar el requisito relativo al respeto del principio de proporcionalidad, que se divide, conforme a los términos del artículo 52, apartado 1, de la Carta, en dos subrequisitos: la limitación de que se trata debe ser, primero, «necesaria» y, segundo, «responder efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás».

117. Las partes no discuten que el *segundo subrequisito* se cumple. A la luz del objetivo general que persigue el artículo 17 de la Directiva 2019/790,¹⁴² la limitación controvertida responde a «la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás», a saber de los derechos de autor y de los derechos afines de los titulares. Ha de recordarse que la propiedad intelectual está protegida como derecho fundamental, en particular,¹⁴³ por el artículo 17, apartado 2, de la Carta y por el artículo 1 del Protocolo adicional n.º 1 al CEDH.¹⁴⁴ Así, las disposiciones impugnadas constituyen «medidas positivas de protección» adoptadas por el legislador de la Unión para garantizar a tales titulares el ejercicio real y efectivo de sus derechos de propiedad intelectual en sus relaciones con los prestadores de servicios para compartir contenidos.¹⁴⁵

118. En cambio, las partes discrepan sobre si la limitación de que se trata respeta el *primer subrequisito*. A este respecto, ha de precisarse que el examen del carácter «necesario», en el sentido del artículo 52, apartado 1, de la Carta, de una limitación al ejercicio de uno de los derechos fundamentales que garantiza supone, en realidad, verificar que concurren tres exigencias

¹³⁹ Véanse, en particular, Reglamento (UE) 2021/784 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2021, sobre la lucha contra la difusión de contenidos terroristas en línea, especialmente el artículo 5, y la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre de 2020, relativo a un mercado único de servicios digitales (Ley de servicios digitales) y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE (COM/2020/825 final), especialmente el artículo 27. Ha de observarse que el principio según el cual no puede imponerse a los intermediarios en línea una obligación general de supervisión se reafirma en el artículo 7 de esta última propuesta.

¹⁴⁰ Véase el punto 84 de las presentes conclusiones.

¹⁴¹ Véanse los puntos 140 a 153 de las presentes conclusiones. Véase también, en el mismo sentido, la Recomendación 2018/334, considerandos 24, 27 y 36 y apartados 19 a 21.

¹⁴² Véase el punto 28 de las presentes conclusiones.

¹⁴³ Véase también el artículo 27, apartado 2, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

¹⁴⁴ Véanse, en particular, las sentencias del TEDH de 11 de enero de 2007, Anheuser-Busch Inc. c. Portugal (CE:ECHR:2007:0111JUD007304901), § 72; Ashby Donald y otros c. Francia, § 40, y Neij y otros c. Suecia, p. 11.

¹⁴⁵ Véanse, por analogía, las sentencias de 29 de enero de 2008, Promusicae (C-275/06, EU:C:2008:54), apartado 53, y de 15 de septiembre de 2016, Mc Fadden (C-484/14, EU:C:2016:689), apartado 81, y las sentencias del TEDH Ashby Donald y otros c. Francia, § 36, y Neij y otros c. Suecia, pp. 10 y 11. Como aducen el Parlamento y el Consejo, la limitación de que se trata responde a la vez a un objetivo de interés general que no solo está «reconocido» sino que también es «perseguido» por la Unión, a saber, fomentar la diversidad cultural (véase el considerando 2 de la Directiva 2019/790). En efecto, la protección de los derechos de autor tiene por objeto, en particular, respaldar la creatividad, la producción y la difusión de información, del conocimiento y de la cultura (véanse, en particular, los considerandos 9 a 11 y 14 de la Directiva 2001/29). Pues bien, de conformidad con el artículo 3 TUE, apartado 3, la Unión se ha fijado como objetivo «[velar] por la conservación y el desarrollo del patrimonio cultural europeo».

acumulativas: en efecto, es preciso comprobar si esa limitación es (1) «adecuada», (2) «necesaria» y (3) «proporcionada» en sentido estricto.¹⁴⁶ En las siguientes secciones analizaré una a una esas exigencias.

1) La limitación de que se trata es «adecuada»

119. No parece que la República de Polonia formule objeciones sobre la exigencia relativa al carácter «adecuado» de la limitación de que se trata. En cualquier caso, al igual que el Parlamento y el Consejo, considero que se cumple.

120. En efecto, en el marco del análisis del carácter adecuado de una determinada medida, el Tribunal de Justicia no debe comprobar si esa medida constituye el *mejor medio* para lograr el objetivo perseguido, sino si es *adecuada para contribuir* a que se alcance ese objetivo.¹⁴⁷

121. Pues bien, en el presente asunto, las obligaciones de supervisión que incumben a los prestadores de servicios para compartir contenidos en virtud de las disposiciones impugnadas son adecuadas para contribuir a que se alcance el objetivo que persigue el legislador de la Unión. Al trasladar a esos prestadores la carga de supervisar sus servicios y de luchar de forma activa contra los contenidos infractores que pueden encontrarse en ellos, esas disposiciones, *por un lado*, incitan enérgicamente a tales prestadores a celebrar acuerdos de licencia con los titulares de derechos¹⁴⁸ y, *por otro lado*, permiten a esos titulares controlar más fácilmente el uso de sus obras y prestaciones en esos servicios.¹⁴⁹

2) La limitación de que se trata es «necesaria»

122. La República de Polonia aduce, en cambio, que la limitación del ejercicio del derecho a la libertad de expresión que se deriva de las letras b) y c), *in fine*, del apartado 4 del artículo 17 de la Directiva 2019/790 va más allá de lo «necesario» para lograr el objetivo que persigue el legislador de la Unión. En su opinión, las obligaciones establecidas en las letras a) y c), *in principio*, de dicho apartado son suficientes para ese fin. *Por un lado*, según dicha parte, la obligación que incumbe a los prestadores de servicios para compartir contenidos, en virtud de la letra a), de hacer los «mayores esfuerzos» por obtener una autorización de los titulares de derechos refuerza la posición negociadora de estos últimos. *Por otro lado*, la obligación que la letra c), *in principio*, impone a esos prestadores de actuar de modo expeditivo, al recibir una notificación suficientemente motivada, para inhabilitar el acceso a las obras u otras prestaciones notificadas o para retirarlas de sus sitios web, garantiza, a juicio de esa parte, una protección eficaz de los derechos de dichos titulares.

123. No estoy de acuerdo.

¹⁴⁶ Véanse, en particular, las sentencias de 22 de enero de 2013, Sky Österreich (C-283/11, EU:C:2013:28), apartado 50; de 15 de febrero de 2016, N. (C-601/15 PPU, EU:C:2016:84), apartado 54, y de 17 de diciembre de 2020, Centraal Israëlitisch Consistorie van België y otros (C-336/19, EU:C:2020:1031), apartado 64.

¹⁴⁷ Véase, en particular, la sentencia de 17 de diciembre de 2020, Centraal Israëlitisch Consistorie van België y otros (C-336/19, EU:C:2020:1031), apartado 66 y jurisprudencia citada.

¹⁴⁸ Teniendo en cuenta de que, conviene recordarlo, las disposiciones impugnadas solo se aplican a las obras y prestaciones identificadas por los titulares de derechos para las cuales los prestadores de servicios para compartir contenidos no han obtenido su autorización.

¹⁴⁹ Véase el punto 53 de las presentes conclusiones. El hecho de que cualquier usuario malintencionado pueda eludir el filtrado (véase, no obstante, sobre la solidez de las herramientas de filtrado mediante «huella», la nota a pie de página 65 de las presentes conclusiones) y de que este lleve necesariamente aparejada una cierta tasa de error que puede eventualmente reducir la adecuación de esas obligaciones para alcanzar el objetivo perseguido, no implica, sin embargo, que el filtrado no sea adecuado (véase la sentencia de 27 de marzo de 2014, UPC Telekabel Wien, C-314/12, EU:C:2014:192, apartado 63).

124. A este respecto, procede recordar que el criterio de la «necesidad» implica comprobar si existen medidas alternativas que sean *tan eficaces* como la medida elegida para lograr el objetivo perseguido pero *menos onerosas*.¹⁵⁰

125. Pues bien, como sostienen, en esencia, el Parlamento y el Consejo, un régimen de responsabilidad que únicamente impusiera las obligaciones previstas en las letras a) y c), *in principio*, del apartado 4 del artículo 17 de la Directiva 2019/790 no sería claramente *tan eficaz* para lograr el objetivo que persigue el legislador de la Unión como un régimen que previera, además, las obligaciones que se derivan de las letras b) y c), *in fine*, de ese mismo apartado, aunque las primeras sean efectivamente *menos onerosas* para el derecho a la libertad de expresión que las segundas.¹⁵¹

126. En efecto, *por un lado*, aunque, como aduce la demandante, la obligación que se impone a los prestadores de servicios para compartir contenidos de hacer los «mayores esfuerzos» por obtener una autorización de los titulares de derechos ya refuerza, como tal, la posición de estos titulares a la hora de negociar acuerdos de licencia con tales prestadores, el artículo 17 de la Directiva 2019/790 no solo pretende garantizar que los citados titulares reciban una remuneración equitativa por la utilización de sus obras y otras prestaciones en esos servicios. Se trata, con carácter más general, de garantizar que dichos titulares puedan controlar efectivamente su uso y, en particular, si lo desean, *impedir* que tales prestaciones estén disponibles en los citados servicios.

127. A este respecto, es innegable, *por otro lado*, que, como señalan las demandadas, un sistema de notificación y retirada como el establecido en el artículo 14 de la Directiva 2000/31, que también está recogido, en esencia, en el artículo 17, apartado 4, letra c), *in principio*, de la Directiva 2019/790, no permite a los titulares afectados oponerse al uso ilícito de sus obras en los servicios para compartir contenidos *tan eficazmente* como un sistema como el que resulta de las disposiciones impugnadas, que impone además a los prestadores de tales servicios obligaciones de supervisión.

3) La limitación de que se trata es «proporcionada» en sentido estricto

128. Conforme a reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, las limitaciones al ejercicio de un derecho fundamental garantizado por la Carta se consideran «proporcionadas», en sentido estricto, cuando las desventajas que ocasiona la medida controvertida no son desproporcionadas con respecto a los objetivos perseguidos.¹⁵²

129. En el presente caso, las disposiciones impugnadas enfrentan, por un lado, el derecho a la libertad de expresión que garantiza el artículo 11 de la Carta y, por otro lado, el derecho a la propiedad intelectual, protegido por el artículo 17, apartado 2, de ese mismo instrumento. Como recuerdan el Parlamento, el Consejo y el Gobierno español, no hay una «primacía automática» del primero sobre el segundo.¹⁵³ Por tanto, la apreciación de la proporcionalidad de estas disposiciones debe llevarse a cabo, recurriendo a las propias palabras del Tribunal de Justicia,

¹⁵⁰ Véanse, en particular, las sentencias de 22 de enero de 2013, Sky Österreich (C-283/11, EU:C:2013:28), apartados 54 y 55; de 17 de octubre de 2013, Schwarz (C-291/12, EU:C:2013:670), apartados 46, 52 y 53, y de 4 de mayo de 2016, Philip Morris Brands y otros (C-547/14, EU:C:2016:325), apartado 160.

¹⁵¹ Véase la nota a pie de página 172 de las presentes conclusiones.

¹⁵² Véase, en particular, la sentencia de 17 de diciembre de 2020, Centraal Israëlitisch Consistorie van België y otros (C-336/19, EU:C:2020:1031), apartado 64 y jurisprudencia citada.

¹⁵³ Véase, por analogía, la sentencia de 9 de noviembre de 2010, Volker und Markus Schecke y Eifert (C-92/09 y C-93/09, EU:C:2010:662), apartado 85.

«respetando la necesaria conciliación de las exigencias relacionadas con la protección de los distintos derechos [fundamentales]» y el «justo equilibrio» entre ellos.¹⁵⁴ Por lo demás, en materia de derechos de autor, el Tribunal de Justicia ha insistido particularmente en la necesidad de mantener ese «justo equilibrio» en el entorno digital.¹⁵⁵

130. Pues bien, la República de Polonia arguye precisamente que el legislador de la Unión no ha respetado dicho equilibrio en el artículo 17 de la Directiva 2019/790. En su opinión, el perjuicio que las disposiciones impugnadas ocasionan a la libertad de expresión es desproporcionado con respecto a las ventajas que pueden procurar en términos de protección de los derechos de propiedad intelectual.

131. Por mi parte, considero, al igual que el Parlamento, el Consejo y la Comisión, que el legislador de la Unión estaba facultado para reconsiderar el equilibrio inherente al régimen de responsabilidad aplicable a los prestadores de servicios para compartir contenidos [subsección i)]. Sin embargo, el nuevo régimen de responsabilidad adoptado entraña riesgos importantes para la libertad de expresión [subsección ii)], que requieren que se establezcan garantías suficientes para minimizarlos [subsección iii)], lo cual, a mi juicio, el legislador de la Unión ha hecho [subsección iv)].

i) El legislador de la Unión estaba legitimado para sustituir el equilibrio inicialmente establecido por otro nuevo

132. La exención de responsabilidad que el artículo 14 de la Directiva 2000/31 establece para los prestadores intermediarios refleja el equilibrio entre, en particular, la libertad de expresión y los derechos de propiedad intelectual que el legislador de la Unión deseaba en el momento de la adopción de dicha Directiva. En aquel momento, el legislador pretendía favorecer el desarrollo de tales prestadores con el fin de estimular de forma más general el crecimiento del comercio electrónico y de los «servicios de la sociedad de la información» en el mercado interior. Por tanto, era importante no imponerles una responsabilidad que pudiera poner en peligro su actividad. Se debían salvaguardar los intereses de los titulares de los derechos y ponderarlos con la libertad de expresión de los internautas en el marco del sistema de «notificación y retirada» y de los requerimientos judiciales que podían adoptarse contra dichos prestadores.¹⁵⁶

133. Como aduce el Consejo, es indudable que las circunstancias han cambiado desde entonces. La aparición de los servicios de la «Web 2.0» ha generado ventajas y riesgos económicos y sociales nuevos, que afectan a los distintos intereses en juego. En este contexto, el legislador de la Unión podía, pues, reconsiderar las decisiones que había adoptado casi veinte años atrás, apreciar ese cambio de circunstancias y evaluar esa ventajas y riesgos.¹⁵⁷

134. A este respecto, como han destacado el Parlamento, el Consejo y el Gobierno francés, el legislador de la Unión dispone de un amplio margen de apreciación en las materias en las que su actuación implica tomar decisiones de naturaleza política, económica y social y en las que debe

¹⁵⁴ Véase, en particular, la sentencia de 17 de diciembre de 2020, Centraal Israëlitisch Consistorie van België y otros (C-336/19, EU:C:2020:1031), apartado 65 y jurisprudencia citada.

¹⁵⁵ Véase, en particular, la sentencia de 9 de marzo de 2021, VG Bild-Kunst (C-392/19, EU:C:2021:181), apartado 54 y jurisprudencia citada.

¹⁵⁶ Véanse los considerandos 1 a 7, 40, 41, 45 a 49 de la Directiva 2000/31 y mis conclusiones presentadas en los asuntos acumulados YouTube y Cyando, punto 245.

¹⁵⁷ Véanse mis conclusiones presentadas en los asuntos acumulados YouTube y Cyando, punto 246.

realizar apreciaciones y valoraciones complejas.¹⁵⁸ Adaptar los derechos de autor al entorno digital y establecer, en ese ámbito, un régimen de responsabilidad para los servicios para compartir contenidos en línea garantizando un justo equilibrio entre todos los derechos e intereses en juego es, no cabe duda, una tarea «compleja».¹⁵⁹

135. De igual manera, el TEDH reconoce a las autoridades públicas un amplio margen de apreciación cuando deben lograr un equilibrio entre los diferentes derechos protegidos por el CEDH.¹⁶⁰ El margen de apreciación era, en ese caso, aún más amplio dado que el legislador de la Unión no debía regular cuestiones políticas, sino el uso de obras y otras prestaciones.¹⁶¹

136. En un contexto en el que había un encendido debate,¹⁶² el legislador de la Unión adoptó una decisión política en favor de la industria creativa. Estimó que el anterior equilibrio entre los derechos e intereses en juego ya no era satisfactorio y que, para seguir garantizando a los titulares de derechos un elevado nivel de protección,¹⁶³ convenía adoptar un nuevo régimen de responsabilidad para determinados proveedores de servicios de la «Web 2.0», imponiéndoles ciertas obligaciones de supervisión de los contenidos puestos en línea por los usuarios de sus servicios. A la luz del amplio margen de que disponía, no creo que esa decisión del legislador fuera, en principio, desproporcionada.

137. Más concretamente, el carácter proporcionado de las disposiciones impugnadas reside, en mi opinión, en la concurrencia de los elementos mencionados por las partes demandadas y los coadyuvantes, a saber, primero, la importancia del perjuicio económico que ocasiona a los titulares de derechos la puesta en línea ilícita de sus obras en los servicios para compartir contenidos en línea, a la luz de la ingente cantidad de contenidos cargados en esos servicios y de la rapidez del intercambio de información en Internet;¹⁶⁴ segundo, el hecho de que, por esas mismas razones, el sistema de «notificación y retirada» difícilmente permite a los titulares controlar el uso de su obras en dichos servicios; tercero, las dificultades a las que se enfrentan para actuar contra los usuarios responsables, y, cuarto, el hecho de que las obligaciones de supervisión afecten a prestadores intermediarios concretos. Sobre esta última cuestión, ha de observarse que, en virtud de la promoción de contenidos que llevan a cabo,¹⁶⁵ los prestadores de servicios para compartir contenidos ejercen una cierta influencia sobre la información a la que accede el público. En cierta medida,¹⁶⁶ esos aspectos los aproximan de los intermediarios

¹⁵⁸ Véase, en particular, la sentencia de 17 de diciembre de 2015, Neptune Distribution (C-157/14, EU:C:2015:823), apartado 76 y jurisprudencia citada.

¹⁵⁹ Véase la Recomendación CM/Rec(2018)2 sobre las funciones y las responsabilidades de los intermediarios de Internet, preámbulo, apartado 9.

¹⁶⁰ Véase, en particular, la sentencia del TEDH Ashby Donald y otros c. Francia, § 40 y jurisprudencia citada. Véanse también las sentencias del TEDH Neij y otros c. Suecia, p. 11, y de 11 de marzo de 2014, Akdeniz c. Turquía (CE:ECHR:2014:0311DEC002087710), § 28. Véase, en el mismo sentido, la sentencia de 3 de febrero de 2021, Fussl Modestraße Mayr (C-555/19, EU:C:2021:89), apartados 91 a 93.

¹⁶¹ Véase, por analogía, la sentencia del TEDH Neij y otros c. Suecia, p. 11.

¹⁶² Una parte de la doctrina aduce que no existen pruebas empíricas de la existencia del «value gap». Véanse, en particular, 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, en particular, pp. 567 a 569. Para una opinión contraria, véase 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 Conviene precisar que incumbe evidentemente al legislador de la Unión decidir el nivel de protección que pretende garantizar a los derechos de autor y a los derechos afines en la Unión.

¹⁶⁴ Véase el análisis de impacto, parte 1/3, pp. 137 a 144 y 175. Véanse, en el mismo sentido, las sentencias de 13 de mayo de 2014, Google Spain y Google (C-131/12, EU:C:2014:317), apartado 80, y Glawischnig-Piesczek, apartados 36 y 37.

¹⁶⁵ Véase el punto 14 de las presentes conclusiones.

¹⁶⁶ Sin embargo, el hecho de que esos prestadores no realicen una selección previa de la información que se pone en línea en sus servicios (véase el punto 32 de las presentes conclusiones) constituye, desde mi punto de vista, una diferencia decisiva, que impide dispensarles el mismo trato que a los editores.

tradicionales, como los editores, de manera que puede ser proporcionado adoptar, a su respecto, un régimen de responsabilidad específico, distinto del que se aplica a los demás prestadores de servicios de alojamiento.¹⁶⁷

138. Además, como alegan los Gobiernos español y francés, en su sentencia *Delfi AS c. Estonia*, el TEDH declaró que, en el marco del equilibrio entre la libertad de expresión, en el sentido el artículo 10 del CEDH, y el derecho al honor, garantizado por el artículo 8 de ese mismo Convenio, no era desproporcionado considerar responsable a un importante portal de noticias por no haber impedido la publicación de cierto tipo de comentarios ilícitos dejados por sus usuarios en su sitio de Internet a continuación de un artículo o, al menos, por no haberlos retirado por propia iniciativa en un plazo breve.

139. Pues bien, en dicha sentencia, el TEDH se atuvo, primero, a la magnitud del perjuicio ocasionado por esos comentarios, teniendo en cuenta la rapidez con la que la información circula en línea¹⁶⁸ y, segundo, al hecho de que, a pesar de que el sistema de «notificación y retirada» puede constituir en muchos casos una herramienta adecuada de ponderación de los derechos e intereses de todos los interesados, no era suficiente para hacer cesar el grave perjuicio resultante de tales comentarios.¹⁶⁹ El TEDH destacó, asimismo, tercero, que a la víctima le habría resultado difícil actuar contra los autores de los comentarios y, cuarto, que el gestor del portal de noticias ejercía una cierta influencia sobre los comentarios publicados por los usuarios, de manera que podía estar justificado adoptar un planteamiento específico en materia de responsabilidad en lo que a él respectaba.¹⁷⁰ Por tanto, es posible apreciar una cierta analogía con el presente asunto.¹⁷¹

ii) Riesgos inherentes a un régimen de responsabilidad como el resultante de las disposiciones impugnadas

140. Como sostiene, en esencia, el Parlamento, en la medida en que el filtrado que deben llevar a cabo los prestadores de servicios para compartir contenidos en virtud de las disposiciones impugnadas impedirá la difusión, en esos servicios, de contenidos que vulneren derechos de autor y derechos afines, la limitación del ejercicio del derecho a la libertad de expresión que resulta de estas disposiciones está justificada en lo que respecta a esos contenidos.

141. Sin embargo, el vínculo que el legislador de la Unión ha establecido en esas disposiciones entre responsabilidad de los prestadores de servicios para compartir contenidos y eficacia del filtrado genera un importante riesgo para la libertad de expresión, a saber, el de un «bloqueo excesivo» de contenidos lícitos.

¹⁶⁷ Véase, en tal sentido, la Recomendación CM/Rec(2018)2 sobre las funciones y las responsabilidades de los intermediarios de Internet, preámbulo, apartados 4 y 5, y anexo, apartado 1.3.9. En mi opinión, ese régimen de responsabilidad no sería proporcionado para los prestadores de servicios de alojamiento «tradicionales». Lo mismo sucedería, con mayor razón, en lo que respecta a otros intermediarios, como los prestadores de servicios de «mera transmisión» (véase el artículo 12 de la Directiva 2000/31).

¹⁶⁸ Véase la sentencia del TEDH *Delfi AS c. Estonia*, § 133.

¹⁶⁹ Véase la sentencia del TEDH *Delfi AS c. Estonia*, §§ 151, 155, 158 y 159.

¹⁷⁰ Véase la sentencia del TEDH *Delfi AS c. Estonia*, §§ 113, 115, 117, 128 y 145.

¹⁷¹ Conviene precisar que, en ese asunto, el gestor del portal de noticias debía supervisarlos en busca de información «claramente ilícita». Como expondré en los puntos 194 a 218 de las presentes conclusiones, ocurre lo mismo en el presente asunto.

142. Con carácter general, existe ese riesgo de «bloqueo excesivo» cuando las autoridades públicas imputan a los prestadores intermediarios la responsabilidad por la información ilícita proporcionada por los usuarios de sus servicios. Para eludir todo riesgo de responsabilidad, cabe que dichos intermediarios tiendan a aplicar un exceso de celo y a bloquear de forma exagerada esa información *ante la menor duda sobre su licitud*.¹⁷²

143. En el presente caso, el riesgo que se corre, más concretamente, es que los prestadores de servicios para compartir contenidos, para evitar cualquier riesgo de responsabilidad frente a los titulares de derechos, impidan de forma sistemática la puesta a disposición en sus servicios de todo contenido que reproduzca obras y otras prestaciones respecto de las cuales hayan recibido «información pertinente y necesaria» o una «notificación suficientemente motivada» de esos titulares, incluso de aquellos contenidos que no vulneren sus derechos.¹⁷³

144. En efecto, al margen de que es posible que ciertos usuarios que deseen poner en línea los contenidos de que se trata dispongan de una licencia sobre las obras y prestaciones en cuestión, los titulares de derechos no tienen un monopolio absoluto sobre el uso de sus prestaciones protegidas por derechos de autor. El artículo 5, apartado 3, de la Directiva 2001/29 recoge, a este respecto, una lista de excepciones y limitaciones al derecho exclusivo de «comunicación al público». Estas excepciones y limitaciones garantizan, en principio, un «justo equilibrio» entre, por un lado, el interés de estos titulares en la protección de su propiedad intelectual y, por otro lado, la protección de los intereses y de los derechos fundamentales de los usuarios de prestaciones protegidas por derechos de autor y el interés general,¹⁷⁴ en particular el acceso del público a la cultura. Concretamente, varias de esas excepciones y limitaciones, entre ellas, las relativas a las citas, críticas y reseñas¹⁷⁵ y las referidas a caricaturas, parodias o pastiches¹⁷⁶ dan prioridad, en sus respectivos ámbitos de aplicación, a la libertad de expresión y de creación de los usuarios sobre el interés de dichos titulares.

145. Pues bien, precisamente una parte importante de los contenidos puestos en línea por los usuarios en los servicios para compartir contenidos consiste en usos o reapropiaciones creativas de obras y otras prestaciones protegidas que pueden estar cubiertos por estas excepciones y limitaciones.¹⁷⁷

¹⁷² Véanse, en particular, Balkin, J.-M., *op. cit.*, p. 2309, y la sentencia del TEDH de 4 de junio de 2020, Jezior c. Polonia (CE:ECHR:2020:0604JUD003195511) § 60 («Imputar [a un prestador intermediario] la responsabilidad por los comentarios procedentes de terceros puede [...] generar un efecto disuasorio sobre la libertad de expresión en Internet»). Véanse también las sentencias del TEDH de 2 de febrero de 2016, Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete e Index.hu Zrt c. Hungría (CE:ECHR:2016:0202JUD002294713), § 86, y de 7 de febrero de 2017, Pihl c. Suecia (CE:ECHR:2017:0207DEC007474214), § 35. En cambio, en el marco de la exención de responsabilidad prevista en el artículo 14 de la Directiva 2000/31, ese riesgo se reduce, dado que los prestadores intermediarios únicamente deben retirar la información cuya ilicitud esté acreditada o sea «revelada».

¹⁷³ Toda vez que, *por un lado*, de conformidad con el artículo 17, apartado 4, de la Directiva 2019/790, los prestadores de servicios para compartir contenidos soportan la carga de probar que han realizado los «mayores esfuerzos» para evitar la puesta en línea de contenidos infractores y que, *por otro lado*, se enfrentan a un riesgo considerable de responsabilidad, dada la «gran cantidad» de contenidos a los que esos servicios dan acceso.

¹⁷⁴ Véanse, en particular, las sentencias de 3 de septiembre de 2014, Deckmyn y Vrijheidsfonds (C-201/13, EU:C:2014:2132), apartado 26; de 7 de agosto de 2018, Renckhoff (C-161/17, EU:C:2018:634), apartado 43, y de 29 de julio de 2019, Spiegel Online (C-516/17, EU:C:2019:625), apartados 38, 42, 43 y 54. Véase también el considerando 6 de la Directiva 2019/790.

¹⁷⁵ Véanse el artículo 5, apartado 3, letra d), de la Directiva 2001/29 y las sentencias de 29 de julio de 2019, Funke Medien NRW (C-469/17, EU:C:2019:623), apartado 71, y de 29 de julio de 2019, Spiegel Online (C-516/17, EU:C:2019:625), apartado 57.

¹⁷⁶ Véanse el artículo 5, apartado 3, letra k), de la Directiva 2001/29 y la sentencia de 3 de septiembre de 2014, Deckmyn y Vrijheidsfonds (C-201/13, EU:C:2014:2132), apartado 25.

¹⁷⁷ Me refiero a los «memes», críticas de películas, parodias y a cualquier otro tipo de contenidos con fines de entretenimiento o educativos que abundan en esos servicios y que además pueden constituir, como tales, obras, con frecuencia «transformadoras».

146. Sin embargo, la cuestión de si esta excepción o limitación se aplica a un determinado contenido depende del contexto y precisa de un cierto análisis.¹⁷⁸ La línea que separa una utilización legítima de una infracción puede ser, en diferentes casos, discutible.¹⁷⁹ En cualquier situación en la que existan dudas, podría parecer más simple para los prestadores de servicios para compartir contenidos impedir la puesta a disposición de los contenidos de que se trata que invocar ellos mismos, en el marco de una eventual demanda por responsabilidad presentada por los titulares de derechos, la aplicación de tales excepciones o limitaciones.¹⁸⁰

147. El riesgo de «bloqueo excesivo» apenas descrito se ve incrementado, en este caso, por el hecho de que los requisitos de exención que establece el artículo 17, apartado 4, letras b) y c), *in fine*, de la Directiva 2019/790 obligan *de facto*, en un buen número de casos, a los prestadores de servicios para compartir contenidos a recurrir a herramientas de reconocimiento automático de contenidos.

148. A este respecto, no hay que olvidar los límites inherentes a las herramientas de que se trata, que la demandante ha destacado debidamente y que, por lo demás, ya fueron puestos de manifiesto por el Tribunal de Justicia en sus sentencias *Scarlet Extended* y *SABAM*.¹⁸¹ En efecto, las herramientas de reconocimiento automático de contenidos detectan precisamente *contenidos*, y no *vulneraciones* de los derechos de autor. Dichas herramientas, particularmente las que operan mediante la técnica de la «huella digital», pueden detectar *correspondencias*, es decir, reconocer que el contenido de un determinado archivo reproduce, total o parcialmente, el de un archivo de referencia.¹⁸² En cambio, como observa la República de Polonia, en la situación actual, estas herramientas no son capaces de apreciar el contexto en el que se reproduce y usa la obra ni, en particular, de identificar si se aplica una excepción o limitación de los derechos de autor.¹⁸³ El riesgo de «bloqueo excesivo» es tanto más importante cuanto más aumenta la capacidad de esas herramientas para reconocer correspondencias en extractos cada vez más breves (por ejemplo, algunos segundos en el caso de un fonograma). Su utilización genera, pues, el riesgo de privar a los usuarios de un espacio de expresión y creación permitidas por esas excepciones y limitaciones.¹⁸⁴ Además, la capacidad de las herramientas de reconocimiento automático de identificar contenidos infractores depende de la precisión y de la veracidad de la información facilitada por los titulares de derechos. Por consiguiente, el uso de esas herramientas

¹⁷⁸ Por ejemplo, en lo que respecta a la excepción prevista en el artículo 5, apartado 3, letra d), de la Directiva 2001/29, se trata, en particular, de comprobar si el usuario ha «[establecido] necesariamente una relación directa y estrecha entre la obra citada y sus propias reflexiones y posibilita[do] la confrontación intelectual con la obra de un tercero» (sentencia de 29 de julio de 2019, *Spiegel Online*, C-516/17, EU:C:2019:625, apartado 79). En cuanto a la excepción prevista en la letra k) de ese mismo apartado, se trata de determinar si el contenido, por un lado, «[evoca] una obra existente, si bien diferenciándose perceptiblemente de esta», y, por otro lado, «[plasma] una manifestación humorística o burlesca» (sentencia de 3 de septiembre de 2014, *Deckmyn y Vrijheidsfonds*, C-201/13, EU:C:2014:2132, apartado 20).

¹⁷⁹ El análisis se ve complicado además por el hecho de que las excepciones y limitaciones aplicables y su alcance pueden variar de un Derecho nacional a otro. En efecto, aunque la enumeración que figura en el artículo 5 de la Directiva 2001/29 es exhaustiva, brinda a los Estados miembros la *facultad* de transponer las que desee a su Derecho interno. Además, dichos Estados disponen, según los casos, de un margen de apreciación para su aplicación. Véanse mis conclusiones presentadas en los asuntos acumulados *YouTube y Cyando*, punto 188.

¹⁸⁰ Véanse, por analogía, mis conclusiones presentadas en los asuntos acumulados *YouTube y Cyando*, punto 189.

¹⁸¹ Véanse, en ese sentido, el apartado 52 de la sentencia citada en primer lugar, y el apartado 50 de la sentencia citada en segundo lugar. Véanse también mis conclusiones presentadas en los asuntos acumulados *YouTube y Cyando*, punto 243.

¹⁸² Véase el punto 58 de las presentes conclusiones.

¹⁸³ Véase, en particular, el documento de la Comisión «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 Véanse, en particular, Grisse, K., *op. cit.*, p. 887; Dusollier, S., *op. cit.*, p. 1018, y Lambrecht, M., *op. cit.*, p. 73. Véase también Jacques, S., Garstka, K., Hviid, M. y 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.

puede dar lugar a reclamaciones injustificadas referidas, por ejemplo, a obras de dominio público¹⁸⁵ sobre la base de información de referencia errónea o abusiva (el denominado riesgo de «reclamación excesiva»)¹⁸⁶.

iii) Necesidad de establecer suficientes garantías para minimizar estos riesgos

149. Ante los riesgos de «bloqueo excesivo» mencionados en la subsección anterior, un régimen de responsabilidad como el que se deriva de las disposiciones impugnadas debe ir acompañado, en mi opinión, de suficientes garantías para minimizar esos riesgos y asegurar de ese modo que la magnitud de la injerencia en la libertad de expresión esté delimitada de manera precisa.¹⁸⁷ Con carácter general, toda delegación, por parte de las autoridades públicas, del control de la legalidad en línea en los prestadores intermediarios,¹⁸⁸ que adopte la forma de obligaciones de supervisión impuestas de forma directa o indirecta a tales prestadores, debe ir acompañada de esas garantías.

150. Más concretamente, considero que ese régimen debe inscribirse en un marco legal que establezca normas claras y precisas que definan el alcance y la aplicación de las medidas de filtrado que los proveedores de servicios deben establecer, de manera que se garantice a los usuarios de esos servicios una protección eficaz contra el bloqueo abusivo o arbitrario de la información que desean poner en línea.¹⁸⁹

151. Ha de subrayarse también que, cuando la limitación de los derechos fundamentales proviene de la propia legislación de la Unión y por tanto le es imputable, como ocurre en el presente caso,¹⁹⁰ el legislador de la Unión tiene una parte importante de la responsabilidad. En tal caso no puede dejar por completo a los Estados miembros —o, con mayor razón, a los proveedores de servicios encargados de la aplicación de esa legislación— la tarea de definir esas garantías. Al contrario, debe definir, al menos, la esencia.¹⁹¹ Dicho esto, habida cuenta de que, en este caso, se trata de una directiva que además concierne a un ámbito técnico, los Estados miembros —y la Comisión— deberán precisar determinadas disposiciones de aplicación.¹⁹²

¹⁸⁵ El derecho afín a los derechos de autor de los productores de fonogramas también genera riesgos concretos a este respecto. Por ejemplo, un productor puede identificar, para su bloqueo, la grabación de una interpretación de una nocturna de Chopin (obra que, por lo demás, forma parte ya del dominio público) sobre la que tiene derechos. Dado que determinadas herramientas, como Content ID, no solo pueden reconocer los contenidos que reproducen extractos *de ese fonograma*, sino también los que incluyen *la misma melodía* (véase la nota a pie de página 65 de las presentes conclusiones), es posible que bloqueen de forma automática, por ejemplo, videos de usuarios que se han grabado interpretando ellos mismos la nocturna de que se trata.

¹⁸⁶ En particular, según parece, Content ID ya ha tomado erróneamente contenidos inocentes por obras protegidas. Véase, para varios ejemplos, Garstka, K., «Guiding the Blind Bloodhounds: How to Mitigate the Risks art. 17 of Directive 2019/790 Poses to the Freedom of Expression», en Torremans, P., (ed.), *Intellectual Property and Human Rights*, Wolters Kluwer Law & Business, 4.ª ed., 2020, pp. 327 a 352, en particular pp. 332 a 334.

¹⁸⁷ Véanse, por analogía, las sentencias de 22 de enero de 2013, Sky Österreich (C-283/11, EU:C:2013:28), apartado 61, y de 8 de abril de 2014, Digital Rights Ireland y otros (C-293/12 y C-594/12, EU:C:2014:238), apartado 65.

¹⁸⁸ Véanse los puntos 84 y 115 de las presentes conclusiones.

¹⁸⁹ Véanse, en ese sentido, las sentencias del TEDH Ahmet Yildirim c. Turquía, § 64; de 8 de octubre de 2013, Cumhuriyet Vakfi y otros c. Turquía (CE:ECHR:2013:1008JUD002825507), § 61; de 1 de diciembre de 2015, Cengiz y otros c. Turquía (CE:ECHR:2015:1201JUD004822610), § 62, y Kablis c. Rusia, § 97. Véanse también, por analogía, las sentencias de 8 de abril de 2014, Digital Rights Ireland y otros (C-293/12 y C-594/12, EU:C:2014:238), apartados 54, 55 y 65; de 21 de diciembre de 2016, Tele2 Sverige y Watson y otros (C-203/15 y C-698/15, EU:C:2016:970), apartado 117, y de 2 de marzo de 2021, Prokuratuur (Condiciones de acceso a los datos relativos a las comunicaciones electrónicas) (C-746/18, EU:C:2021:152), apartado 48.

¹⁹⁰ Véase el punto 84 de las presentes conclusiones.

¹⁹¹ Véanse la sentencia de 8 de abril de 2014, Digital Rights Ireland y otros (C-293/12 y C-594/12, EU:C:2014:238), apartados 60 a 67, y las conclusiones del Abogado General Cruz Villalón presentadas en los asuntos acumulados Digital Rights Ireland y otros (C-293/12 y C-594/12, EU:C:2013:845), puntos 117 y 120.

¹⁹² Véanse los puntos 210 a 213 de las presentes conclusiones.

152. Conviene añadir que es indispensable que el legislador de la Unión establezca el contenido esencial de esas garantías para asegurar una aplicación uniforme de la legislación de la Unión en todos los Estados miembros, uniformidad que es tanto más necesaria cuanto se trata, en este caso, de una directiva de armonización adoptada sobre la base del artículo 114 TFUE. Los prestadores de servicios para compartir contenidos que operan a nivel internacional no deberían tener que someterse a veintisiete regímenes nacionales de responsabilidad que pueden diferir en cuanto al alcance de las obligaciones de filtrado que les imponen. Sobre todo, los usuarios de esos servicios deberían disfrutar de una protección sustancialmente idéntica contra las medidas de bloqueo abusivas o arbitrarias, al margen del Estado miembro en el que se encuentren.

153. Resumiendo, aunque el legislador de la Unión dispone de un amplio margen de apreciación para decidir los *principios* de un régimen de responsabilidad como el previsto en las disposiciones impugnadas, no puede, en cambio, dejar de adoptar *suficientes garantías* para minimizar los riesgos que se derivan de ese régimen para la libertad de expresión. En mi opinión, incumbe al Tribunal de Justicia realizar un estricto control del cumplimiento de esa exigencia¹⁹³

iv) Garantías previstas en este caso

154. La República de Polonia aduce que el legislador de la Unión no ha cumplido esta exigencia en el presente caso. En su opinión, las disposiciones impugnadas no van acompañadas de ninguna garantía que permita delimitar de manera precisa la magnitud de la injerencia en la libertad de expresión de los usuarios de los servicios para compartir contenidos.

155. En cambio, las partes demandadas y los coadyuvantes arguyen que el artículo 17 de la Directiva 2019/790 establece un «sistema de garantías completo». Desde su punto de vista, las disposiciones impugnadas son indisociables de los apartados 5, 7, 8 y 9 del mencionado artículo. Aducen que dichos apartados establecen normas claras y precisas que definen el alcance y la aplicación de las medidas que los prestadores de servicios para compartir contenidos deben adoptar y establecen, en esa medida, un «justo equilibrio» entre los derechos de propiedad intelectual y la libertad de expresión.

156. Desde mi punto de vista, el apartado 5 del artículo 17 de la Directiva 2019/790, según el cual, conviene recordarlo, las medidas que deben adoptar los prestadores deben apreciarse, a la luz del principio de proporcionalidad, teniendo en cuenta elementos como «la magnitud del servicio» o el «coste» de las herramientas disponibles, es más pertinente en lo que concierne al respeto de la libertad de empresa, que no es objeto del presente asunto, que para la libertad de expresión. Por consiguiente, no considero necesario analizarlo.

157. En cambio, en mi opinión, los apartados 7, 8 y 9 de ese mismo artículo establecen efectivamente garantías significativas para proteger a los usuarios de los servicios para compartir contenidos contra medidas de bloqueo de sus contenidos abusivas o arbitrarias. Por consiguiente, los examinaré en las siguientes subsecciones.

¹⁹³ A este respecto, procede observar que el TEDH ha declarado en numerosas ocasiones que los «grandes riesgos» que las «restricciones previas» derivadas de medidas de bloqueo presentan para la libertad de expresión abogan por el «examen más escrupuloso». Véase, en particular, la sentencia del TEDH Ahmet Yildirim c. Turquía, § 47.

– *El derecho a la utilización lícita de prestaciones protegidas por derechos de autor (apartado 7) y el mecanismo de reclamación (apartado 9)*

158. Las partes demandadas y los coadyuvantes han invocado acertadamente el hecho de que una de las principales garantías encaminadas a limitar el riesgo de que, en cumplimiento de las disposiciones impugnadas, los prestadores de servicios para compartir contenidos impidan la disponibilidad en sus servicios de contenidos que reproducen legalmente obras y otras prestaciones protegidas identificadas por los titulares de derechos figura en el apartado 7 del artículo 17 de la Directiva 2019/790.

159. En efecto, *por un lado*, el primer párrafo de ese apartado dispone que «la cooperación entre los prestadores de servicios de contenidos en línea y los titulares de derechos¹⁹⁴ no dará lugar a que se impida la disponibilidad de obras u otras prestaciones cargadas por usuarios que no infrinjan los derechos de autor y derechos afines, también cuando a dichas obras o prestaciones se les aplique una excepción o limitación».¹⁹⁵

160. *Por otro lado*, según el párrafo segundo del citado apartado, los Estados miembros deben garantizar que los usuarios puedan ampararse en las excepciones o limitaciones relativas a (a) citas, críticas, reseñas y a (b) usos a efectos de caricatura, parodia o pastiche¹⁹⁶ al poner en línea contenidos en los servicios para compartir contenidos.

161. De ello se desprende que el legislador de la Unión ha reconocido expresamente derechos subjetivos en materia de derechos de autor a los usuarios de los servicios para compartir contenidos. Actualmente, esos usuarios tienen el *derecho*, que pueden invocar frente a los prestadores de esos servicios y a los titulares de derechos, de utilizar de modo legítimo, en esos servicios, prestaciones protegidas por derechos de autor, incluido el *derecho* a ampararse en las excepciones y limitaciones de los derechos de autor y de los derechos afines.¹⁹⁷ El reconocimiento por parte del legislador de la importancia de tales excepciones y limitaciones para los usuarios se cohonestaba con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que ha reconocido recientemente que «comportan derechos» en beneficio de los citados usuarios.¹⁹⁸

162. Ha de subrayarse que, de conformidad con el artículo 17, apartado 7, de la Directiva 2019/790, los usuarios pueden invocar *todas las excepciones y limitaciones previstas por el Derecho de la Unión*,¹⁹⁹ y, en particular, las establecidas en el artículo 5 de la Directiva 2001/29, en la medida, sin embargo, en que figuren en el Derecho nacional aplicable. Pues bien, mientras que dicho artículo 5 *faculta* a los Estados miembros para transponer las excepciones y

¹⁹⁴ Por tales términos deben entenderse las medidas de filtrado y bloqueo que tales prestadores deben adoptar en virtud de las disposiciones impugnadas. Véase el considerando 66, párrafo primero, de la Directiva 2019/790.

¹⁹⁵ Están incluidos, en particular, tanto los usos de obras y otras prestaciones objeto de acuerdos de licencia celebrados por los usuarios (véase el considerando 66, párrafo primero, de la Directiva 2019/790) como el uso de obras de dominio público.

¹⁹⁶ Como ya he señalado en las notas a pie de página 175 y 176 de las presentes conclusiones, esas excepciones y limitaciones están además previstas en el artículo 5, apartado 3, letras d) y k), de la Directiva 2001/29.

¹⁹⁷ Pueden hacerlo, en particular, ante los órganos jurisdiccionales nacionales [véase el artículo 17, apartado 9, párrafo segundo, de la Directiva 2019/790 («[...] los usuarios [tendrán] acceso a un tribunal o a otro órgano jurisdiccional competente a fin de invocar el uso de una excepción o limitación a los derechos de autor y derechos afines»)].

¹⁹⁸ Véanse las sentencias de 29 de julio de 2019, Funke Medien NRW (C-469/17, EU:C:2019:623), apartado 70, y de 29 de julio de 2019, Spiegel Online (C-516/17, EU:C:2019:625), apartado 54.

¹⁹⁹ Aunque el apartado 7 es equívoco en este punto, dicha interpretación se deriva claramente del considerando 70 de la Directiva 2019/790 («las medidas tomadas por los prestadores de servicios para compartir contenidos [...] deben serlo sin perjuicio de la aplicación de las excepciones y limitaciones de los derechos de autor [...]») y del apartado 9 del mismo artículo, concretamente de su párrafo cuarto («[...] pueden utilizar las obras y otras prestaciones al amparo de las excepciones o limitaciones [...] establecidas en el Derecho de la Unión») (el subrayado es mío).

limitaciones que menciona,²⁰⁰ el citado apartado 7 *obliga* ahora a dichos Estados a prever, como mínimo, las excepciones y limitaciones relativas a la cita y a la parodia en su Derecho interno,²⁰¹ dada su importancia para la libertad de expresión.

163. De ello resulta especialmente que los prestadores de servicios para compartir contenidos no están legalmente autorizados a bloquear o retirar contenidos que hagan una utilización lícita de obras u otras prestaciones *porque esos contenidos vulneran derechos de autor*.²⁰² En concreto, ya no pueden excluir en sus condiciones generarles de uso o en el marco de acuerdos contractuales con titulares de derechos la aplicación de las excepciones y limitaciones, previendo, por ejemplo, que cualquier alegación de dichos titulares en el sentido de que se han vulnerado derechos de autor basta para justificar una medida de bloqueo o retirada.²⁰³ Al contrario, los prestadores deben informar a sus usuarios en sus condiciones generales de que pueden usar las obras y otras prestaciones en el marco de las citadas excepciones y limitaciones.²⁰⁴

164. A mi parecer, al adoptar el apartado 7 del artículo 17 de la Directiva 2019/790, el legislador de la Unión, consciente de los riesgos de «bloqueo excesivo»²⁰⁵ que pueden derivarse del régimen de responsabilidad que ha establecido, y con el fin de garantizar un «justo equilibrio» entre los derechos e intereses en juego y de proteger la libertad de expresión de los usuarios de los servicios para compartir contenidos,²⁰⁶ ha impuesto un límite claro y preciso a las medidas de filtrado y bloqueo que deben adoptar los prestadores de tales servicios en virtud del apartado 4 de ese mismo artículo.

165. A este respecto, el Parlamento, el Consejo y la Comisión han subrayado acertadamente que ese apartado 7, a la luz del carácter imperativo de los términos empleados en su párrafo primero —«no dará lugar»²⁰⁷—, impone una *obligación de resultado* a los prestadores de servicios para compartir contenidos: están *obligados en cuanto al resultado* de no impedir la disponibilidad, en sus servicios, de contenidos que reproducen de forma legal obras y otras prestaciones, incluso cuando estas hayan sido identificadas por los titulares de derechos. Así, se traza un límite claro a las medidas de filtrado y bloqueo admisibles: *no deben tener por objeto o por efecto impedir dichos usos lícitos*. Esta disposición contribuye a compensar el exceso de «celo» de los prestadores y, por tanto, a delimitar la magnitud de la injerencia en la libertad de expresión para que esta se limite a la difusión de contenidos que infringen las normas de derechos de autor.

166. La República de Polonia replica, no obstante, que dadas las limitaciones inherentes al funcionamiento de las herramientas de reconocimiento de contenidos, mencionadas en el punto 148 de las presentes conclusiones, y, más concretamente, su incapacidad de identificar si

²⁰⁰ Véase la nota a pie de página 179 de las presentes conclusiones.

²⁰¹ Al menos en lo que respecta al uso de prestaciones protegidas por derechos de autor en los servicios para compartir contenidos.

²⁰² En esa medida, el artículo 17, apartado 7, de la Directiva 2019/790 limita la libertad de empresa de los prestadores de servicios para compartir contenidos con el fin de garantizar la libertad de expresión de los usuarios. Sin embargo, tales prestadores siguen siendo libres de suprimir contenidos comprendidos en el ámbito de excepciones o limitaciones por motivos *distintos de aquellos relacionados con los derechos de autor*, por ejemplo, porque son injuriosos o van en contra de su política sobre desnudez. Por lo tanto, esta disposición no impone a los prestadores una obligación de difundir («must carry») esos contenidos en cuanto tal.

²⁰³ Véase, en el mismo sentido, Leistner, M., *op. cit.*, pp. 165 y 166. Toda estipulación contraria en las condiciones generales o en los citados acuerdos contractuales sería, pues, en mi opinión, incompatible con el artículo 17, apartado 7, de la Directiva 2019/790.

²⁰⁴ Véase el artículo 17, apartado 9, párrafo cuarto, de la Directiva 2019/790. La información que se facilita a los usuarios sobre su derecho a hacer uso de las prestaciones protegidas en el marco de una excepción y limitación, y sobre los límites de este derecho, es básica para respaldar el ejercicio por parte de tales usuarios de su libertad de expresión y de creación, reduciendo a la vez el riesgo de graves vulneraciones fortuitas de los derechos de autor.

²⁰⁵ Véase el análisis de impacto, parte 1/3, pp. 140 y 141, y la nota a pie de página 422.

²⁰⁶ Véase el considerando 70, párrafo primero, de la Directiva 2019/790.

²⁰⁷ «Shall not result», en la versión inglesa de la Directiva 2019/790.

se aplican excepciones o limitaciones a los derechos de autor, el artículo 17, apartado 7, de la Directiva 2019/790 es más una declaración de buenas intenciones que una garantía efectiva. Los contenidos comprendidos en el ámbito de esas excepciones y limitaciones serán de hecho automáticamente bloqueados por tales herramientas. En su opinión, dicha disposición no garantiza, pues, a los usuarios de los servicios para compartir contenidos una protección eficaz contra el bloqueo abusivo o arbitrario de sus contenidos.

167. El argumento de la demandante sobre esta cuestión pone de manifiesto la existencia de una discrepancia fundamental entre los puntos de vista de las partes y los coadyuvantes en lo que respecta al alcance del citado apartado 7 y a la manera concreta en la que deben respetarse los derechos de los usuarios en la práctica. En efecto, se han defendido dos interpretaciones diferentes de esta disposición ante el Tribunal de Justicia.

168. Conforme a una *primera interpretación*, en la que la República de Polonia fundamenta su recurso y que ha sido propuesta, por lo demás, por los Gobiernos español y francés, el (único) mecanismo²⁰⁸ que garantiza, en la práctica, que las medidas de filtrado y bloqueo adoptadas por los prestadores de servicios para compartir contenidos en virtud de las disposiciones impugnadas no impidan la disponibilidad en sus servicios de utilizaciones lícitas de obras y otras prestaciones es el «mecanismo de reclamación y de recurso» que, según lo dispuesto en el apartado 9 del artículo 17 de la Directiva 2019/790, tales prestadores deben poner a disposición de los usuarios de sus servicios «en caso de litigio sobre la inhabilitación del acceso a obras u otras prestaciones cargadas por ellos o sobre su retirada».

169. En concreto, según esa interpretación, los prestadores de servicios para compartir contenidos deberían bloquear *ex ante* todos los contenidos que reproducen total o parcialmente obras y otras prestaciones protegidas identificadas por los titulares de derechos, conforme a la voluntad de estos —independientemente de que vulneren sus derechos—, incumbiendo al usuario que estima que ha realizado una utilización lícita de esas prestaciones, por ejemplo, en el marco de una excepción o limitación, la carga de presentar una reclamación en tal sentido. De ser fundada esa reclamación, el contenido de que se trata sería puesto en línea, *ex post*, al término de su análisis. Ha de precisarse que, aunque la demandante y los Gobiernos español y francés interpretan del mismo modo el artículo 17, apartado 7, de la Directiva 2019/790, su postura es radicalmente opuesta en lo que respecta a las consecuencias que deben extraerse de esa interpretación.²⁰⁹

170. Conforme a una *segunda interpretación*, propuesta por el Parlamento, el Consejo y la Comisión, los prestadores de servicios para compartir contenidos deben tener en cuenta *ex ante* el derecho de los usuarios de sus servicios a utilizar de forma lícita las prestaciones protegidas, previsto en el artículo 17, apartado 7, de la Directiva 2019/790, ya en el mismo proceso de filtrado. Señalan que las disposiciones impugnadas y el citado apartado 7 deben ponerse en relación y que las obligaciones que establecen se aplican «simultáneamente». Los «mayores esfuerzos» que tales prestadores deben hacer, de conformidad con dichas disposiciones, para evitar la puesta en línea de obras y prestaciones identificadas por los titulares de derechos no

²⁰⁸ El Gobierno francés alude asimismo a posibles medidas voluntarias adoptadas por los titulares de derechos (véase la nota a pie de página 252 de las presentes conclusiones).

²⁰⁹ *Para la demandante*, como ya he señalado en el punto 166 de las presentes conclusiones, el hecho de que los derechos de los usuarios de los servicios para compartir contenidos solo se tengan en cuenta *ex post*, después de que hayan presentado una reclamación, demuestra el carácter desproporcionado de la limitación del ejercicio del derecho a la libertad de expresión. En cambio, *para los segundos*, esa interpretación establece un «justo equilibrio» entre los derechos e intereses en juego, toda vez que garantiza a los titulares de derechos la capacidad de controlar *a priori* la utilización de sus obras y otras prestaciones, ocasionando un «inconveniente exclusivamente temporal» a tales usuarios.

pueden traducirse, por tanto, en la práctica en un bloqueo preventivo y sistemático de esas utilizaciones lícitas. Según esta segunda interpretación, el mecanismo de reclamación y de recurso previsto en el apartado 9 del mismo artículo 17 constituye una garantía adicional y última que se aplica en aquellas situaciones en las que, a pesar de la obligación que figura en el citado apartado 7, los prestadores hayan bloqueado en cualquier caso contenidos lícitos por error.

171. Me sumo a esta segunda interpretación, que, en mi opinión, se deriva de un análisis literal, sistemático e histórico del artículo 17 de la Directiva 2019/790.

172. *En primer término*, desde el punto de vista literal, ha de recordarse que, según los términos del artículo 17, apartado 7, de la Directiva 2019/790, la cooperación entre titulares de derechos y prestadores de servicios de contenidos no debe dar lugar a «que se impida la disponibilidad» de contenidos que reproducen lícitamente obras u otras prestaciones. Desde mi punto de vista, la interpretación según la cual esos contenidos pueden bloquearse sistemáticamente *ex ante*, pudiendo los usuarios lograr su restablecimiento *ex post*, no es ni remotamente la forma más natural de comprender esos términos.²¹⁰

173. *A continuación*, desde el punto de vista sistemático, como aduce la Comisión, las disposiciones impugnadas y el citado apartado 7 deben interpretarse a la luz del apartado 9, párrafo tercero, del artículo 17, según el cual la mencionada Directiva «no afectará en modo alguno» las utilizaciones lícitas de obras y prestaciones. Pues bien, si se bloquearan contenidos sistemáticamente *ex ante*, incumbiendo a los usuarios presentar una reclamación para obtener su puesta en línea, es indudable que esas utilizaciones lícitas se verían, de algún modo, «afectadas».

174. Conviene observar asimismo que la cuestión de las utilizaciones lícitas no solo se menciona en el considerando 70 de la Directiva 2019/790, que hace referencia al mecanismo de reclamación, sino también en su considerando 66, párrafo primero,²¹¹ relativo a las medidas preventivas que deben adoptar los prestadores de servicios para compartir contenidos en virtud de las disposiciones impugnadas. Además, según los términos del considerando 70, párrafo primero, dicho mecanismo tiene por objeto «respaldar» —no «permitir»— esas utilizaciones lícitas.

175. *Por último*, los trabajos preparatorios confirman esta interpretación. A este respecto, procede observar que el artículo 17, apartado 9, de la Directiva 2019/790 tiene su origen en el artículo 13, apartado 2, de la propuesta de Directiva. Esa propuesta no contenía ninguna disposición relativa a las utilizaciones lícitas de las obras y otras prestaciones. La citada disposición se añadió, mediante una enmienda, en el marco de la primera lectura del texto en el seno del Parlamento y del Consejo. En esas enmiendas, el mecanismo de reclamación y de

²¹⁰ Ello resulta aún más evidente en la versión en lengua inglesa de la Directiva 2019/790 («[...] shall not result in the *prevention* of the availability [...]») (el subrayado es mío). Además, en mi opinión, el citado apartado 7 concreta el derecho a la libertad de expresión, de manera que sus términos deben recibir una interpretación amplia. Véase, por analogía, la sentencia de 14 de febrero de 2019, Buivids (C-345/17, EU:C:2019:122), apartado 51 y jurisprudencia citada.

²¹¹ «[...] Las medidas tomadas por tales prestadores de servicios no deben [...] afectar a los usuarios que utilizan los servicios para compartir contenidos [...] para cargar y acceder lícitamente a información sobre tales servicios [...]».

recurso tenía específicamente por objeto permitir tales utilizaciones lícitas.²¹² Pues bien, después de que el Parlamento rechazara por primera vez el texto el 5 de julio de 2018, en las versiones posteriores de ese mismo texto y en la que se adoptó en última instancia, la cuestión de los derechos de los usuarios y la relativa al mecanismo de reclamación y de recurso se separaron en dos disposiciones distintas.

176. Ese procedimiento legislativo también demuestra, en mi opinión, que la intención del legislador de la Unión cambió a este respecto. Aunque el artículo 13 de la propuesta de Directiva era unilateralmente favorable a los titulares de derechos, mutó con ocasión de su adopción como artículo 17 de la Directiva 2019/790, transformándose en una disposición compleja que trata de reconocer y ponderar los distintos intereses en juego. Como aduce el Consejo, el legislador optó por proteger en esa disposición tanto a los titulares de derechos como a los usuarios. Como subraya el Parlamento, el artículo 17 plasma un delicado compromiso a este respecto. Esta evolución no puede ser ignorada en su interpretación.²¹³

177. La interpretación que proponen el Parlamento, el Consejo y la Comisión, según la cual los derechos de los usuarios que se derivan del artículo 17, apartado 7, de la Directiva 2019/790, deben ser tenidos en cuenta *ex ante*, y no únicamente *ex post*, garantiza, *además*, la proporcionalidad de la limitación del ejercicio del derecho a la libertad de expresión resultante de las disposiciones impugnadas.²¹⁴

178. Sobre este particular, es cierto que el mecanismo de reclamación y de recurso que prevé el artículo 17, apartado 9, de la Directiva 2019/790 constituye simultáneamente una garantía básica y una mejora sustancial con respecto a la Directiva 2000/31.²¹⁵ Se trata de un componente necesario de cualquier sistema de filtrado, a la luz del riesgo de «bloqueo excesivo» que se deriva de él. El legislador de la Unión también ha acompañado ese mecanismo de «subgarantías» procedimentales. El mencionado mecanismo debe ser «ágil y eficaz» y las reclamaciones que se presenten con arreglo a él deben tramitarse «sin dilación indebida». En otras palabras, los prestadores de servicios para compartir contenidos están obligados a actuar en esa materia con la misma rapidez que deben mostrar cuando reciben notificaciones de los titulares de derechos con arreglo al artículo 17, apartado 4, letra c), de la Directiva 2019/790.²¹⁶ Además, los titulares de derechos deben justificar «debidamente» sus solicitudes de bloqueo y las reclamaciones deben ser examinadas por parte de personas.

²¹² Véase, por un lado, Parlamento, Comisión de Asuntos Jurídicos, «Report on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on copyright in the Digital Single Market», de 29 de junio de 2019, documento A8-0245/2018 (accesible en https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2018-0245_EN.html?redirect), enmienda 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 [...]». Véase, por otro lado, Consejo, documento 12254/16 + ADD1 + ADD2 + ADD3 + ADD4, de 25 de mayo de 2018 (accesible en <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 [...]» (el subrayado es mío).

²¹³ Véanse, por analogía, las conclusiones del Abogado General Wathelet presentadas en el asunto Karen Millen Fashions (C-345/13, EU:C:2014:206), punto 82, y mis conclusiones presentadas en los asuntos acumulados Acacia y D'Amato (C-397/16 y C-435/16, EU:C:2017:730), puntos 53 y 63 a 65.

²¹⁴ A este respecto, ha de recordarse que, conforme a reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, «un texto de Derecho derivado de la Unión debe interpretarse, en la medida de lo posible, de un modo que no cuestione su validez y de conformidad con el conjunto del Derecho primario y, en particular, con las disposiciones de la Carta» (véase, en particular, la sentencia de 2 de febrero de 2021, Consob, C-481/19, EU:C:2021:84, apartado 50 y jurisprudencia citada).

²¹⁵ En efecto, la Directiva 2000/31 no impone a los prestadores intermediarios la obligación de prever un procedimiento de «contranotificación» que permita a los usuarios oponerse a la «retirada excesiva» de su información.

²¹⁶ Por otro lado, en la versión inglesa de la Directiva 2019/790 se emplea el mismo adjetivo en el apartado 4, letra c), y en el apartado 9, párrafo primero, del artículo 17 («acted *expeditiously*, upon receiving a [...] notice [...]» y «[...] an effective and *expeditious* complaint and redress mechanism [...]») (el subrayado es mío).

179. Asimismo, de conformidad con el citado apartado 9, los Estados miembros deben garantizar también que se disponga de mecanismos de solución extrajudicial de litigios para resolver las controversias entre usuarios y titulares de derechos. Tales mecanismos son útiles para permitir una resolución imparcial de tales litigios. Y lo que es más importante aún, en mi opinión, los Estados miembros están obligados a prever «recursos judiciales eficaces» en este ámbito. A este respecto, en su sentencia UPC Telekabel Wien,²¹⁷ el Tribunal de Justicia destacó, en esencia, que el derecho a un recurso judicial eficaz es indispensable para garantizar el ejercicio en línea del derecho a la libertad de expresión.

180. Sin embargo, aunque estas garantías procedimentales son importantes, no son por sí solas *suficientes* para garantizar un «justo equilibrio» entre los derechos de autor y la libertad de expresión de los usuarios.

181. *En primer lugar*, conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del TEDH, la existencia de esas garantías de procedimiento no dispensa a las autoridades públicas de procurar minimizar *los efectos colaterales* de una medida de filtrado y bloqueo. Se trata de exigencias distintas y *acumulativas*.

182. En efecto, ambos órganos jurisdiccionales han declarado en numerosas ocasiones que toda medida de filtrado y bloqueo debe estar «rigurosamente delimitada», en el sentido de que debe dirigirse contra contenidos ilícitos y no tener efectos arbitrarios o excesivos sobre los contenidos lícitos.²¹⁸ En su sentencia L'Oréal y otros,²¹⁹ el Tribunal de Justicia consideró, en el mismo sentido, que las medidas de supervisión impuestas a un intermediario no pueden constituir un obstáculo para los usos lícitos de su servicio. Por último, en su sentencia UPC Telekabel Wien²²⁰ estimó que una medida de bloqueo no debe «[privar] inútilmente» a los internautas de la posibilidad de compartir información de forma lícita y acceder a ella.

183. Esta jurisprudencia no implica que el derecho a la libertad de expresión se oponga a esas medidas al poder estas dar lugar *al más mínimo bloqueo* de contenidos lícitos. Desde mi punto de vista, el término «inútilmente», empleado por el Tribunal de Justicia, refleja la idea de que la eficacia de la protección de los derechos de los titulares puede justificar algunos supuestos de «bloqueo excesivo».

184. Sin embargo, también en esos casos es preciso que exista un «justo equilibrio» entre la eficacia del filtrado y sus efectos colaterales. Según se desprende, en esencia, de la jurisprudencia del TEDH, no se puede exigir, en una sociedad democrática, una eficacia absoluta —y, por tanto, un «riesgo cero» por lo que respecta a las posibles vulneraciones de los derechos de autor— cuando ello tenga por efecto que se bloquee una cantidad no insignificante de contenidos lícitos.²²¹

²¹⁷ Sentencia de 27 de marzo de 2014 (C-314/12, EU:C:2014:192), apartado 57.

²¹⁸ Véanse, por un lado, las sentencias de 27 de marzo de 2014, UPC Telekabel Wien (C-314/12, EU:C:2014:192), apartado 56, y de 15 de septiembre de 2016, Mc Fadden (C-484/14, EU:C:2016:689), apartado 93. Véase, por otro lado, la sentencia del TEDH de 23 de junio de 2020, Vladimir Kharitonov c. Rusia (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]. [...]». Véase asimismo la Recomendación CM/Rec(2018)2 sobre las funciones y las responsabilidades de los intermediarios de Internet, anexo, apartado 2.3.2.

²¹⁹ Sentencia de 12 de julio de 2011 (C-324/09, EU:C:2011:474), apartado 131.

²²⁰ Sentencia de 27 de marzo de 2014 (C-314/12, EU:C:2014:192), apartado 63.

²²¹ Véanse, en particular, las sentencias del TEDH Ahmet Yildirim c. Turquía, § 66; de 23 de junio de 2020 Vladimir Kharitonov c. Rusia (CE:ECHR:2020:0623JUD001079514), § 45, y Kabis c. Rusia, § 94.

185. El Gobierno francés arguye, que, conforme a su interpretación del artículo 17 de la Directiva 2019/790, las medidas de filtrado que deben adoptar los prestadores de servicios para compartir contenidos en virtud de las disposiciones impugnadas cumplen este requisito, toda vez que están «rigurosamente delimitadas» para dirigirse a contenidos que reproducen total o parcialmente obras y otras prestaciones identificadas por los titulares de derechos.

186. No cabe acoger este argumento. En efecto, de las sentencias *Scarlet Extended* y *SABAM* se desprende que un sistema de filtrado que bloquease sistemáticamente los contenidos en los que se utilizan de forma lícita prestaciones protegidas vulneraría de forma desproporcionada la libertad de expresión y de información.²²² Desde mi punto de vista, es así precisamente porque los efectos colaterales del filtrado son demasiado importantes como para ser compatibles con dicha libertad, con independencia de que los usuarios afectados tengan derecho a recurrir el bloqueo de su información, cuestión que el Tribunal de Justicia ni tan siquiera abordó en tales sentencias.

187. Existen buenas razones para ello. En el presente caso, *por un lado*, el bloqueo preventivo de todos los contenidos que reproducen las obras y otras prestaciones identificadas por los titulares de derechos tendría por efecto imponer a los usuarios sistemáticamente la carga de actuar, dado que la difusión de contenidos lícitos no podría llevarse a cabo sin que estos presentasen reclamaciones que prosperaran. Si los usuarios tuvieran que invocar sistemáticamente sus derechos en el marco del mecanismo de reclamación, es muy probable que gran parte de ellos renunciase a hacerlo, a falta, en particular, de conocimientos suficientes para evaluar si la utilización que hacen de esas prestaciones es lícita y si, por consiguiente, existen motivos para presentar dicha reclamación.²²³ El «bloqueo excesivo» preventivo de todas esas utilizaciones lícitas y la atribución sistemática a los usuarios de la carga de acreditar dicha licitud podrían dar lugar, tanto a corto como a largo plazo, a un «chilling effect» sobre la libertad de expresión y de creación, que se traduciría en una reducción de la actividad de tales usuarios.²²⁴

188. *Por otro lado*, el intercambio de información en línea se caracteriza fundamentalmente por su rapidez. Existen determinados tipos de contenidos cargados en los servicios para compartir contenidos que el público únicamente busca durante un breve período de tiempo, en particular los que se refieren a acontecimientos de actualidad.²²⁵ En consecuencia, dichos contenidos a menudo quedan obsoletos en pocos días. Retrasar su puesta en línea mediante un bloqueo *ex ante* sistemático podría hacerles perder su actualidad y el interés del público. Por tanto, en contra de lo que sostienen los Gobiernos español y francés, considero que el bloqueo sistemático

²²² Véase, en ese sentido, la sentencia *Scarlet Extended*, apartado 52: «[El requerimiento judicial de filtrado] podría vulnerar la libertad de información, dado que se corre el riesgo de que el citado sistema *no distinga suficientemente entre contenidos lícitos e ilícitos*, por lo que su establecimiento podría dar lugar al bloqueo de comunicaciones de contenido lícito. En efecto, es incontrovertido que el carácter lícito de una transmisión *depende igualmente de la aplicación de excepciones legales a los derechos de autor* que varían de un Estado miembro a otro. Además, en determinados Estados, ciertas obras pueden pertenecer al dominio público o los autores afectados pueden ponerlas gratuitamente a disposición pública en Internet» (el subrayado es mío). Véase, para un razonamiento análogo, la sentencia *SABAM*, apartado 50.

²²³ Esta tendencia de los usuarios a no hacer valer sus derechos está documentada, tanto en Europa como en Estados Unidos. Véanse, en particular, Urban, J.-M., Karaganis, J. y Schofield, B., «Notice and Takedown in Everyday Practice», *UC Berkeley Public Law Research Paper* n.º 2755628, 2017, y Fiala, L. y Husovec, M., «Using Experimental Evidence to Design Optimal Notice and Takedown Process», *TILEC Discussion Paper* N.º 2018-028, 2018, p. 3.

²²⁴ Véase, en el mismo sentido, Spindler, G., *op. cit.*, p. 355. También podría tener por efecto privar al público de su derecho a acceder a contenidos lícitos injustamente bloqueados.

²²⁵ Por ejemplo, cada vez que se publica un tráiler de un videojuego o de una película, se efectúan búsquedas de «video-reacciones» (*reaction video*). Asimismo, los vídeos de parodia vinculados a un escándalo político reciente se suelen ver, por regla general, justo después de que se conozca el escándalo. Véase, a este respecto, Garstka, K., *op. cit.*, p. 339.

resultaría particularmente problemático, aunque solo fuera «temporal», dado que el posible restablecimiento de los contenidos al término del examen de las reclamaciones de los usuarios no permitiría reparar el perjuicio ocasionado a la libertad de expresión de estos.²²⁶

189. *En segundo lugar*, procede observar que el Tribunal de Justicia insiste, en su reciente jurisprudencia, sobre la necesidad de «salvaguardar el efecto útil» de las excepciones y limitaciones de los derechos de autor, dada su importancia para establecer un «justo equilibrio» entre los derechos e intereses en juego, sobre todo cuando están destinadas a garantizar el respeto de la libertad de expresión, como sucede en los casos de utilización con fines de cita, crítica o reseña y de uso a efectos de caricatura, parodia o pastiche.²²⁷

190. Pues bien, precisamente para «salvaguardar el efecto útil» de tales excepciones y limitaciones es preciso, en mi opinión, velar por que las medidas preventivas adoptadas en aplicación de las disposiciones impugnadas no obstaculicen de forma sistemática el derecho de los usuarios a ampararse en ellas. Aunque en el entorno digital los titulares de derechos disponen de posibilidades de control de sus prestaciones que no tienen equivalente en el «mundo real» — dado que las herramientas de reconocimiento de contenidos les dan virtualmente medios para evitar *todas* las utilidades de esas prestaciones, incluidas las que no están comprendidas en el ámbito de su monopolio, como la parodia—, es preciso proteger en la misma medida las citadas excepciones y limitaciones. El riesgo que se correría, a este respecto, sería que se lograra la protección máxima de ciertas creaciones intelectuales en detrimento de otras formas de creación que también son socialmente deseables.²²⁸

191. *De las anteriores consideraciones resulta*, en mi opinión, que, a la luz de las disposiciones impugnadas, en relación con el apartado 7 del artículo 17 de la Directiva 2019/790, las medidas de filtrado que los prestadores de servicios para compartir contenidos deben adoptar han de ser conformes con dos obligaciones acumulativas: deben intentar evitar la puesta en línea de contenidos que reproducen de forma ilícita las obras y las otras prestaciones protegidas identificadas por los titulares de derechos, sin impedir, no obstante, la disponibilidad de los contenidos que reproducen dichas prestaciones de forma lícita.

192. Contrariamente a lo que aduce la demandante, los prestadores de servicios para compartir contenidos no pueden «aplicar todas las medidas disponibles» para proteger los derechos de propiedad intelectual de los titulares.²²⁹ Los «mayores esfuerzos» y la «diligencia profesional» que han de aplicar a este respecto deben interpretarse a la luz del artículo 17, apartado 7, de la Directiva 2019/790. Dado que tales prestadores se encuentran en una posición profesional bilateral con respecto a los usuarios y a los titulares de derechos, deben actuar «con diligencia» frente a ambos.

²²⁶ Por otra parte, el TEDH ha declarado en numerosas ocasiones que «la información es un bien perecedero y retrasar su publicación, incluso en un período breve, puede privarla de todo valor e interés» (véanse, en particular, las sentencias del TEDH de 26 de noviembre de 1991, *Observer y Guardian c. Reino Unido*, CE:ECHR:1991:1126JUD001358588, § 60; *Ahmet Yildirim c. Turquía*, § 47, y *Kablis c. Rusia*, § 91). Los Gobiernos español y francés replican que la rapidez del intercambio de información en línea es, en cambio, lo que justifica que se bloqueen preventivamente todos los contenidos que reproducen las obras y otras prestaciones identificadas por los titulares de derechos, para evitar cualquier riesgo de que se pongan en línea contenidos ilícitos y de que se ocasione a esos titulares perjuicios «irreparables». Volveré sobre esta cuestión en los puntos 215 y 216 de las presentes conclusiones.

²²⁷ Véanse, en particular, las sentencias de 29 de julio de 2019, *Funke Medien NRW* (C-469/17, EU:C:2019:623), apartados 51 y 57, y de 29 de julio de 2019, *Spiegel Online* (C-516/17, EU:C:2019:625), apartados 36, 55 y 72.

²²⁸ Véanse mis conclusiones presentadas en los asuntos acumulados *YouTube y Cyando*, punto 243.

²²⁹ Soy plenamente consciente de que el considerando 66 de la Directiva 2019/790 dispone, en su párrafo tercero, que los prestadores de servicios para compartir contenidos solo pueden eximirse de responsabilidad, en caso de puesta en línea ilícita de una prestación protegida por derechos de autor en sus servicios, si demuestran que han hecho «los mayores esfuerzos» [«tout mis en œuvre pour éviter cette situation»]. Desde mi punto de vista, se trata de una formulación poco acertada [en francés], que no puede poner en entredicho lo que acabo de exponer.

193. Por tanto, el artículo 17, apartado 7, de la Directiva 2019/790 obliga a esos prestadores — pero también a las autoridades administrativas y judiciales de los Estados miembros cuando supervisan la aplicación de dicho artículo—²³⁰ a tener en cuenta los efectos colaterales de las medidas de filtrado que aplican.²³¹ No pueden, por consiguiente, bloquear preventiva y sistemáticamente contenidos comprendidos, en particular, en las excepciones y limitaciones de los derechos de autor. Al adoptar esas medidas, deben tener en cuenta, *ex ante*, el respeto de los derechos de los usuarios. Propongo al Tribunal de Justicia que afirme sin ambages en la sentencia que dicte que esta es la interpretación correcta del citado artículo 17.

– *Prohibición de imponer obligaciones generales de supervisión (apartado 8)*

194. El apartado 8 del artículo 17 de la Directiva 2019/790 dispone que «la aplicación [de dicho artículo] no dará lugar a ninguna obligación general de supervisión». Por consiguiente, las disposiciones impugnadas deben interpretarse asimismo a la luz de dicho apartado.

195. Pues bien, al reafirmar la prohibición de imponer tal «obligación»,²³² el legislador de la Unión ha establecido, en mi opinión, otra garantía significativa para la libertad de expresión. En efecto, esa prohibición delimita el alcance de las medidas de filtrado que cabe esperar de cualquier prestador intermediario y, en este caso, de los prestadores de servicios para compartir contenidos.

196. Pueden extraerse algunas enseñanzas sobre esta cuestión de la sentencia Glawischnig-Piesczek, antes citada.²³³ En esa sentencia, al interpretar esta prohibición, en su versión resultante del artículo 15 de la Directiva 2000/31, el Tribunal de Justicia consideró que podía imponerse mediante requerimiento judicial a un explotador de una red social la obligación de buscar entre toda la información puesta en línea en esa red y bloquear «una información precisa [...] cuyo contenido ha sido analizado y apreciado por un tribunal competente [...], que, al término de su apreciación, lo ha declarado ilícito».²³⁴ Por lo tanto, el tribunal podía exigir a dicho explotador que bloquease el acceso a todos los *datos idénticos*. El objeto del requerimiento podía englobar incluso los *datos de contenido similar*, siempre que el citado explotador no quedara obligado a realizar una «apreciación autónoma» sobre su licitud y pudiera, en cambio, «utilizar a técnicas e instrumentos de búsqueda automatizados».²³⁵

197. De lo anterior resulta, *con carácter general*, que, aunque los prestadores intermediarios están en condiciones de luchar contra la presencia de determinada información ilícita difundida a través de sus servicios desde un punto de vista técnico,²³⁶ no puede esperarse que realicen «apreciaciones autónomas» sobre la legalidad de la información de que se trata. Los prestadores intermediarios no tienen, por lo general, la pericia y sobre todo *la independencia* necesarias, con mayor razón

²³⁰ Véase la nota a pie de página 249 de las presentes conclusiones.

²³¹ Véase, por contraste, la sentencia del TEDH Ahmet Yildirim c. Turquía, § 66.

²³² Ya he expuesto el carácter fundamental de la prohibición de imponer «obligaciones generales de supervisión» para la libertad de comunicación en línea en el marco de la sección relativa al «contenido esencial» de la libertad de expresión (puntos 98 y siguientes de las presentes conclusiones).

²³³ Véase el punto 112 de las presentes conclusiones.

²³⁴ Sentencia Glawischnig-Piesczek, apartado 35.

²³⁵ Sentencia Glawischnig-Piesczek, apartado 46.

²³⁶ Véase el considerando 59 de la Directiva 2001/29, según el cual «en muchos casos, [los] intermediarios son quienes están en mejor situación de poner fin a [...] actividades ilícitas [cometidas a través de sus servicios]».

cuando pesa sobre ellos la amenaza de una seria responsabilidad.²³⁷ No pueden convertirse, en consecuencia, en árbitros de la legalidad en línea, encargados de resolver cuestiones jurídicas complejas.²³⁸

198. Por consiguiente, para minimizar el riesgo de «bloqueo excesivo» y garantizar, de esa manera, el respeto del derecho a la libertad de expresión, en mi opinión únicamente se puede obligar a un prestador intermediario a filtrar y bloquear información cuya ilicitud haya sido declarada, con carácter previo, por un juez o, en su defecto, información cuyo carácter ilícito *sea patente de entrada*, es decir, *de forma manifiesta*, sin que sea necesario contextualizarla.²³⁹

199. Ha de observarse, además, que las obligaciones de supervisión que el TEDH consideró justificadas en su sentencia Delfi A. S. c. Estonia se referían a datos *manifiestamente ilícitos*.²⁴⁰ En su jurisprudencia posterior, el TEDH precisó que, cuando se trate de información cuyo carácter ilícito no sea patente de entrada y que precise de un análisis contextual, no cabe exigir ese tipo de supervisión.²⁴¹ En el caso de este último tipo de información, para obtener su retirada será necesaria una notificación debidamente motivada, que aporte los datos contextuales que permitan revelar la ilicitud, o, incluso, cuando una notificación de este tipo no sea suficiente, una orden judicial conminatoria.

200. *Concretamente*, según las observaciones que formulé en mis conclusiones presentadas en los asuntos acumulados YouTube y Cyando,²⁴² trasladadas a los derechos de autor, de la sentencia Glawischnig-Piesczek se desprende que, aunque de conformidad con el artículo 15 de la Directiva 2000/31 no puede obligarse a un prestador intermediario a que lleve a cabo un filtrado generalizado de la información que almacena *en busca de cualquier infracción*, dicha disposición no se opone, *a priori*, a que se exija a tal prestador que bloquee un *archivo concreto* que realiza un uso ilícito de una obra protegida por derechos de autor que ha sido previamente declarado por un juez. Dicha disposición no se opone, en este contexto, a que el prestador esté obligado a detectar y bloquear no solo las *copias idénticas* de ese archivo, sino también otros archivos *equivalentes*, es decir, aquellos que hacen el mismo uso de la obra en cuestión.

201. En mi opinión, esta interpretación puede extrapolarse, *mutatis mutandis*, al artículo 17, apartado 8, de la Directiva 2019/790. En la medida en que, en el sistema de este artículo 17, el carácter ilícito de los contenidos que deben filtrarse no haya sido establecido, con carácter previo, por un órgano jurisdiccional, de acuerdo con lo expuesto en el punto 198 de las presentes conclusiones, solo podrán buscarse contenidos que, con respecto a la información facilitada por los titulares de derechos, resulten ser manifiestamente infractores. En virtud de las disposiciones

²³⁷ Véanse los puntos 142, 143 y 146 de las presentes conclusiones.

²³⁸ Véanse mis conclusiones presentadas en los asuntos acumulados YouTube y Cyando, puntos 187 y 188.

²³⁹ Véanse, en ese sentido, la Recomendación 2018/334 (considerando 25: «En especial, puede ser apropiado adoptar tales medidas activas cuando *ya se haya establecido el carácter ilícito de los contenidos o cuando el tipo de contenidos sea tal que la contextualización no resulte esencial*»), y la Recomendación CM/Rec(2018)2 sobre las funciones y las responsabilidades de los intermediarios de Internet, anexo, apartado 1.3.2 «Para exigir a un intermediario que restrinja el acceso a contenidos, las autoridades nacionales *deberían obtener una resolución de una autoridad judicial* [...]». Lo anterior no se aplica a los *contenidos que sean ilegales al margen de su contexto*, como contenidos relativos a abusos sexuales a menores, o en los casos en los que sea preciso adoptar medidas expeditivas, en las condiciones establecidas en el artículo 10 del Convenio» (el subrayado es mío).

²⁴⁰ El TEDH insistió en el hecho de que se trataba de comentarios «claramente ilícitos», «[que constituían] a primera vista una incitación al odio o a la violencia», de manera que «no era necesario someterlos a un análisis lingüístico o jurídico para determinar su carácter ilícito» (véanse, en particular, §§ 110, 114, 115, 117, 140 y 155 de esa sentencia).

²⁴¹ Véanse las sentencias del TEDH de 7 de febrero de 2017, Pihl c. Suecia (CE:ECHR:2017:0207DEC007474214), § 25; de 19 de marzo de 2019, Hoiness c. Noruega (CE:ECHR:2019:0319JUD004362414), § 68; de 2 de febrero de 2016, Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete e Index.hu Zrt c. Hungría (CE:ECHR:2016:0202JUD002294713), §§ 63 y 64, y de 4 de junio de 2020, Jezior c. Polonia (CE:ECHR:2020:0604JUD003195511), §§ 54 y 58.

²⁴² Véase el punto 221 de dichas conclusiones.

impugnadas, a la luz del apartado 8, las medidas de filtrado que los prestadores de servicios para compartir contenidos están obligados a adoptar de conformidad con las disposiciones impugnadas deben limitarse, por tanto, a mi juicio, a los contenidos que son «idénticos» o «equivalentes» a las obras y otras prestaciones identificadas por los titulares de derechos.²⁴³

202. La primera categoría a la que se ha aludido en el punto anterior se refiere, en concreto, a las reproducciones idénticas, sin ningún elemento adicional o valor añadido, de las obras y otras prestaciones identificadas por los titulares de derechos. La segunda guarda relación con los contenidos que reproducen esas prestaciones de la misma forma pero que incluyen modificaciones insignificantes, de manera que el público no las puede diferenciar de las prestaciones originales (por ejemplo, en caso de meras alteraciones técnicas destinadas a eludir el sistema de filtrado, como un cambio de formato, la inversión de una imagen o la modificación de su velocidad, etc.).²⁴⁴ La detección de estas dos categorías de contenidos no exige que los prestadores de servicios para compartir contenidos realicen una «apreciación autónoma» de su legalidad —la infracción será «manifiesta» con respecto a la información «pertinente y necesaria» facilitada por los titulares de derechos— y podrá llevarse a cabo mediante «técnicas e [...] instrumentos de búsqueda automatizados».²⁴⁵

203. En cambio, no puede exigirse a los prestadores de servicios para compartir contenidos que también filtren con carácter preventivo los contenidos que, pese a reproducir obras y prestaciones identificadas por los titulares de derechos, difieran de forma sustancial de estas, como ocurre con las reutilizaciones de extractos de obras en otros contextos, con los contenidos «transformadores», etc., que pueden estar cubiertos por excepciones y limitaciones de los derechos de autor. La identificación de eventuales elementos infractores exigiría a los prestadores realizar «apreciaciones autónomas», dado que deberían analizar el contexto de dichos usos. Pues bien, como sostiene la República de Polonia, no pueden dejarse en manos de dichos prestadores de servicios cuestiones complejas en materia de derechos de autor relativas, en particular, al alcance exacto de las excepciones y limitaciones. No incumbe a estos prestadores establecer los límites de la creatividad en línea, examinando ellos mismos si el contenido que un usuario pretender cargar cumple los requisitos de la parodia. Esta delegación generaría un riesgo inaceptable de «bloqueo excesivo». Estas cuestiones las debe resolver un juez.

– *Consecuencias derivadas de las consideraciones anteriores*

204. En mi opinión, de las secciones anteriores se desprende que el artículo 17 de la Directiva 2019/790 establece suficientes garantías para delimitar el alcance de la limitación del ejercicio del derecho a la libertad de expresión que se deriva de las disposiciones impugnadas.

²⁴³ Véanse, en el mismo sentido, Quintais, J., Frosio G., van Gompel, S., y otros, «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, y Dusollier, S., *op. cit.*, p. 1020. Por lo demás, esta interpretación resulta de la lectura natural del tenor del artículo 17, apartado 4, letras b) y c), de la Directiva 2019/790, que obliga a los prestadores de servicios para compartir contenidos a garantizar la indisponibilidad de «obras» y otras «prestaciones», pero no de cualquier infracción que guarde, de alguna manera, relación con las prestaciones en cuestión (véase, en el mismo sentido, Lambrecht, M. *op. cit.*, p. 89).

²⁴⁴ En otras palabras, estoy aludiendo a aquello que a veces se denomina copias «serviles» o «casi serviles». A este respecto, procede observar que una parte de los contenidos que figuran en los servicios para compartir contenidos son precisamente copias serviles o casi serviles de obras u otras prestaciones, como obras cinematográficas o fonogramas.

²⁴⁵ Sentencia Glawischnig-Piesczek, apartado 46. Conviene precisar que, en mi opinión, el Tribunal de Justicia no pretendió excluir en dicha sentencia la necesidad de ciertos controles por parte de personas. Volveré sobre esta cuestión en el punto 211 de las presentes conclusiones.

205. *Por un lado*, de conformidad con el apartado 7 de dicho artículo, los prestadores de servicios para compartir contenidos no están autorizados a bloquear con carácter preventivo en virtud de las disposiciones impugnadas todos los contenidos que reproducen las obras y otras prestaciones identificadas por los titulares de derechos, incluidos aquellos que puedan ser lícitos. *Por otro lado*, en virtud del apartado 8 de dicho artículo, esos prestadores solo pueden estar obligados a detectar y a bloquear los contenidos que sean «idénticos» y «equivalentes» a dichas prestaciones, es decir, aquellos cuya ilicitud resulte *manifiesta* con respecto a la información «pertinente y necesaria» facilitada por los titulares de derechos. En esos casos, dado que la infracción es altamente probable, los citados contenidos pueden *presumirse ilícitos*. Por tanto, resulta proporcionado bloquearlos con carácter preventivo, incumbiendo a los usuarios afectados demostrar su licitud —por ejemplo, que disponen de una licencia o que la obra es, en realidad, de dominio público—²⁴⁶ en el marco del mecanismo de reclamación. En resumen, los «mayores esfuerzos» que se exigen a los prestadores de servicios para compartir contenidos, de conformidad con las disposiciones impugnadas, consisten en bloquear dichos contenidos manifiestamente infractores.²⁴⁷

206. Por el contrario, en las situaciones dudosas —extractos breves de obras reproducidos en contenidos más largos, obras «transformadoras», etc.— en las que, en particular, cabría razonablemente prever que se aplicaran excepciones y limitaciones de los derechos de autor, los contenidos no podrían ser objeto de una medida de bloqueo preventiva.

207. En efecto, como han subrayado el Parlamento, el Consejo y la Comisión, la obligación de resultado que establece el artículo 17, apartado 7, párrafo primero, de la Directiva 2019/790 de no impedir la puesta en línea de contenidos lícitos, es, a este respecto, más exigente que la obligación de hacer los «mayores esfuerzos» que se deriva de las disposiciones impugnadas, y que constituye una obligación de medios.²⁴⁸ Esto significa que el legislador de la Unión ha pretendido garantizar, acertadamente a mi entender, que, en ese supuesto, los prestadores de servicios para compartir contenidos den prioridad a la libertad de expresión. Dicho de otro modo, el legislador ha considerado que los «falsos positivos», consistentes en bloquear contenidos legales, son más graves que los «falsos negativos», que suponen pasar por alto ciertos contenidos ilícitos.

208. Así, como han declarado el Parlamento, el Consejo y la Comisión, en estas situaciones equívocas debe *presumirse* que los contenidos afectados son *lícitos* y, por consiguiente, no puede obstaculizarse su puesta en línea.

²⁴⁶ En mi opinión, la información «pertinente y necesaria» facilitada por los titulares de derechos debería incluir elementos que permitan demostrar que tienen derechos sobre las obras u otras prestaciones cuyo bloqueo solicitan, con el fin de limitar el riesgo de «reclamación excesiva» (véase el punto 148 de las presentes conclusiones).

²⁴⁷ Esta interpretación no queda desvirtuada por el argumento de la demandante y del Gobierno francés de que el término «manifiesto» no figura en el texto de la Directiva 2019/790. En efecto, no se trata de un concepto sustancial, sino simplemente del grado de control que deben realizar los prestadores de servicios para compartir contenidos. Ese grado de control se deduce del artículo 17, apartado 8, de esta Directiva y de la necesidad de aplicar las disposiciones impugnadas respetando el apartado 7 de ese mismo artículo. Además, contrariamente a lo que sostiene el Gobierno francés, la diferencia entre la información cuya ilicitud se aprecia a primera vista y aquella que requiere un examen más profundo no es una idea nueva. A este respecto, me limitaré a recordar que, en el contexto del artículo 14 de la Directiva 2000/31, un prestador intermediario debe retirar una información cuando tiene «conocimiento efectivo» de su carácter ilícito o ese carácter ilícito queda «revelado» por la información de que dispone. En este caso, se trata de la misma idea. Me remito, asimismo, al razonamiento adoptado por el TEDH en la sentencia Delfi A. S. c. Estonia. Por último, ya es conocida la idea de infracción manifiesta, entendida como copia «servil» o «casi servil».

²⁴⁸ Véase el punto 52 de las presentes conclusiones. Véase, en el mismo sentido, Geiger, C. y 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* (accesible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3776267), p. 44.

209. La dificultad radica en definir soluciones prácticas que reflejen esa dicotomía mediante herramientas de reconocimiento automático de contenido que los prestadores de servicios para compartir contenidos deberán utilizar en un gran número de casos. La demandante alega, además, que el legislador de la Unión no ha previsto en la Directiva 2019/790 ninguna solución concreta a este respecto.

210. Dicho esto, desde mi punto de vista, como ya he explicado, incumbe al legislador de la Unión establecer el contenido esencial de las garantías necesarias para minimizar los riesgos en materia de libertad de expresión que se derivan de las disposiciones impugnadas. En cambio, como aduce el Consejo, en un ámbito en el que deben adoptarse medidas técnicas, como el que constituye el objeto del litigio principal, habida cuenta de que el artículo 17 de la Directiva 2019/790 se aplica a distintos tipos de prestadores, servicios y prestaciones protegidas por derechos de autor, corresponde a los Estados miembros y a la Comisión concretar los detalles.²⁴⁹

211. En la práctica, estas soluciones consistirán en incorporar a las herramientas de reconocimiento de contenidos parámetros que permitan distinguir lo manifiesto de lo dudoso. Esa circunstancia puede variar en función del tipo de prestación y de las excepciones de que se trate. Por ejemplo, puede tenerse en cuenta el porcentaje de correspondencia detectado por esas herramientas y fijar umbrales por encima de los cuales esté justificado bloquear de forma automática un contenido y por debajo de los cuales pueda considerarse razonablemente que se aplica una excepción, como la cita.²⁵⁰ Esa solución podría ir acompañada de un mecanismo que permita a los usuarios indicar (*flagging*), en el momento de la puesta en línea o inmediatamente después, si, en su opinión, pueden acogerse a una excepción o limitación, lo cual obligaría al prestador afectado a realizar una revisión manual del contenido controvertido con el fin de comprobar si cabe excluir manifiestamente la aplicación de dicha excepción o limitación o si, por el contrario, su aplicación es razonablemente posible.²⁵¹

212. Con carácter general, en lo que respecta a los distintos tipos de prestadores, servicios y obras u otras prestaciones, la definición de esas soluciones prácticas no puede dejarse ni en manos de los citados prestadores ni, en contra de lo que alega el Gobierno francés, completamente a los

²⁴⁹ Con carácter general, corresponde a las autoridades administrativas y judiciales de estos Estados supervisar la aplicación por parte de los prestadores de servicios para compartir contenidos de las disposiciones impugnadas y velar por que los usuarios puedan invocar efectivamente su derecho a realizar utilidades lícitas, de conformidad con el artículo 17, apartado 7, de la Directiva 2019/790. Sobre esta cuestión, la República de Polonia arguye que la citada Directiva no contiene ninguna disposición relativa a la responsabilidad de los prestadores de servicios para compartir contenidos frente a los usuarios en caso de infracción del citado apartado 7. Desde mi punto de vista, dicha responsabilidad debe establecerse conforme al Derecho nacional de los Estados miembros, respetando el principio de la autonomía procesal. El Derecho nacional deberá prever sanciones eficaces, disuasorias y proporcionadas. Además, dado que el respeto de los derechos de los usuarios forma parte de los «mayores esfuerzos» que deben hacer los prestadores de servicios para compartir contenidos, en caso de que un prestador no respete esos derechos *debería perder el derecho a acogerse al mecanismo de exención previsto en el apartado 4 del citado artículo*.

²⁵⁰ En efecto, las herramientas de reconocimiento mediante «huellas» pueden distinguir en función de la cantidad de contenidos protegidos reutilizada en un contenido puesto en línea, en particular, de los contenidos de audio y vídeo. Es cierto que, como observa el Gobierno francés, no basta, por ejemplo, con que un extracto musical sea inferior a una determinada duración para que se aplique la excepción de cita, toda vez que ello depende de la intención del usuario (véase la nota a pie de página 178 de las presentes conclusiones). Sin embargo, se trata simplemente de habilitar en los ajustes de la herramienta de filtrado un margen en el que la aplicación de esa excepción no sea ya *cierta*, sino solo *razonablemente posible*.

²⁵¹ A este respecto, el planteamiento expuesto por la Comisión en su documento «Targeted consultation addressed to the participants to the stakeholder dialogue on Article 17 of the Directive on Copyright in the Digital Single Market» es, en mi opinión, un modo correcto de proceder (véanse las pp. 15 y 16 de dicho documento). Para otras propuestas similares, véanse Quintais, J., Frosio, G., van Gompel, S. y otros, *op. cit.*; Lambrecht, M., *op. cit.*, pp. 79 a 94, y Leitsner, M., *op. cit.*, pp. 193 a 208. Los Estados miembros también pueden establecer mecanismos para evitar los abusos. No es preciso adoptar una posición más concreta en el presente asunto sobre estas distintas propuestas.

titulares de derechos.²⁵² Ante la importancia de esas soluciones para la libertad de expresión de los usuarios, no deben ser definidas de forma opaca exclusivamente por particulares, sino de forma transparente bajo la supervisión de las autoridades públicas.

213. Desde mi punto de vista, ahí radica precisamente la utilidad del diálogo entre las partes interesadas a que se refiere el legislador de la Unión en el artículo 17, apartado 10, de la Directiva 2019/790. Dicha disposición impone a la Comisión la obligación de organizar, en cooperación con los Estados miembros, diálogos entre los prestadores de servicios para compartir contenidos, los titulares de derechos, las organizaciones de usuarios y las demás partes interesadas para discutir las «mejores prácticas para la cooperación entre los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea y los titulares de derechos». Sobre esa base, la Comisión debe dictar orientaciones sobre la aplicación del artículo 17, en particular en lo relativo a la manera de aplicar las disposiciones impugnadas. En ese proceso, «se tendrá [...] especialmente en cuenta» «la necesidad de encontrar un justo equilibrio entre los derechos fundamentales y el uso de excepciones y limitaciones». Así, la Comisión, con la ayuda de las partes interesadas, debe proponer soluciones prácticas que permitan la aplicación de las disposiciones impugnadas, respetando los apartados 7 y 8 del citado artículo 17.²⁵³

214. Por último, conviene precisar que, como sostiene la Comisión, y según he indicado en el punto 183 de las presentes conclusiones, la obligación que establece el artículo 17, apartado 7, de la Directiva 2019/790 no significa que los mecanismos que den lugar a un número insignificante de «falsos positivos» sean automáticamente contrarios a dicha disposición. Sin embargo, el porcentaje de error debería ser el menor posible. De ello resulta que, en aquellos supuestos en los que no sea posible, en el actual estado de la tecnología, utilizar, para determinados tipos de obras o prestaciones, una herramienta de filtrado automático que no dé lugar a un porcentaje de «falsos positivos» no insignificante, en mi opinión procedería descartar su uso de conformidad con el apartado 7.²⁵⁴

215. La interpretación que propongo en las presentes conclusiones no queda rebatida por el argumento de los Gobiernos español y francés según el cual resulta imperativo bloquear con carácter preventivo todos los contenidos que reproducen total o parcialmente las prestaciones identificadas por los titulares de derechos, con el fin de eliminar todo riesgo de que se difunda un contenido ilícito en un servicio para compartir contenidos, difusión que podría ocasionarles un perjuicio «irreparable», dada la rapidez con la que la información circula en Internet.

216. En efecto, aunque, en mi opinión, el riesgo de perjuicio grave e inminente que supone un intento de puesta en línea de un contenido manifiestamente infractor puede justificar una medida de bloqueo preventivo de ese contenido,²⁵⁵ dichos titulares no pueden exigir el «riesgo cero» por lo que respecta a las posibles vulneraciones de sus derechos, como he señalado en el

²⁵² El Gobierno francés señala que la implantación de herramientas de reconocimiento se basa en reglas de gestión fijadas por los titulares de derechos y que, por ejemplo, en el ámbito del cine, dichos titulares suelen tolerar, generalmente a cambio de los ingresos que se generan con la «monetización» del vídeo de que se trata (véase el punto 58 de las presentes conclusiones), la puesta en línea de extractos de varios minutos de sus películas. Es cierto que la idea de que los titulares de derechos podrían garantizar el respeto de las excepciones y limitaciones adoptando medidas de carácter voluntario no es ajena al Derecho de la Unión (véase el artículo 6, apartado 4, de la Directiva 2001/29, relativo a las medidas tecnológicas de protección). Sin embargo, considero que, en el marco de un filtrado como el que se deriva de las disposiciones impugnadas, dados los riesgos que he expuesto, la protección de los derechos de los usuarios no debería depender exclusivamente de la voluntad de tales titulares.

²⁵³ En mi opinión, esas orientaciones, al definir las «mejores prácticas», contribuirán a fijar las «normas sectoriales estrictas de diligencia profesional» que los proveedores deben cumplir, de conformidad con las disposiciones impugnadas. En su caso, dichas orientaciones deberán actualizarse para seguir «la evolución técnica».

²⁵⁴ Véase, en el mismo sentido, Grisse, K., *op. cit.*, p. 898.

²⁵⁵ Me refiero, por ejemplo, a la puesta en línea en un servicio para compartir contenidos de una película que acaba de estrenarse o que aún no se ha estrenado.

punto 184 de las presentes conclusiones. Resultaría desproporcionado aplicar esas medidas a todos los casos, más discutibles, en los que podrían producirse potenciales perjuicios, eventualmente ocasionados, por ejemplo, por contenidos «transformadores» que podrían estar incluidos o no en el ámbito de las excepciones y limitaciones de los derechos de autor, y que no compiten de forma directa con las prestaciones originales.²⁵⁶ En esos supuestos, adoptar tales medidas preventivas podría causar, en cambio, un perjuicio «irreparable» a la libertad de expresión, por los motivos que he expuesto en el punto 188 de las presentes conclusiones.

217. Además, el Tribunal de Justicia ha declarado en reiteradas ocasiones que «no se desprende en absoluto del artículo 17, apartado 2, de la Carta que el derecho de propiedad intelectual sea intangible y que, por lo tanto, su protección deba garantizarse en términos absolutos».²⁵⁷

218. Por lo demás, la interpretación que se propone en las presentes conclusiones no deja desprotegidos a los titulares de derechos en lo que respecta a los contenidos dudosos. No se trata, en particular, de replantear el alcance del derecho de comunicación al público en cuanto tal.²⁵⁸ En efecto, el hecho de que ciertos contenidos que reproducen de manera ilícita obras y otras prestaciones protegidas no se bloqueen en el momento de su puesta en línea no impide a los titulares de derechos, en particular,²⁵⁹ solicitar que sean retirados o que se inhabilite el acceso a dichos contenidos de forma permanente mediante una notificación conforme al artículo 17, apartado 4, letra c), de la Directiva 2019/790,²⁶⁰ que incluya explicaciones razonables sobre los motivos por los que, por ejemplo, debe excluirse la aplicación de una excepción.²⁶¹ Por su parte, el prestador afectado deberá examinar la citada notificación con diligencia y decidir si, a la luz de esos nuevos datos, queda revelada la ilegalidad del contenido de que se trata.²⁶² En tal caso, el prestador deberá inhabilitar sin demora el acceso al contenido o retirarlo de su sitio de Internet, so pena de incurrir en responsabilidad. Como subraya la Comisión, del considerando 66, párrafo segundo, de la Directiva 2019/790²⁶³ se desprende que el legislador de la Unión ya había previsto que, en ciertos casos, ese modo de proceder fuera el único que permitía garantizar la indisponibilidad de un determinado contenido. En el supuesto de que la ilicitud no sea patente a la luz de estas explicaciones, debido a que el contenido de que se trate plantee cuestiones jurídicas complejas o nuevas en materia de derechos de autor, la intervención del juez, el único competente para resolver tales cuestiones, será en principio necesaria. Corresponderá entonces a los titulares

²⁵⁶ Véase, en el mismo sentido, Lambrecht, M., *op. cit.*, pp. 89 y 90.

²⁵⁷ Véase, en particular, la sentencia de 27 de marzo de 2014, UPC Telekabel Wien (C-314/12, EU:C:2014:192), apartado 61 y jurisprudencia citada.

²⁵⁸ No se trata en particular de establecer umbrales *de minimis* por debajo de los cuales los titulares pierden toda posibilidad de hacer valer sus derechos. El Tribunal de Justicia ha rechazado siempre tales umbrales. Véanse, a este respecto, las conclusiones del Abogado General Szpunar presentadas en el asunto Pelham y otros (C-476/17, EU:C:2018:1002), puntos 28 a 33.

²⁵⁹ Es así, además, sin perjuicio de la posibilidad que tienen los titulares de derechos de obtener un requerimiento judicial (véase el considerando 66, párrafo primero, de la Directiva 2019/790) o de presentar una demanda contra el usuario responsable.

²⁶⁰ Véanse, en el mismo sentido, Cabay, J., *op. cit.*, p. 221, y Lambrecht, M., *op. cit.*, p. 90. En ese marco, una solución práctica podría ser informar a todos los titulares de derechos en cuanto se pone en línea un contenido que reproduce sus prestaciones protegidas para que puedan, en su caso, preparar rápidamente una solicitud motivada de bloqueo (véase el artículo 17, apartado 9, párrafo segundo, de la Directiva 2019/790). Así, no correspondería a esos titulares la carga de supervisar en todo caso por sí mismos los servicios para compartir contenidos con el fin de descubrir y localizar tales contenidos, que serían automáticamente detectados para ellos por la herramienta de reconocimiento.

²⁶¹ Ha de observarse que, para los contenidos cuya ilicitud no puede considerarse manifiesta, el TEDH ha entendido que el sistema de «notificación y retirada» constituye un medio adecuado para establecer un «justo equilibrio» entre los derechos e intereses en juego, toda vez que esas notificaciones proporcionan precisamente a los prestadores los elementos contextuales necesarios para apreciar el carácter ilícito del contenido. Véase, en particular, la sentencia del TEDH de 2 de febrero de 2016, Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesület y Index.hu Zrt c. Hungría (CE:ECHR:2016:0202JUD002294713) § 91.

²⁶² Véanse, por analogía, mis conclusiones presentadas en los asuntos acumulados YouTube y Cyando, punto 190. Por consiguiente, los prestadores de servicios para compartir contenidos no podrán limitarse a aprobar todas las solicitudes de bloqueo que reciban de los titulares de derechos sin comprobarlas.

²⁶³ «[...] no cabe descartar [...] que en algunos casos solamente pueda evitarse la disponibilidad de contenidos no autorizados previa notificación de los titulares de derechos [...]»

de derechos recurrir a una autoridad judicial, sobre la base, en particular, del artículo 8, apartado 3, de la Directiva 2001/29, para que dicha autoridad se pronuncie acerca de tal contenido y, suponiendo que sea ilícito, ordene que se bloquee.

219. Como ha observado acertadamente el Parlamento, ello garantiza un «justo equilibrio» entre los trámites que deben realizar los usuarios, en algunos casos, para lograr que se pongan en línea sus contenidos y los que se exigen a los titulares de derechos, en otros casos, para solicitar su retirada.²⁶⁴

4. Conclusión por lo que respecta a la conformidad de la limitación controvertida con la Carta

220. De todas las consideraciones anteriores se desprende que la limitación del ejercicio del derecho a la libertad de expresión y de información resultante de las disposiciones impugnadas, tal como han sido interpretadas en las presentes conclusiones, cumple todos los requisitos que establece el artículo 52, apartado 1, de la Carta. Por lo tanto, a mi parecer, esta limitación es conforme con el citado instrumento. Por consiguiente, en mi opinión, procede desestimar el recurso de la República de Polonia.²⁶⁵

C. Post-scriptum

221. Con posterioridad a la redacción de las presentes conclusiones, durante su traducción por parte de los servicios del Tribunal de Justicia, se han publicado dos documentos importantes.

222. *Por una parte*, se ha dictado la sentencia YouTube y Cyando.²⁶⁶ El razonamiento seguido por el Tribunal de Justicia en dicha sentencia por lo que respecta a las Directivas 2000/31 y 2001/29, que no puedo examinar detalladamente en este punto, no pone en entredicho, en mi opinión, las consideraciones expuestas en las presentes conclusiones.²⁶⁷

223. *Por otra parte*, la Comisión ha publicado sus orientaciones sobre el artículo 17 de la Directiva 2019/790.²⁶⁸ En lo esencial, dichas orientaciones retoman lo que la Comisión había afirmado ante el Tribunal de Justicia y reflejan las explicaciones que se recogen en los puntos 158 a 219 de las presentes conclusiones. *No obstante*, las citadas orientaciones señalan igualmente, con carácter

²⁶⁴ Como ya he señalado en el punto 178 de las presentes conclusiones, los prestadores de servicios para compartir contenidos deben examinar las reclamaciones y solicitudes con la misma celeridad y la misma diligencia.

²⁶⁵ Deseo formular una última observación. Las partes demandadas y los coadyuvantes han señalado que la principal manera que tienen los prestadores de servicios para compartir contenidos de escapar a toda responsabilidad por las obras y demás prestaciones puestas en línea en sus servicios consiste en obtener una autorización de los titulares de derechos de conformidad con el artículo 17, apartado 1, de la Directiva 2019/790. En ese contexto, el mecanismo de exención de responsabilidad previsto en el apartado 4 del mismo artículo —y las obligaciones de filtrado que se derivan de él— únicamente conciernen a las obras y otras prestaciones protegidas para las que no se haya obtenido esa autorización. En mi opinión, aunque no se trate de una «garantía» propiamente dicha que delimite el filtrado, es una cuestión importante para la libertad de expresión de los usuarios de tales servicios, sobre todo teniendo en cuenta que, de conformidad con el artículo 17, apartado 2, de la Directiva 2019/790, dichas autorizaciones también abarcarán, en determinadas condiciones, los actos de «comunicación al público» realizados por los usuarios. Comparto, pues, el parecer de la Comisión de que los Estados miembros deberían prever en su Derecho nacional mecanismos que faciliten la concesión de esas autorizaciones. Cuantas más autorizaciones puedan obtener los prestadores de servicios para compartir contenidos, más obtendrán los titulares de derechos una remuneración adecuada por la utilización de sus prestaciones y menos medidas de filtrado y de bloqueo de sus contenidos deberán soportar los usuarios.

²⁶⁶ Sentencia de 22 de junio de 2021 (C-682/18 y C-683/18, EU:C:2021:503).

²⁶⁷ Véase la sentencia de 22 de junio de 2021, YouTube y Cyando (C-682/18 y C-683/18, EU:C:2021:503), apartado 59.

²⁶⁸ Véase la comunicación de la Comisión «Guidance on Article 17 of Directive 2019/790 on Copyright in the Digital Single Market», especialmente pp. 18 a 24.

inédito, que los titulares de derechos deben tener la posibilidad de «designar» (*earmark*) las prestaciones cuya puesta en línea no autorizada podría «[causarles] un perjuicio económico significativo». Estos prestadores deberían hacer gala de una diligencia particular por lo que se refiere a tales prestaciones. Se indica también que estos no satisfarían sus obligaciones de realizar los «mayores esfuerzos» si permitiesen la puesta en línea de contenidos que reproducen esas mismas prestaciones pese a tal «designación». Si esto debe entenderse en el sentido de que esos mismos prestadores deberían bloquear *ex ante* contenidos ante la mera alegación por parte de los titulares de los derechos de un riesgo de perjuicio económico considerable —las orientaciones no contienen otro criterio que limite objetivamente el mecanismo de «designación» a casos concretos²⁶⁹—, incluso cuando tales contenidos no tuviesen un carácter manifiestamente infractor, es algo que no puedo respaldar sin revisar el conjunto de consideraciones expuestas en las presentes conclusiones.

VI. Costas

224. A tenor del artículo 138, apartado 1, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, la parte que haya visto desestimadas sus pretensiones será condenada en costas, si así lo hubiera solicitado la otra parte. Dado que, en mi opinión, procede desestimar el recurso de la República de Polonia y que el Parlamento y el Consejo así lo han solicitado, procede condenar en costas a dicho Estado miembro. Sin embargo, los Gobiernos español y francés y la Comisión, que han intervenido como coadyuvantes en el litigio, cargarán con sus propias costas, de conformidad con el artículo 140, apartado 1, de dicho Reglamento.

VII. Conclusión

225. A la luz de lo anterior, sugiero al Tribunal de Justicia que:

- Desestime el recurso de la República de Polonia.
- Condene en costas a dicho Estado miembro.
- El Reino de España, la República Francesa y la Comisión Europea cargarán con sus propias costas.

²⁶⁹ La Comisión alude a las prestaciones que tienen un valor económico particular durante un cierto período de tiempo. No obstante, el mecanismo de «designación» no parece limitarse a tales prestaciones. Las orientaciones no definen tampoco el concepto de «perjuicio económico significativo». Recuerdo que, según el Gobierno francés, en caso de puesta en línea de un contenido de carácter infractor, el perjuicio económico sufrido por los titulares de derechos será siempre «irreparable».