



Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. HENRIK SAUGMANDSGAARD ØE
presentadas el 16 de julio de 2020¹

Asuntos acumulados C-682/18 y C-683/18

Frank Peterson
contra
Google LLC,
YouTube LLC,
YouTube Inc.,
Google Germany GmbH (C-682/18)
y
Elsevier Inc.
contra
Cyando AG (C-683/18)

[Peticiones de decisión prejudicial planteadas por el Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo de lo Civil y Penal, Alemania)]

«Procedimiento prejudicial — Propiedad intelectual — Derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor — Directiva 2001/29/CE — Artículo 3 — Comunicación al público — Concepto — Puesta en línea de obras protegidas en plataformas en Internet, efectuada por los usuarios de dichas plataformas, sin autorización previa de los titulares de derechos — Inexistencia de responsabilidad principal de los operadores de estas plataformas — Responsabilidad secundaria de estos operadores por las vulneraciones del derecho de autor cometidas por los usuarios de sus plataformas — Cuestión que no está incluida en el ámbito de aplicación del artículo 3 de la Directiva 2001/29 — Directiva 2000/31/CE — Artículo 14 — Exención de responsabilidad de los prestadores que prestan un “servicio de la sociedad de la información consistente en almacenar datos facilitados por el destinatario del servicio” — Concepto — Posibilidad de que dichos operadores estén exentos de la responsabilidad que puede derivarse de los datos que almacenan a petición de los usuarios de sus plataformas — Requisitos para disfrutar de esta exención de responsabilidad — Artículo 14, apartado 1, letra a) — Conceptos de “conocimiento efectivo de que la actividad [o] la información es ilícita” y de “conocimiento de hechos o circunstancias por los que la actividad o la información revele su carácter ilícito” — Información ilícita concreta — Artículo 8, apartado 3, de la Directiva 2001/29 — Medidas cautelares contra los intermediarios a cuyos servicios recurra un tercero para infringir un derecho de autor o un derecho afín a los derechos de autor — Requisitos para solicitar dichas medidas cautelares»

¹ Lengua original: francés.

Índice

I.	Introducción	3
II.	Marco jurídico	4
	A. Directiva 2000/31	4
	B. Directiva 2001/29	5
III.	Litigios principales	6
	A. Asunto C-682/18	6
	1. YouTube	6
	2. Recurso del Sr. Peterson	7
	B. Asunto C-683/18	9
	1. Uploaded	9
	2. Recurso de Elsevier	10
IV.	Cuestiones prejudiciales y procedimiento ante el Tribunal de Justicia	11
V.	Apreciación	13
	A. Sobre el concepto de «comunicación al público», en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29 (primeras cuestiones prejudiciales)	17
	1. Sobre el hecho de que las operadoras de plataformas como YouTube y Cyando no realizan, en principio, actos de «comunicación al público»	20
	2. Sobre el hecho de que el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29 no regula la responsabilidad secundaria de quienes facilitan la realización, por terceros, de actos ilícitos de «comunicación al público»	28
	3. Con carácter subsidiario — sobre si las operadoras como YouTube y Cyando facilitan deliberadamente la comisión de actos ilícitos por terceros	32
	B. Sobre el ámbito de aplicación de la exención de responsabilidad prevista en el artículo 14, apartado 1, de la Directiva 2000/31 (segundas cuestiones)	39
	C. Sobre el requisito de exención relativo a la falta de conocimiento o de consciencia de la ilicitud de la información, prevista en el artículo 14, apartado 1, letra a), de la Directiva 2000/31 (terceras cuestiones)	48
	D. Sobre las condiciones para solicitar una medida cautelar contra un intermediario, de conformidad con el artículo 8, apartado 3, de la Directiva 2001/29 (cuartas cuestiones)	54

E. Con carácter subsidiario — sobre el concepto de «infractor» en el sentido del artículo 13 de la Directiva 2004/48 (cuestiones quintas y sextas)	60
F. Sobre el hecho de que el objetivo de un elevado nivel de protección de los derechos de autor no justifica una interpretación diferente de las Directivas 2000/31 y 2001/29 . . .	62
VI. Conclusión	69

I. Introducción

1. Las presentes peticiones de decisión prejudicial han sido presentadas por el Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo de lo Civil y Penal, Alemania). Versan sobre la interpretación de la Directiva 2000/31/CE relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior («Directiva sobre el comercio electrónico»),² de 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,³ así como de la Directiva 2004/48/CE relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual.⁴

2. Estas peticiones se inscriben en el marco de dos litigios. En el primero, Frank Peterson, un productor musical, demandó a YouTube LLC y a su sociedad matriz, Google LLC, sobre la puesta en línea, en la plataforma de intercambio de vídeos YouTube, de varios fonogramas sobre los que alega que es titular de derechos, efectuada por usuarios de esta plataforma sin la autorización del Sr. Peterson. En el segundo, Elsevier Inc., un grupo editorial, interpuso una demanda contra Cyando AG sobre la puesta en línea, en la plataforma de alojamiento y de intercambio de archivos Uploaded, explotada por esta última sociedad, de diferentes obras respecto de las que Elsevier es titular de los derechos exclusivos, puesta en línea que realizan los usuarios de dicha plataforma sin su autorización.

3. Las seis cuestiones planteadas por el órgano jurisdiccional remitente en ambas peticiones de decisión prejudicial giran en torno a la problemática, sumamente sensible, de la responsabilidad de los operadores de plataformas en línea en relación con las obras protegidas por el derecho de autor que ponen en línea sus usuarios de forma ilícita.

4. La naturaleza y el alcance de esta responsabilidad depende, en particular, de la interpretación del artículo 3 de la Directiva 2001/29, que reconoce a los autores el derecho exclusivo a comunicar al público sus obras, y del artículo 14 de la Directiva 2000/31, que ofrece a los prestadores de servicios intermediarios una exención relativa de responsabilidad en relación con los datos que almacenen a petición de los usuarios de sus servicios. Así pues, los presentes asuntos solicitan al Tribunal de Justicia que precise, en particular, si la primera disposición es vinculante para estos operadores de plataformas y si pueden acogerse a la segunda disposición, así como la manera en que se articulan estas disposiciones entre sí.

5. Esta problemática se caracteriza por profundos contrastes. Para algunos, las plataformas en línea permiten infracciones de los derechos de autor a gran escala, de las que se benefician los operadores de dichas plataformas en perjuicio de los titulares de derechos, lo que justifica que se

² Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000 (DO 2000, L 178, p. 1).

³ Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001 (DO 2001, L 167, p. 1).

⁴ Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004 (DO 2004, L 157, p. 45 y corrección de errores en DO 2004, L 195, p. 16).

impongan a tales operadores importantes obligaciones de control de los contenidos que los usuarios de sus plataformas ponen en línea en estas. Por otro lado, imponer a estos operadores gravosas obligaciones de control afectaría significativamente a su actividad y a los derechos de los usuarios y menoscabaría la libertad de expresión y de creación en línea.

6. Estos contrastes alcanzaron su máxima expresión en los debates que rodearon a la adopción por el legislador de la Unión de la Directiva (UE) 2019/790 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.⁵ El artículo 17 de esta nueva Directiva establece, para los operadores como YouTube, un régimen de responsabilidad específica por las obras puestas en línea ilegalmente por los usuarios de sus plataformas. No obstante, debo precisar que esta Directiva, que entró en vigor en el transcurso de los presentes procedimientos prejudiciales, no es aplicable a los litigios principales. Por lo tanto, se deberán dirimir estos asuntos desde la perspectiva del marco jurídico anterior a esta, con independencia de las soluciones que acaba de adoptar el legislador de la Unión.

7. En las presentes conclusiones, propondré al Tribunal de Justicia que declare que las operadoras de plataformas como YouTube y Cyando no efectúan, en principio, actos de «comunicación al público», en el sentido del artículo 3 de la Directiva 2001/29, y, en consecuencia, no son directamente responsables de la infracción de esta disposición cuando sus usuarios ponen en línea obras protegidas de manera ilícita. También explicaré por qué estas operadoras pueden en principio, acogerse a la exención de responsabilidad prevista en el artículo 14 de la Directiva 2000/31, si concurren requisitos cuyos límites precisaré. Por último, expondré que, no obstante, con arreglo al Derecho de la Unión, los titulares de derechos pueden obtener mandamientos judiciales contra dichas operadoras, que pueden imponerles nuevas obligaciones, cuyos requisitos precisaré también.

II. Marco jurídico

A. Directiva 2000/31

8. La sección 4 de la Directiva 2000/31, titulada «Responsabilidad de los prestadores de servicios intermediarios», incluye los artículos 12 a 15 de esta Directiva.

9. El artículo 14 de dicha Directiva, que lleva por título «Alojamiento de datos», dispone:

«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.

⁵ Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019 (DO 2019, L 130, p. 92).

2. El apartado 1 no se aplicará cuando el destinatario del servicio actúe bajo la autoridad o control del prestador de servicios.

3. El presente artículo no afectará la posibilidad de que un tribunal o una autoridad administrativa, de conformidad con los sistemas jurídicos de los Estados miembros, exijan al prestador de servicios [...] poner fin a una infracción o impedirla, ni a la posibilidad de que los Estados miembros establezcan procedimientos por los que se rija la retirada de datos o impida el acceso a ellos.»

10. El artículo 15 de esta misma Directiva, titulado «Inexistencia de obligación general de supervisión», prevé, 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

11. El considerando 27 de la Directiva 2001/29 enuncia que «[l]a mera puesta a disposición de las instalaciones materiales necesarias para facilitar o efectuar una comunicación no equivale en sí misma a una comunicación en el sentido de la presente Directiva».

12. El artículo 3 de esta Directiva, titulado «Derecho de comunicación al público de obras y derecho de poner a disposición del público prestaciones protegidas», establece:

«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;

[...]

3. Ningún acto de comunicación al público o de puesta a disposición del público con arreglo al presente artículo podrá dar lugar al agotamiento de los derechos a que se refieren los apartados 1 y 2.»

13. El artículo 8 de dicha Directiva, titulado «Sanciones y vías de recurso», prevé, en su apartado 3, que «[l]os Estados miembros velarán por que los titulares de los derechos estén en condiciones de solicitar medidas cautelares contra los intermediarios a cuyos servicios recurra un tercero para infringir un derecho de autor o un derecho afín a los derechos de autor».

III. Litigios principales

A. Asunto C-682/18

1. YouTube

14. YouTube es una plataforma de Internet operada por la sociedad del mismo nombre, de la que Google es socio único y representante legal. Esta plataforma, que se presenta en forma de diversos sitios de Internet y aplicaciones para dispositivos inteligentes, permite a sus usuarios compartir vídeos en Internet.

15. Para poner en línea un vídeo en YouTube, es necesario crear una cuenta —con un nombre de usuario y una contraseña— y aceptar las condiciones generales de uso de esta plataforma. Un usuario que, tras haberse registrado de esta manera, ponga en línea un vídeo puede elegir dejarlo en modo «privado» o publicarlo en la plataforma. En el segundo supuesto, el vídeo en cuestión puede ser visionado en flujo continuo (*streaming*) desde dicha plataforma y ser compartido por cualquier internauta, así como ser comentado por los demás usuarios registrados. Los usuarios registrados también pueden crear «canales» que reúnen sus vídeos.

16. La puesta en línea de un vídeo en esta misma plataforma se produce automáticamente, sin visionado o control previos por parte de Google o YouTube. De este modo, aparentemente se publican cerca de 35 horas de vídeo en dicha plataforma por minuto,⁶ lo que representa varios centenares de miles de vídeos cada día.

17. YouTube incorpora una función de búsqueda y efectúa un tratamiento de los resultados de la búsqueda que adopta la forma, en particular, de una valoración de la pertinencia de los vídeos, que es específica para la región del usuario. El resultado de esta valoración se resume en la página de inicio en forma de las rúbricas «vídeos vistos actualmente», «vídeos promocionados» y «vídeos tendencia». YouTube indexa los vídeos y los canales disponibles bajo rúbricas como «entretenimiento», «música» o «películas y animación». Además, si un usuario registrado utiliza la plataforma, se le presenta un resumen de «vídeos recomendados», que dependen en particular de los vídeos visualizados anteriormente por este último.

18. YouTube obtiene de su plataforma, en particular, ingresos publicitarios. También aparecen tiras publicitarias de terceros anunciantes en el margen de la página de inicio de esta. Asimismo, se inserta publicidad en determinados vídeos, lo que supone la celebración de un contrato concreto entre los usuarios afectados y YouTube.

19. Con arreglo a las condiciones generales de uso de YouTube, cada usuario le concede, respecto de los vídeos que pone en línea, y hasta su retirada de la plataforma, una licencia mundial, no exclusiva y gratuita para la utilización, la reproducción, la distribución, la creación de obras derivadas, la exhibición y la ejecución en relación con la puesta a disposición de la plataforma y las actividades de YouTube, incluida la publicidad.

⁶ Se trata de la cifra determinada por el tribunal de apelación en el asunto principal. Por su parte, Google menciona la cifra de 400 horas de vídeo por minuto.

20. Al aceptar estas condiciones generales, el usuario confirma que dispone de todos los derechos, acuerdos, autorizaciones y licencias necesarios en relación con los vídeos que pone en línea. YouTube insta a sus usuarios, en las «Normas de la comunidad», a respetar los derechos de autor. Asimismo, en cada puesta en línea, se les informa de que no se puede publicar en la plataforma ningún vídeo que vulnere tales derechos.

21. YouTube ha establecido diversos dispositivos técnicos para hacer cesar las infracciones en su plataforma y prevenirlas. Cualquier persona puede notificarle la presencia de un vídeo ilícito por escrito, fax, correo electrónico o mediante un formulario web. Se ha creado un botón de notificación mediante el cual se pueden denunciar contenidos indecentes o que supongan una vulneración de derechos. Los titulares de derechos tienen también la posibilidad, a través de un procedimiento especial de alerta, de hacer que se eliminen de la plataforma, indicando las direcciones de Internet (URL) correspondientes, hasta diez vídeos identificados de forma concreta por objeción.

22. Además, YouTube ha establecido un programa de verificación de los contenidos (Content Verification Program). Este programa está disponible para las empresas inscritas a tal efecto, no para los meros particulares. Dicho programa ofrece a los titulares de derechos afectados diversas herramientas que les permiten controlar de forma más sencilla la utilización de sus obras en la plataforma. En particular, dichos titulares pueden marcar directamente en una lista de vídeos aquellos que, según ellos, vulneran sus derechos. Si se bloquea un vídeo debido a tal notificación por parte de un titular de derechos, se informa al usuario que lo haya puesto en línea del hecho de que su cuenta será bloqueada en caso de reincidencia. YouTube también pone a disposición de los titulares de derechos que participan en dicho programa un programa informático de reconocimiento de contenidos, «Content ID», desarrollado por Google, cuya finalidad es detectar automáticamente los vídeos que utilizan sus obras. A este respecto, según las indicaciones proporcionadas por Google, los titulares de los derechos deben proporcionar a YouTube archivos de referencia de audio o vídeo para identificar las obras en cuestión. Content ID crea «huellas digitales» a partir de esos archivos, que se conservan en una base de datos. «Content ID» escanea automáticamente cada vídeo puesto en línea en YouTube y lo compara con estas «huellas». En este contexto, este programa informático puede reconocer el vídeo y el audio, incluidas las melodías cuando se hayan reproducido o imitado. Cuando se detecta una correspondencia, se notifica automáticamente a los titulares de los derechos de que se trate. Estos últimos tienen la posibilidad de bloquear los vídeos en cuestión. Como alternativa, estos pueden decidir seguir la utilización de estos vídeos en YouTube mediante estadísticas de audiencia. También pueden decidir monetizar dichos vídeos insertando publicidad en ellos, o percibir una parte de los ingresos generados por la publicidad que se hubiera insertado previamente a petición de los usuarios que hayan puesto en línea esos mismos vídeos.

2. Recurso del Sr. Peterson

23. Los días 6 y 7 de noviembre de 2008, unos usuarios de YouTube publicaron en dicha plataforma piezas musicales del álbum *A Winter Symphony* de la artista Sarah Brightman, así como grabaciones de audio privadas realizadas durante los conciertos de su gira *Symphony Tour*, vinculadas a imágenes estáticas o animadas.

24. Mediante un escrito de 7 de noviembre de 2008, el Sr. Peterson, que invoca derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor sobre las piezas musicales y las grabaciones en cuestión,⁷ se dirigió a Google Germany GmbH y, en esencia, requirió a esta sociedad, así como a Google, para que retiraran los vídeos controvertidos so pena de sanciones. A tal fin, el Sr. Peterson proporcionó capturas de pantalla de estos vídeos. YouTube buscó de forma manual, gracias a dichas capturas de pantalla, las direcciones de Internet (URL) de los referidos vídeos y bloqueó el acceso a estos. Sin embargo, las partes del litigio principal discrepan sobre el alcance de estas medidas de bloqueo.

25. El 19 de noviembre de 2008, volvieron a aparecer en YouTube unas grabaciones de audio de conciertos de Sarah Brightman, vinculadas a imágenes estáticas y animadas.

26. Posteriormente, el Sr. Peterson interpuso, en concreto contra⁸ Google y YouTube, un recurso ante el Landgericht Hamburg (Tribunal Regional de lo Civil y Penal de Hamburgo, Alemania). En este contexto, el Sr. Peterson solicitó, en esencia, que se dictara un mandamiento judicial de cesación que prohibiera a dichas sociedades poner a disposición del público doce grabaciones de audio o interpretaciones extraídas del álbum *A Winter Symphony* y doce obras o interpretaciones extraídas de los conciertos de la *Symphony Tour* o, con carácter subsidiario, permitir a terceros hacerlo. El Sr. Peterson también solicitó que se le facilitaran datos sobre las actividades infractoras en cuestión y sobre el volumen de negocios o los beneficios obtenidos por YouTube gracias a dichas actividades. Además, solicitó que se declarara judicialmente, en particular, la obligación de esta sociedad de abonarle una indemnización por daños y perjuicios por la puesta a disposición del público de los vídeos controvertidos. Por último, el Sr. Peterson solicitó, con carácter subsidiario, que se le facilitara información sobre los usuarios que habían puesto en línea esos vídeos.

27. Mediante sentencia de 3 de septiembre de 2010, el Landgericht Hamburg (Tribunal Regional de lo Civil y Penal de Hamburgo) estimó el recurso en lo que atañe a tres piezas musicales y lo desestimó en todo lo demás. Tanto el Sr. Peterson como YouTube y Google interpusieron recursos de apelación contra esta resolución.

28. Mediante sentencia de 1 de julio de 2015, el Oberlandesgericht Hamburg (Tribunal Superior Regional de lo Civil y Penal de Hamburgo, Alemania) modificó parcialmente la sentencia dictada en primera instancia. Este órgano jurisdiccional prohibió a YouTube y a Google, so pena de multa coercitiva, dar la posibilidad a terceros de poner a disposición del público grabaciones de audio o interpretaciones de siete de las piezas musicales del álbum *A Winter Symphony*. Asimismo, dicho órgano jurisdiccional condenó a estas sociedades a proporcionar al Sr. Peterson diversa información relativa a los usuarios que habían puesto en línea los vídeos controvertidos. Este mismo órgano jurisdiccional desestimó el recurso del Sr. Peterson en todo lo demás.

⁷ Más concretamente, el Sr. Peterson invoca derechos propios como productor del álbum *A Winter Symphony*, así como derechos propios y derechos derivados de los de la artista respecto de la ejecución de las piezas musicales de este álbum realizados con su participación artística como productor y corista. Asimismo, respecto de las grabaciones de los conciertos de la *Symphony Tour* alega que es compositor y autor de las letras de varias piezas musicales de dicho álbum. Además, afirma que posee, como editor, derechos derivados de los de los autores respecto de varias de dichas piezas musicales.

⁸ Aunque el Sr. Peterson también había demandado a YouTube Inc. y a Google Germany, el órgano jurisdiccional remitente ha indicado que estas sociedades ya no son partes en el litigio principal.

29. El Sr. Peterson interpuso un recurso de casación ante el Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo de lo Civil y Penal). En estas circunstancias, mediante una resolución de 13 de septiembre de 2018, recibida por el Tribunal de Justicia el 6 de noviembre de 2018, este órgano jurisdiccional decidió suspender el procedimiento y sometió el asunto al Tribunal de Justicia.

B. Asunto C-683/18

1. Uploaded

30. Uploaded es una plataforma de alojamiento y de intercambio de archivos —comúnmente denominada «sharehoster» o «cyberlocker»— operada por Cyando. Esta plataforma, accesible a través de distintos sitios web, ofrece un espacio de almacenamiento que permite a cualquier persona alojar en línea, gratuitamente, archivos que pueden tener cualquier tipo de contenido. Para poder utilizar Uploaded, es necesario crear una cuenta —con un nombre de usuario y una contraseña, facilitando en particular una dirección de correo electrónico—. La puesta en línea de un archivo se produce automáticamente y sin previa visualización y control por parte de Cyando. Cada vez que un usuario sube un archivo, se genera automáticamente un hipervínculo que permite descargarlo, denominado «download link», y se comunica a dicho usuario. Uploaded no incluye un índice ni una función de búsqueda de los archivos alojados. No obstante, los usuarios pueden compartir libremente estos enlaces de descarga en Internet, por ejemplo, en blogs, foros o «colecciones de enlaces», es decir, sitios web que indexan estos enlaces, facilitan información relativa a los archivos a los que remiten dichos enlaces y permiten a los internautas buscar los archivos que desean descargar.

31. Siempre y cuando se disponga de una cuenta y de los enlaces adecuados, los archivos alojados en Uploaded pueden descargarse gratuitamente. No obstante, para los usuarios que dispongan de un simple acceso gratuito a la plataforma, las posibilidades de descarga son limitadas (en particular, en cuanto a la cantidad máxima de datos que pueden descargarse, a la velocidad de descarga, al número de descargas simultáneas, etc.). En cambio, los usuarios pueden optar por una suscripción de pago para disfrutar de un volumen de descarga diaria bastante más considerable, sin limitación de velocidad o de número de descargas simultáneas, y sin tiempo de espera entre descargas. Asimismo, Cyando estableció un programa de «colaboración» en cuyo marco paga a algunos usuarios que ponen en línea de los archivos en Uploaded una remuneración en función del número de descargas de los ficheros en cuestión.

32. Las condiciones generales de uso de Uploaded estipulan que esta plataforma no puede utilizarse para vulnerar derechos de autor. Dicho esto, se ha acreditado que, de hecho, dicha plataforma da lugar a usos legales, así como, «en gran medida»,⁹ a usos que vulneran los derechos de autor, de los que Cyando es consciente. A este respecto, se informó a Cyando de la presencia en sus servidores de más de 9 500 obras protegidas, puestas en línea sin la autorización previa de los titulares de los derechos, respecto de los cuales se habían compartido enlaces de descarga en aproximadamente 800 páginas web (colecciones de enlaces, blogs y foros), de los que tiene conocimiento.

⁹ La medida exacta es objeto de controversia entre las partes del litigio principal y no ha sido determinada por los órganos jurisdiccionales nacionales.

2. Recurso de Elsevier

33. De la resolución de remisión en el asunto C-683/18 se desprende que un cierto número de obras protegidas, cuyos derechos de explotación exclusivos ostenta Elsevier, estaban alojadas en la plataforma Uploaded y puestas a disposición del público, sin la autorización de dicha sociedad, mediante colecciones de enlaces, blogs y otros foros. En particular, basándose en búsquedas efectuadas del 11 al 13 de diciembre de 2013, esta sociedad notificó a Cyando, mediante dos cartas remitidas los días 10 y 17 de enero de 2014, que unos archivos que contenían tres de estas obras, a saber, *Gray's Anatomy for Students*, *Atlas of Human Anatomy* y *Campbell-Walsh Urology*, estaban almacenadas en sus servidores y podían consultarse libremente a través de las colecciones de enlaces rehabgate.com, avaxhome.ws y bookarchive.ws.

34. Elsevier interpuso un recurso, notificado el 17 de julio de 2014, contra Cyando ante el Landgericht München (Tribunal Regional de lo Civil y Penal de Múnich, Alemania). En este contexto, Elsevier solicitó, en particular, que se condenara a Cyando a cesar en su actuación, con carácter principal, como autora de infracciones de los derechos de autor cometidas en relación con las obras controvertidas, con carácter subsidiario, como colaboradora de dichas infracciones y, con carácter subsidiario de segundo grado, por su participación indirecta. Elsevier también solicitó que se condenara a Cyando a facilitarle cierta información. Asimismo, la primera sociedad solicitó a este órgano jurisdiccional que declarara que la segunda sociedad debía abonarle una indemnización por daños y perjuicios por esas mismas infracciones.

35. Mediante sentencia de 18 de marzo de 2016, el Landgericht München (Tribunal Regional de lo Civil y Penal de Múnich) condenó a Cyando a cesar en su actuación debido a su participación en las infracciones de los derechos de autor cometidas en relación con las tres obras mencionadas en las cartas de los días 10 y 17 de enero de 2014 y estimó las pretensiones formuladas con carácter subsidiario por Elsevier. Dicho órgano jurisdiccional desestimó el recurso en todo lo demás.

36. Tanto Elsevier como Cyando interpusieron recursos de apelación contra esta resolución. Mediante sentencia de 2 de marzo de 2017, el Oberlandesgericht München (Tribunal Superior Regional de lo Civil y Penal de Múnich, Alemania) modificó la sentencia dictada en primera instancia. Este órgano jurisdiccional condenó a Cyando a cesar en su actuación «indirecta» por lo que respecta a las infracciones relativas a las tres obras contempladas en las cartas de los días 10 y 17 de enero de 2014, de conformidad con la pretensión formulada con carácter subsidiario de segundo grado por Elsevier. El tribunal de apelación desestimó el recurso en todo lo demás.

37. Elsevier interpuso un recurso de casación ante el Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo de lo Civil y Penal). En estas condiciones, mediante una resolución de 20 de septiembre de 2018, recibida por el Tribunal de Justicia el 6 de noviembre de 2018, este órgano jurisdiccional decidió suspender el procedimiento y sometió el asunto al Tribunal de Justicia.

IV. Cuestiones prejudiciales y procedimiento ante el Tribunal de Justicia

38. En el asunto C-682/18, el Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo de lo Civil y Penal) planteó al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) ¿Lleva a cabo un acto de comunicación en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la [Directiva 2001/29] el operador de una plataforma de vídeo en internet donde los usuarios ponen a disposición del público vídeos con contenidos protegidos por derechos de autor sin el consentimiento del titular de los derechos, cuando:

- dicho operador obtiene ingresos publicitarios con la plataforma;
- [la puesta en línea de los vídeos] se produce automáticamente y sin previa visualización y control por parte del operador;
- con arreglo a las condiciones de uso, el operador obtiene una licencia mundial, no exclusiva y gratuita sobre los vídeos, válida durante todo el tiempo de alojamiento del vídeo;
- en las condiciones de uso y en el momento de la [puesta en línea del vídeo], el operador advierte de que no deben alojarse contenidos que vulneren derechos de autor;
- el operador proporciona recursos para que los titulares de derechos puedan intervenir a fin de que se bloqueen los vídeos que vulneren sus derechos;
- el operador efectúa en la plataforma un procesamiento de los resultados de búsqueda listados por orden de relevancia y por rúbricas de contenidos y ofrece a los usuarios registrados el resumen de una selección de vídeos recomendados, en función de los ya visualizados por ellos;

siempre que no tenga conocimiento concreto de la presencia de contenidos que vulneren derechos de autor y, si llega a tener dicho conocimiento, elimine inmediatamente los contenidos correspondientes o bloquee el acceso a ellos?

2) En caso de respuesta negativa a la primera cuestión:

¿Está comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 14, apartado 1, de la [Directiva 2000/31] la actividad del operador de una plataforma de vídeo en Internet en las circunstancias descritas en la primera cuestión?

3) En caso de respuesta afirmativa a la segunda cuestión:

¿Debe referirse el conocimiento efectivo de que la actividad o la información es ilícita, así como el conocimiento de hechos o circunstancias por los que la actividad o la información revele su carácter ilícito, con arreglo al artículo 14, apartado 1, de la [Directiva 2000/31], a actividades o informaciones ilícitas concretas?

4) En caso de respuesta afirmativa a la segunda cuestión, además:

¿Es compatible con el artículo 8, apartado 3, de la [Directiva 2001/29] que el titular de derechos solo pueda obtener un mandamiento judicial contra un prestador de servicios cuyo servicio consista en el almacenamiento de información proporcionada por los usuarios y haya sido utilizado por un usuario para vulnerar derechos de autor o derechos afines a los derechos de autor, cuando, tras haber denunciado una clara violación de sus derechos, se haya vuelto a producir otra violación del mismo tipo?

5) En caso de respuesta negativa a las cuestiones primera y segunda:

¿Debe considerarse infractor en el sentido de los artículos 11, primera frase, y 13 de la [Directiva 2004/48] el operador de una plataforma de vídeo en Internet en las circunstancias descritas en la primera cuestión?

6) En caso de respuesta afirmativa a la quinta cuestión:

¿Puede condicionarse la obligación de tal infractor a pagar la indemnización prevista en el artículo 13, apartado 1, de la [Directiva 2004/48] a que el infractor haya actuado dolosamente, tanto en relación con su propia infracción como en relación con la infracción del tercero, y a que supiera o hubiera debido saber razonablemente que los usuarios utilizan la plataforma para infracciones concretas?»

39. En el asunto C-683/18, este órgano jurisdiccional también planteó seis cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia, siendo las cuestiones segunda a sexta esencialmente idénticas a las planteadas en el asunto C-682/18. Únicamente difiere la primera cuestión, que se reproduce a continuación:

«1) a) ¿Lleva a cabo un acto de comunicación en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva [2001/29] el prestador de un servicio [de alojamiento y de intercambio de archivos] mediante el cual los usuarios ponen a disposición del público archivos con contenidos protegidos por derechos de autor sin el consentimiento del titular de los derechos, cuando:

- [la puesta en línea de un archivo] se produce automáticamente y sin previa visualización y control por parte del operador;
- en las condiciones de uso, el operador advierte de que no deben alojarse contenidos que vulneren derechos de autor;
- el operador obtiene ingresos con la prestación del servicio;
- el servicio se utiliza para fines lícitos, pero el operador es consciente de que también hay disponibles un número considerable de contenidos que vulneran derechos de autor (más de 9 500 obras);
- el operador no ofrece índices de contenidos ni funciones de búsqueda, pero los enlaces de descarga ilimitada que proporciona son utilizados por terceros en colecciones de enlaces de Internet que contienen información sobre el contenido de los archivos y que permiten la búsqueda de determinados contenidos;

- con el sistema de remuneración de descargas que ofrece, dependiente de la demanda, incentiva la subida de contenidos protegidos por derechos de autor que, de lo contrario, no estarían disponibles para los usuarios de forma gratuita,

y

- al ofrecer la posibilidad de subir archivos de forma anónima, se incrementa la probabilidad de que los usuarios no tengan que responder de sus infracciones de derechos de autor?

b) ¿Cambia la respuesta a esta cuestión si mediante el servicio de “sharehosting” se ofrecen contenidos que infringen derechos de autor en un porcentaje de entre el 90 % y el 96 % del total?»

40. Mediante resolución del Presidente del Tribunal de Justicia de 18 de diciembre de 2018, se ordenó la acumulación de los asuntos C-682/18 y C-683/18, habida cuenta de su conexión, a los efectos de las fases escrita y oral del procedimiento, así como de la sentencia.

41. El Sr. Peterson, Elsevier, Google, Cyando, los Gobiernos alemán, francés y finlandés, así como la Comisión Europea presentaron sus observaciones escritas ante el Tribunal de Justicia. Las mismas partes e interesados, exceptuando al Gobierno finlandés, estuvieron representados en la vista oral celebrada el 26 de noviembre de 2019.

V. Apreciación

42. Los presentes asuntos tienen como telón de fondo los servicios de la «web 2.0». Debo recordar que, a partir de mediados de la década del 2000, diversos cambios tecnológicos (que van desde el incremento del ancho de banda mundial a la democratización de las conexiones de alta velocidad) y sociales (ya sea una modificación de la actitud de los internautas en cuanto a la vida privada o la voluntad de compartir, de contribuir y de crear comunidades en línea) han supuesto el desarrollo en Internet de servicios dinámicos e interactivos, como los blogs, las redes sociales y las plataformas de intercambio, todos los cuales constituyen herramientas que permiten a sus usuarios compartir en línea contenidos de todo tipo, denominados así mediante el término «user-created content» o «user-generated content». Los prestadores de estos servicios reivindican el hecho de que permiten a los internautas abandonar el papel de consumidores pasivos de ocio, de opiniones y de información e implicarse de forma activa en la creación y el intercambio de estos contenidos en Internet. El efecto de red inherente al éxito de tales servicios ha permitido rápidamente a un pequeño número de estos prestadores pasar del estado de *start-up* al de empresa dominante.¹⁰

43. La plataforma YouTube, sobre la que versa el asunto C-682/18, es representativa en este sentido. Esta plataforma ofrece a sus usuarios (que, según Google, son más de 1 900 millones) la oportunidad de compartir en línea sus contenidos y, en particular, sus creaciones. Así pues, una multitud de vídeos se ponen en línea cada día en esta plataforma, entre los que se incluyen contenidos culturales y de entretenimiento, como composiciones musicales publicada por artistas emergentes que pueden encontrar un público amplio, contenidos informativos sobre temas tan diversos como la política, los deportes y la religión, o bien «tutoriales» que tienen como objetivo

¹⁰ Para más detalles, véase Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE): «Participative Web: User-Created Content», *Working Party on the Information Economy*, DSTI/ICCP/IE(2006)7/Final, 12 de abril de 2007.

permitir que cualquier persona aprenda a cocinar, a tocar la guitarra, a reparar una bicicleta, etc. No solo publican contenidos en YouTube los particulares, sino también organismos públicos y profesionales, incluidos medios de comunicación ya establecidos, como cadenas de televisión, o casas de discos. YouTube está organizada sobre la base de un modelo económico complejo, que incluye en particular la venta de espacios publicitarios en su plataforma.¹¹ Asimismo, YouTube ha establecido un sistema mediante el cual comparte un porcentaje de sus ingresos publicitarios con algunos de los usuarios que proporcionan los contenidos, lo que permite a estos últimos obtener ingresos de la plataforma.¹²

44. La plataforma Uploaded, a la que se refiere el asunto C-683/18, refleja una realidad sin duda relacionada, pero a la vez distinta. De manera general, un «cyberlocker» proporciona a sus usuarios un espacio de almacenamiento en línea que les permite, en particular, guardar «en la nube» todo tipo de archivos para poder acceder a ellos en cualquier momento, desde donde deseen y mediante cualquier tipo de dispositivo. Como «sharehoster», Uploaded también incorpora una función de intercambio de los archivos alojados. De este modo, los usuarios tienen la posibilidad de comunicar a terceros los «download links» generados para cada archivo puesto en línea. Según Cyando, esta función tiene por objeto permitir a cualquier persona realizar una transferencia sencilla de archivos voluminosos a los miembros de su familia, a sus amigos o también a socios comerciales. Además, gracias a esta función, los usuarios pueden compartir en Internet contenidos libres de derechos o sus propias obras. Los «cyberlockers» adoptan diferentes modelos comerciales. Por su parte, Uploaded obtiene sus ingresos de la venta de suscripciones que afectan en particular a la capacidad de descarga de los archivos alojados.

45. Si bien plataformas como YouTube y Uploaded pueden dar lugar de este modo a diversos usos lícitos, también se utilizan de manera ilegal. En particular, los vídeos compartidos en YouTube pueden contener obras protegidas y vulnerar los derechos de sus autores. Asimismo, un «sharehoster» como Uploaded, debido a su propia capacidad para almacenar y transferir archivos voluminosos, es una herramienta práctica para el intercambio ilícito de copias de obras, especialmente cinematográficas o musicales.

46. Los titulares de derechos como el Sr. Peterson y Elsevier, apoyados en el presente asunto por el Gobierno francés, presentan así una imagen negativa de las plataformas en cuestión y sus operadores. Según estos, al permitir, en el marco de estas plataformas, un suministro descentralizado e incontrolado de contenidos por parte de cualquier internauta, la actividad de estos operadores genera un riesgo considerable de vulneración de su derecho de autor. Este riesgo se multiplica habida cuenta del carácter ubicuo de los contenidos publicados en estas plataformas, que pueden ser consultados instantáneamente por un número indefinido de internautas en cualquier parte del mundo.¹³ Los titulares de derechos invocan también las dificultades que experimentan para demandar a los usuarios que cometen tales infracciones mediante las mismas plataformas, debido a su insolvencia, su anonimato o su ubicación.

¹¹ Como ha señalado el Gobierno alemán, YouTube recoge una cantidad considerable de datos personales sobre los internautas que visitan su plataforma, sobre la forma en que la utilizan, sobre sus preferencias en cuanto a los contenidos, etc., y lo hace, en particular, con el fin de adaptar la publicidad difundida en esta plataforma en función del usuario. Sin embargo, los interrogantes que plantea esta recogida generalizada de datos y el tratamiento que realiza de estos van más allá del objeto de las presentes conclusiones.

¹² Véase, para más detalles, Fontaine, G., Grece, C., y Jimenez Pumares, M.: «Online video sharing: Offerings, audiences, economic aspects», *European Audiovisual Observatory*, Estrasburgo, 2018.

¹³ Véase, por analogía, la sentencia de 13 de mayo de 2014, Google Spain y Google (C-131/12, EU:C:2014:317), apartado 80 y jurisprudencia citada.

47. Las alegaciones de los titulares de derechos no se limitan al riesgo de infracción generado por la actividad de operadores como YouTube o Cyando. Acusan de forma más general a estas operadoras —y particularmente a YouTube— de haber modificado profundamente, a su costa, la cadena de valor en la economía de la cultura. En esencia, los titulares de derechos afirman que dichas operadoras animan a los usuarios de sus plataformas a poner en línea contenidos atractivos, que, en la mayor parte de los casos, están protegidos por derechos de autor. Las mismas operadoras monetizan por su cuenta estos contenidos, en particular gracias a la publicidad (modelo «YouTube») o a las suscripciones (modelo «Cyando») y obtienen beneficios considerables, sin adquirir, no obstante, licencias de los titulares de los derechos ni, por tanto, abonarles una remuneración. Así pues, las operadoras de plataformas acaparan la mayor parte del valor generado por dichos contenidos, en detrimento de los titulares de los derechos —se trata en este caso del argumento del *value gap* (brecha de valor), debatido en el contexto de la adopción de la Directiva 2019/790—. Además, las plataformas como YouTube limitan la posibilidad de que los titulares de los derechos realicen una explotación normal de sus obras. En efecto, según afirman, estas plataformas hacen competencia desleal a los medios de comunicación tradicionales (cadenas de radio y televisión, etc.) y a los proveedores de contenidos digitales (Spotify, Netflix, etc.), que, por su parte, adquieren los contenidos que difunden a los titulares de derechos a cambio de una remuneración, y que, debido a esta competencia desleal, están dispuestos a abonarles una remuneración menor con el fin de seguir siendo competitivos.¹⁴ Así pues, para conseguir el elevado nivel de protección de su propiedad intelectual que el Derecho de la Unión pretende garantizarles y una remuneración adecuada por la utilización de sus obras,¹⁵ consideran que los titulares de derechos deben poder dirigirse a las propias operadoras de las plataformas.

48. En este punto, es preciso recordar que el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29 prevé que los autores tienen 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 Este derecho exclusivo se vulnera cuando un tercero comunica al público una obra protegida sin autorización previa de su autor,¹⁷ salvo que dicha comunicación esté comprendida en una de las excepciones y limitaciones previstas de forma exhaustiva en el artículo 5 de esta Directiva.¹⁸

49. Pues bien, los titulares de los derechos consideran que las operadoras como YouTube y Cyando realizan (conjuntamente con sus usuarios) la «comunicación al público» de las obras que estos últimos ponen en línea. En consecuencia, consideran que estas operadoras deben verificar,

¹⁴ Véanse, para más detalles, Federación Internacional de la Industria Fonográfica: «Rewarding creativity: Fixing the value gap», *Global music report 2017*, y 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. 278-287.

¹⁵ Véanse los considerandos 4, 9 y 10 de la Directiva 2001/29.

¹⁶ Utilizaré el término «comunicación al público» para designar, de manera general, los actos de comunicación al público en sentido estricto y los actos de puesta a disposición del público. Me referiré más concretamente a una u otra de estas categorías cuando sea necesario. Por lo demás, el artículo 3 de la Directiva 2001/29 también reconoce, en su apartado 2, letras a) y b), un derecho de puesta a disposición del público —pero no el derecho de comunicación al público en sentido estricto— como derecho afín al derecho de autor, respectivamente, a los artistas, intérpretes o ejecutantes, en lo referente a las fijaciones de sus actuaciones, y a los productores de fonogramas, sobre sus fonogramas. Esta disposición es igualmente pertinente en el asunto C-682/18 en la medida en que el Sr. Peterson dispone, por lo que se refiere a algunos de los fonogramas puestos en línea sin su autorización, de derechos afines como artista, intérprete o ejecutante y/o productor (véase la nota 7 de las presentes conclusiones). Dicho esto, dado que los asuntos principales se refieren, como explicaré a continuación, a actos de «puesta a disposición del público» y este concepto tiene el mismo significado en el apartado 1 y en el apartado 2 de este artículo 3, me limitaré, por comodidad, a mencionar el derecho de autor contemplado en el primer apartado, si bien mi análisis es aplicable a los derechos afines que figuran en el segundo apartado.

¹⁷ O, de forma más general, del titular del derecho de autor sobre la obra de que se trata, que no es necesariamente el autor. Utilizo los conceptos de «autor» y de «titular de derechos» de forma intercambiable en las presentes conclusiones.

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

respecto del conjunto de los archivos que estos usuarios pretenden compartir, de forma previa a su puesta en línea, si contienen obras protegidas, determinar los derechos existentes sobre estas y obtener ellas mismas, generalmente a cambio de una remuneración, una licencia de los titulares de tales derechos o, en su defecto, impedir dicha puesta en línea. Afirman que, cada vez que dichas operadoras incumplan estas obligaciones y que, en consecuencia, se publiquen obras de manera ilícita desde sus plataformas, estas son *directamente responsables* con arreglo al artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29. En este sentido, de conformidad con el artículo 13 de la Directiva 2004/48, estas mismas operadoras deben abonar a los titulares de los derechos afectados una indemnización por daños y perjuicios.

50. YouTube y Cyando, apoyadas en el presente asunto por el Gobierno finlandés y la Comisión, replican que únicamente son *intermediarias* que facilitan las herramientas que permiten a los usuarios de sus plataformas comunicar obras al público. Por lo tanto, no son estas operadoras, sino dichos usuarios, quienes realizan la «comunicación al público», en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29, cuando comparten en línea desde tales plataformas archivos que contienen obras protegidas. A su entender, por consiguiente, estos mismos usuarios son directamente responsables en caso de «comunicación» ilícita. En todo caso, dichas operadoras consideran que pueden acogerse al artículo 14, apartado 1, de la Directiva 2000/31. Esta disposición las exime de toda responsabilidad que pueda derivarse de los archivos ilícitos que almacenan a petición de los usuarios de sus plataformas, siempre y cuando, en esencia, no tengan conocimiento de ello o, en su caso, los hayan eliminado sin demora. Además, con arreglo al artículo 15, apartado 1, de esta Directiva, no se puede imponer a estas mismas operadoras la obligación general de supervisar los archivos que almacenan o realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas. YouTube y Cyando consideran, por tanto, que, de conformidad con estas disposiciones, no están obligadas a controlar la totalidad de los archivos facilitados por los usuarios de sus plataformas de forma previa a su puesta en línea, sino, esencialmente, a ser lo suficientemente reactivas ante las notificaciones de los titulares de derechos por las que se comunique la ilegalidad de algunos de ellos.

51. En este contexto, las *primeras cuestiones* planteadas por el Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo de lo Civil y Penal) tienen por objeto determinar si la actividad de operadoras de plataformas como YouTube y Cyando está comprendida en el concepto de «comunicación al público», en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29. Las *segundas cuestiones* de este órgano jurisdiccional pretenden determinar si estas operadoras pueden acogerse a la exención de responsabilidad prevista en el artículo 14, apartado 1, de la Directiva 2000/31 respecto de los archivos que almacenan a petición de sus usuarios. Estas cuestiones están estrechamente relacionadas. En efecto, mediante las Directivas 2000/31 y 2001/29, el legislador de la Unión pretendía garantizar el establecimiento de un marco normativo claro relativo a la cuestión de la responsabilidad de los prestadores de servicios intermediarios por infracciones de los derechos de autor a escala de la Unión.¹⁹ Por consiguiente, el artículo 3, apartado 1, de la primera Directiva y el artículo 14, apartado 1, de la segunda deben interpretarse de manera coherente.²⁰

¹⁹ Véanse el considerando 50 de la Directiva 2000/31 y el considerando 16 de la Directiva 2001/29.

²⁰ Se trata en particular de evitar, en la medida de lo posible, una situación en la que un prestador de servicios sea responsable con arreglo al artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29, a la vez que se encuentra exento de esta responsabilidad en virtud del artículo 14, apartado 1, de la Directiva 2000/31. Véanse, para más detalles, los puntos 137 a 139 de las presentes conclusiones.

52. En las secciones A y B de estas conclusiones, examinaré respectivamente cada una de estas dos disposiciones.²¹

A. Sobre el concepto de «comunicación al público», en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29 (primeras cuestiones prejudiciales)

53. Mediante sus primeras cuestiones prejudiciales, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el operador de una plataforma de intercambio de vídeos y el operador de una plataforma de alojamiento y de intercambio de archivos realizan un acto de «comunicación al público», en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29, cuando un usuario de sus plataformas pone en línea en estas una obra protegida.

54. Según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el concepto de «comunicación al público» establecido en el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29 es un concepto autónomo del Derecho de la Unión, cuyo sentido y alcance deben determinarse a la luz del tenor literal de esta disposición, del contexto en el que se incluye y de los objetivos que persigue esta Directiva.²² Asimismo, este concepto debe interpretarse, en la medida de lo posible, a la luz de los conceptos equivalentes que contienen las normas del Derecho internacional que vinculan a la Unión.²³

55. De conformidad con esta jurisprudencia, el concepto de «comunicación al público» asocia dos requisitos cumulativos: un acto de «comunicación» de una obra y un «público».²⁴

56. A este respecto, por una parte, el concepto de «comunicación» se refiere, como precisa el considerando 23 de la Directiva 2001/29, a toda *transmisión* (o retransmisión) de una obra a un público no presente en el lugar en el que se origina la comunicación, con independencia de cuál sea el procedimiento técnico utilizado.²⁵ Dicho de otro modo, una persona realiza un acto de «comunicación» cuando transmite y hace de este modo perceptible una obra²⁶ a distancia.²⁷ El ejemplo típico de tal transmisión es, como indica este considerando, la radiodifusión de una obra, mientras que el término «retransmisión» tiene por objeto, en particular, la retransmisión simultánea, por cable, satélite o bien por Internet, de una emisión radiodifundida.

²¹ En las presentes conclusiones no abordaré la cuestión de las copias generadas por la puesta en línea de una obra en plataformas como YouTube o Uploaded y por su consulta o su descarga por el público. En efecto, esta cuestión se enmarca en la interpretación del derecho de reproducción previsto en el artículo 2 de la Directiva 2001/29, así como en las excepciones y limitaciones de este derecho establecidas en el artículo 5 de esta Directiva, sobre las que no se ha consultado al Tribunal de Justicia. Por lo demás, a excepción de Cyando, que invocó la excepción de copia privada prevista en el artículo 5, apartado 2, letra b), de la misma Directiva, esta problemática no se ha debatido ante el Tribunal de Justicia.

²² Véase, en particular, la sentencia de 7 de agosto de 2018, Renckhoff (C-161/17, EU:C:2018:634), apartado 17 y jurisprudencia citada.

²³ Véase, en particular, la sentencia de 2 de abril de 2020, Stim y SAMI (C-753/18, EU:C:2020:268), apartado 29 y jurisprudencia citada. En particular, el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29 debe interpretarse a la luz del artículo 8 del Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) sobre derechos de autor, firmado el 20 de diciembre de 1996 en Ginebra y aprobado en nombre de la Unión Europea mediante la Decisión 2000/278/CE del Consejo, de 16 de marzo de 2000 (DO 2000, L 89, p. 6) (en lo sucesivo, «TDA»), que la primera disposición está destinada a aplicar (véase el considerando 15 de la Directiva 2001/29).

²⁴ Véase, en particular, la sentencia de 19 de diciembre de 2019, Nederlands Uitgeversverbond y Groep Algemene Uitgevers (C-263/18, EU:C:2019:1111), apartado 61 y jurisprudencia citada.

²⁵ Véase, en particular, la sentencia de 19 de diciembre de 2019, Nederlands Uitgeversverbond y Groep Algemene Uitgevers (C-263/18, EU:C:2019:1111), apartados 49 y 62, y jurisprudencia citada.

²⁶ Más concretamente, se trata de dar a los destinatarios la posibilidad de percibir, de cualquier forma adecuada (auditivamente para un fonograma, etc.), todos o parte de los elementos que componen la obra y que son la expresión de la creación intelectual única de su autor. Véase, por analogía, la sentencia de 16 de julio de 2009, Infopaq International (C-5/08, EU:C:2009:465), apartado 47.

²⁷ Las formas «tradicionales» de comunicación al público que constituyen las representaciones y ejecuciones directas, por ejemplo, los espectáculos en vivo realizados ante un público que se encuentra en contacto físico con el ejecutante de las obras, no están comprendidas en el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29. Véase, en particular, la sentencia de 24 de noviembre de 2011, Circul Globus București (C-283/10, EU:C:2011:772), apartados 35 a 41.

57. Asimismo, el concepto de «comunicación» incluye, como he señalado en el punto 48 de las presentes conclusiones, el de la «puesta a disposición». Esta última categoría se refiere, como precisan el considerando 25 y el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29, a las *transmisiones interactivas a la carta*, caracterizadas por el hecho de que cualquier persona puede tener acceso a la obra desde el lugar y en el momento que elija. El concepto de «puesta a disposición» abarca por tanto el hecho de que una persona dé a un «público» la posibilidad de que se le transmita una obra en estas condiciones, habitualmente poniéndola en línea en un sitio web.²⁸

58. Por otra parte, el concepto de «público» se refiere a un número «indeterminado» y «considerable» de personas. Por lo tanto, este concepto se refiere a personas en general, en contraposición a personas determinadas pertenecientes a un grupo privado, y supone un cierto umbral *de minimis*.²⁹

59. En el presente asunto, habida cuenta de lo que antecede, es innegable que, cuando se comparte en línea una obra protegida desde una plataforma como YouTube o Uploaded, esta obra es «puesta a disposición del público», en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29.

60. En efecto, cuando se publica en YouTube un vídeo que contiene una obra protegida, cualquiera puede consultarla en *streaming* desde dicha plataforma, desde el lugar y en el momento que elija. Lo mismo sucede cuando se aloja en Uploaded un archivo que contiene una obra y el «download link» referido a este se comparte libremente en Internet (en colecciones de enlaces, en blogs o bien en foros).³⁰ En ambos casos, la obra se pone a la disposición de un «público»³¹ con independencia del hecho de que su consulta o su descarga se produzca a petición de personas individuales en el marco de una transmisión «uno a uno». En efecto, es preciso tener en cuenta a este respecto el número de personas que pueden tener acceso a dicha obra de forma simultánea, así como sucesivamente.³² En el supuesto mencionado, la obra puede ser consultada o descargada, según corresponda, por el conjunto de los visitantes, actuales y potenciales, de YouTube o del sitio web en el que se haya compartido este enlace —esto es, manifiestamente, un número «indeterminado» y «considerable» de personas—.³³

²⁸ Véase la sentencia de 19 de diciembre de 2019, Nederlands Uitgeversverbond y Groep Algemene Uitgevers (C-263/18, EU:C:2019:1111), apartados 41 a 44 y 63.

²⁹ Véase, en particular, la sentencia de 19 de diciembre de 2019, Nederlands Uitgeversverbond y Groep Algemene Uitgevers (C-263/18, EU:C:2019:1111), apartado 66 y jurisprudencia citada.

³⁰ El hecho de que la consulta de una obra desde una plataforma como YouTube se realice en *streaming* y de que, por tanto, no resulte de ello una copia permanente para el miembro del público de que se trate es irrelevante a los efectos del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29 (véase en particular Walter, M. M., y von Lewinski, S.: *European Copyright Law — A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2010 p. 983). Además, el hecho de que una obra pueda descargarse desde Uploaded y de que de este modo los miembros del público puedan, por contra, obtener tal copia no excluye la aplicación de esta disposición en favor del derecho de distribución previsto en el artículo 4, apartado 1, de esta Directiva [véase la sentencia de 19 de diciembre de 2019, Nederlands Uitgeversverbond y Groep Algemene Uitgevers (C-263/18, EU:C:2019:1111), apartados 40 a 45 y 51].

³¹ En cambio, no se produce «puesta a disposición del público» cuando un usuario pone en línea una obra en YouTube, tanto si la deja en modo «privado» como si, en su caso, la comparte únicamente con su familia o sus amigos. Lo mismo sucede cuando un usuario de Uploaded pone en línea en dicho servicio una obra y no comparte su «download link», o lo comparte únicamente con dichas personas. En efecto, en este caso no se trata de un «público», sino de un grupo privado (véase el punto 58 de las presentes conclusiones).

³² Véase, en particular, la sentencia de 19 de diciembre de 2019, Nederlands Uitgeversverbond y Groep Algemene Uitgevers (C-263/18, EU:C:2019:1111), apartados 44, 67 y 68, y jurisprudencia citada.

³³ Véase, por analogía, la sentencia de 7 de agosto de 2018, Renckhoff (C-161/17, EU:C:2018:634), apartado 45. Huelga decir que, tanto en un caso como en el otro, el «público» no se encuentra presente en el lugar donde se origina la comunicación. Por otro lado, es irrelevante si este «público» consulta o descarga efectivamente la obra. En efecto, la cuestión fundamental es la puesta a disposición del público de la obra, es decir la oferta de una obra en un lugar de acceso público [véase, en particular, la sentencia de 19 de diciembre de 2019, Nederlands Uitgeversverbond y Groep Algemene Uitgevers (C-263/18, EU:C:2019:1111), apartados 63 y 64].

61. Por consiguiente, cuando un tercero publica en Internet una obra protegida desde una plataforma como YouTube o Uploaded, sin autorización previa del autor, y esta publicación no está comprendida en las excepciones y limitaciones previstas en el artículo 5 de la Directiva 2001/29, de ello se deriva una vulneración del derecho exclusivo de «comunicación al público» que el artículo 3, apartado 1, de esta Directiva reconoce al autor.

62. Dicho esto, la cuestión radica en saber quién, ya sea el usuario que pone en línea la obra de que se trate, el operador de la plataforma o estas dos personas conjuntamente, realiza esta «comunicación» y debe cargar con la potencial responsabilidad.

63. En este punto, hay que precisar que, sobre esta cuestión, el Sr. Peterson y Elsevier han presentado una argumentación que bebe de diferentes lógicas. Según estas partes, las operadoras de plataformas como YouTube y Cyando son responsables a tenor del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29 debido a que, en primer lugar, a su entender, *se implican activamente* en la «comunicación al público» de las obras puestas en líneas por los usuarios de sus plataformas, de manera que realizan ellas mismas esta «comunicación», en segundo lugar, a que tienen *conocimiento* del hecho de que estos usuarios comparten obras protegidas de manera ilícita y a que, además, les *incitan deliberadamente* a hacerlo y, por último, a que incurren en *negligencia* a este respecto, al no respetar determinadas obligaciones de diligencia que se les imponen como contrapartida por el riesgo de infracción que genera su actividad.³⁴

64. En mi opinión, esta argumentación confunde dos problemáticas. Por un lado, en el caso de que las operadoras como YouTube y Cyando lleven a cabo la «comunicación al público» de las obras que los usuarios de sus plataformas ponen en línea, estas operadoras asumirían potencialmente una responsabilidad directa (o «principal») con arreglo al artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29. Averiguar si esto es cierto constituye una cuestión objetiva, que excluye consideraciones como el conocimiento o la negligencia. En efecto, la respuesta a esta pregunta depende, en principio, únicamente de si efectúan los actos de «comunicación» y si dichos actos se realizan sin autorización de los autores de las obras de que se trata. En la sección 1, expondré, siguiendo este marco de análisis, y examinando únicamente los argumentos pertinentes, las razones por las que, en principio, únicamente los usuarios que ponen en línea obras protegidas realizan la «comunicación al público» de dichas obras. Por lo tanto, la responsabilidad principal que puede resultar de esta «comunicación» recae, por norma general, únicamente en dichos usuarios.

65. Por otro lado, la cuestión de si las operadoras como YouTube y Cyando son responsables de las vulneraciones del derecho de autor cometidas por los usuarios de sus plataformas debido a que, por ejemplo, dichas operadoras tenían conocimiento de estas y omitieron actuar, a que incitaron a dichos usuarios a cometer tales vulneraciones o bien a que fueron negligentes a este respecto no está comprendida, a mi entender, en el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29. Como explicaré en la sección 2, si bien en las sentencias GS Media,³⁵ Stichting Brein I («Filmspeler»)³⁶ y Stichting Brein II («The Pirate Bay»),³⁷ el Tribunal de Justicia parece haber interpretado esta disposición en el sentido de que puede abarcar la responsabilidad por los actos de terceros (denominada «accesoria», «subsidiaria», «secundaria» o bien «indirecta»), por mi parte considero que, en realidad, esta responsabilidad no está armonizada en el Derecho de la Unión. En consecuencia, se rige por las normas en materia de responsabilidad civil previstas en el

³⁴ Véanse los puntos 46 y 47 de las presentes conclusiones.

³⁵ Sentencia de 8 de septiembre de 2016 (C-160/15, en lo sucesivo, «sentencia GS Media», EU:C:2016:644).

³⁶ Sentencia de 26 de abril de 2017 [C-527/15, en lo sucesivo, «sentencia Stichting Brein I (“filmspeler”)», EU:C:2017:300].

³⁷ Sentencia de 14 de junio de 2017 [C-610/15, en lo sucesivo, «sentencia Stichting Brein II (“The Pirate Bay”)», EU:C:2017:456].

Derecho de los Estados miembros. Con carácter subsidiario, examinaré, en la sección 3 la actividad de dichas operadoras a la luz del marco de análisis resultante de estas sentencias y de los argumentos referidos a estas.

1. Sobre el hecho de que las operadoras de plataformas como YouTube y Cyando no realizan, en principio, actos de «comunicación al público»

66. Como he explicado en los puntos 55 a 58 de las presentes conclusiones, un acto de «comunicación al público», en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29, corresponde a la transmisión de una obra protegida a un público. En este marco, un acto de «puesta a disposición» consiste en ofrecer a los miembros del público la posibilidad de tal transmisión, que puede realizarse a petición de estos, desde el lugar y en el momento que elijan individualmente.

67. Dicho esto, toda transmisión de una obra a un público necesita, por lo general, de una cadena de intervenciones efectuadas por diversas personas, implicadas en diferentes sentidos y distintos grados en esa transmisión. Por ejemplo, la posibilidad de que los telespectadores visionen una obra radiodifundida en sus televisiones es el resultado de los esfuerzos combinados, en particular, de un organismo de radiodifusión, de uno o varios difusores, del operador de la red hertziana, así como de las personas que han proporcionado las antenas y los televisores a esos telespectadores.

68. No todas estas intervenciones pueden considerarse como actos de «comunicación al público», en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29. En caso contrario, cualquier eslabón de la cadena, con independencia de la naturaleza de su actividad, sería responsable frente a los autores. Con el fin de evitar el riesgo de tal interpretación extensiva, el legislador de la Unión precisó, en el considerando 27 de esta Directiva, que la «mera puesta a disposición de las instalaciones materiales necesarias para facilitar o efectuar una comunicación no equivale en sí misma a una comunicación en el sentido de [esta Directiva]». ³⁸

69. Por lo tanto, procede distinguir, dentro de la cadena de intervenciones inherente a toda transmisión de una obra a un público, a la persona ³⁹ que realiza el acto de «comunicación al público», en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29, y a los prestadores que, al poner a disposición las «instalaciones materiales» que permiten la realización de dicha transmisión, actúan como *intermediarios* entre esta persona y el público. ⁴⁰

70. En el presente asunto, opino, al igual que Google, Cyando, el Gobierno finlandés y la Comisión, que el papel que desempeñan las operadoras como YouTube y Cyando en la «comunicación al público» de las obras puestas en línea por los usuarios de sus plataformas es, en principio, el de tal *intermediario*. La objeción del Sr. Peterson, de Elsevier, así como de los Gobiernos alemán y francés, según la cual estas operadoras van más allá de este papel refleja, en mi opinión, una incorrecta comprensión de lo que distingue una «mera puesta a disposición de las instalaciones materiales» de un acto de «comunicación».

³⁸ Este considerando reproduce la declaración concertada relativa al artículo 8 del TDA adoptada por la Conferencia Diplomática el 20 de diciembre de 1996.

³⁹ Puede tratarse de una o varias personas. Utilizaré el singular por comodidad.

⁴⁰ El artículo 8, apartado 3, de la Directiva 2001/29 sigue esta lógica cuando se refiere a la posibilidad de que los titulares de los derechos obtengan medidas cautelares contra los «intermediarios a cuyos servicios recurra un tercero para infringir un derecho de autor o un derecho afín a los derechos de autor». Véase también el considerando 59 de esta Directiva.

71. Debo recordar que los principios que rigen esta distinción fueron establecidos desde la primera resolución dictada por el Tribunal de Justicia acerca del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29, a saber, la sentencia SGAE.⁴¹ En esta sentencia, el Tribunal de Justicia declaró que el hecho de que un hotelero captara una emisión radiodifundida y la distribuyera, mediante televisores, a los clientes instalados en las habitaciones de su establecimiento constituye un acto de «comunicación al público» de las obras contenidas en dicha emisión. Si bien la instalación de estos televisores en las habitaciones constituía, en sí misma, una «puesta a disposición de instalaciones materiales», la intervención del hotelero no se limitaba a esa puesta a disposición. En efecto, al distribuir la emisión radiodifundida a dichos televisores, el hotelero transmitía voluntariamente⁴² las obras que esta contenía a sus clientes —que no solo constituían un «público», sino también un «público nuevo», es decir, personas que los autores de dichas obras no habían tenido en cuenta cuando autorizaron su radiodifusión—⁴³ que, aun cuando se encontraran dentro de la zona de recepción de la emisión, en principio no podrían disfrutar de dichas obras sin su intervención.⁴⁴

72. De esta sentencia se desprende que, cuando se transmite una obra a un público, la persona que realiza el acto de «comunicación» —en contraposición con los prestadores que «ponen a disposición las instalaciones materiales»— es aquella que interviene voluntariamente para transmitir esa obra a un público de tal forma que, en ausencia de su intervención, dicho público no podría disfrutarla. Al actuar así, esta persona desempeña —citando el concepto consagrado por el Tribunal de Justicia en su jurisprudencia posterior— un «papel ineludible»⁴⁵ en esta transmisión.

73. Esta explicación podría malinterpretarse. En términos absolutos, cualquier intermediario desempeña un papel importante, o incluso esencial, en tal transmisión, dado que es uno de los eslabones de la cadena que permiten su realización. Sin embargo, el papel que desempeña la persona en cuestión es más fundamental. Su papel es «ineludible» desde el momento en que es ella quien decide transmitir una obra determinada a un público y quien inicia activamente dicha «comunicación».

74. Por el contrario, los prestadores de servicios intermediarios a cuyos servicios se recurre para permitir o llevar a cabo una «comunicación» no deciden, por propia iniciativa, transmitir obras a un público. Siguen, a este respecto, las instrucciones dadas por los usuarios de sus servicios. Estos últimos deciden transmitir contenidos determinados e inician activamente su «comunicación», al facilitar estos contenidos a los intermediarios y al situarlos, de esta manera, en un proceso que

⁴¹ Sentencia de 7 de diciembre de 2006 (C-306/05, EU:C:2006:764).

⁴² El Tribunal de Justicia indicó, más concretamente, que el establecimiento hotelero intervenía «con pleno conocimiento de las consecuencias de su comportamiento» [véase la sentencia de 7 de diciembre de 2006, SGAE (C-306/05, EU:C:2006:764, apartado 42)]. En mi opinión, esta expresión es sinónima de intervención voluntaria (véase el punto 100 de las presentes conclusiones).

⁴³ En efecto, según el Tribunal de Justicia, se presume que cuando los autores autorizan la radiodifusión de sus obras solo tienen en cuenta a los propietarios de aparatos de televisión que captan la emisión individualmente o en un ámbito privado o familiar. Véase la sentencia de 7 de diciembre de 2006, SGAE (C-306/05, EU:C:2006:764), apartado 41.

⁴⁴ Véase la sentencia de 7 de diciembre de 2006, SGAE (C-306/05, EU:C:2006:764), apartados 36 a 44. El Tribunal de Justicia ha seguido el mismo razonamiento en contextos similares. Véanse, en particular, las sentencias de 4 de octubre de 2011, Football Association Premier League y otros (C-403/08 y C-429/08, EU:C:2011:631), apartados 183 a 207; de 27 de febrero de 2014, OSA (C-351/12, EU:C:2014:110), apartados 22 a 36, y de 31 de mayo de 2016, Reha Training (C-117/15, EU:C:2016:379), apartados 35 a 65.

⁴⁵ Véase, en particular, la sentencia de 31 de mayo de 2016, Reha Training (C-117/15, EU:C:2016:379), apartado 46. En algunas sentencias, este razonamiento se traduce en dos criterios: el «papel ineludible» que desempeña la persona que lleva a cabo el acto de comunicación y el «carácter deliberado de su intervención» [véase, en particular, la sentencia Stichting Brein II (“The Pirate Bay”), apartado 26]. Como explicaré más adelante, en realidad, estos criterios están inextricablemente ligados (véase la nota 88 de las presentes conclusiones).

implica su transmisión a un «público».⁴⁶ Por lo tanto, son estos usuarios, en principio, quienes desempeñan, por sí solos, el «papel ineludible» previsto por el Tribunal de Justicia y realizan los actos de «comunicación al público». Sin su intervención, los intermediarios no tendrían nada que transmitir y el «público» no podría disfrutar de las obras en cuestión.⁴⁷

75. En cambio, un prestador de servicios va más allá del papel de intermediario cuando *interviene activamente en la «comunicación al público»* de las obras.⁴⁸ Así sucede, por una parte, si este prestador selecciona el contenido transmitido, lo determina de cualquier otro modo o bien lo presenta a los ojos del público de tal manera que parece suyo.⁴⁹ En estas situaciones, dicho prestador realiza la «comunicación», conjuntamente con el tercero que haya facilitado inicialmente el contenido.⁵⁰ Es así, por otra parte, si este mismo prestador realiza, por propia iniciativa, una utilización posterior de dicha «comunicación», al retransmitirla a un «nuevo público» o según un «medio técnico específico».⁵¹ En todos estos supuestos, el prestador de

⁴⁶ Véanse las notas que acompañan a la propuesta del TDA, n.º 10.10, que explican que, en materia de «puesta a disposición», la cuestión determinante es *el acto inicial de puesta a disposición*, no el hecho de proporcionar un espacio de almacenamiento o un servicio de comunicación electrónica. Véase también Koo, J.: *The Right of Communication to the Public in EU Copyright Law*, Oxford, Hart publishing, 2019, pp. 161-162.

⁴⁷ Por ejemplo, en materia de radiodifusión, realiza la «comunicación al público» el organismo de radiodifusión que decide las obras que se transmiten y que inicia activamente su «comunicación», al introducirlas en el proceso técnico que permite su transmisión al «público» [véanse, en este sentido, las conclusiones del Abogado General Szpunar presentadas en el asunto Stim y SAMI (C-753/18, EU:C:2020:4), punto 23, y el artículo 1, apartado 2, letra a), de la Directiva 93/83/CEE del Consejo, de 27 de septiembre de 1993, sobre coordinación de determinadas disposiciones relativas a los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la radiodifusión vía satélite y de la distribución por cable (DO 1993, L 248, p. 15)]. En cambio, los difusores, que siguen las instrucciones de este organismo, realizan una «mera puesta a disposición de las instalaciones materiales».

⁴⁸ Véanse, en este sentido, las conclusiones del Abogado General Szpunar presentadas en el asunto Stim y SAMI (C-753/18, EU:C:2020:4), puntos 32 a 37.

⁴⁹ Véase, en Alemania, la jurisprudencia del Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo de lo Civil y Penal), en materia del Derecho de los medios de comunicación, según la cual un prestador adopta la afirmación de un tercero cuando se identifica con dicha afirmación y la integra en su propia línea de pensamiento de tal manera que parece ser suya [véase en concreto Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo de lo Civil y Penal), 17 de diciembre de 2013, VI ZR 211/12, § 19]. Este enfoque se contempla en materia de propiedad intelectual [véase Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo de lo Civil y Penal), 30 de abril de 2008, I ZR 73/05].

⁵⁰ Véase, por analogía, en el Reino Unido, el artículo 6, apartado 3, de la Copyright, Designs and Patents Act (Ley de Derecho de Autor, Dibujos, Modelos y Patentes, de 1988), que señala, en materia de radiodifusión, que la persona o personas que efectúen el acto de «comunicación al público» son «(a) [...] the person transmitting the programme, *if he has responsibility to any extent for its contents*, and (b) [...] any person *providing the programme* who makes with the person transmitting it the arrangements necessary for its transmission».

⁵¹ Véase la sentencia de 7 de marzo de 2013, ITV Broadcasting y otros (C-607/11, EU:C:2013:147). En esa sentencia, el Tribunal de Justicia declaró que el hecho de que un organismo captara una emisión televisiva y la retransmitiera simultáneamente, sin cambios y de forma íntegra en *live streaming* en Internet constituye una utilización posterior de esta emisión que equivale a un acto autónomo de «comunicación al público», debido a que dicha retransmisión utilizaba un «medio técnico específico», diferente de la radiodifusión.

servicios no se limita a «poner a disposición las instalaciones materiales», en el sentido del considerando 27 de la Directiva 2001/29. En realidad, desempeña un «papel ineludible»⁵² dado que voluntariamente decide comunicar una obra determinada a un público.⁵³

76. De las consideraciones precedentes se desprende que, contrariamente a lo que defienden el Sr. Peterson y el Gobierno alemán, el mero hecho de que las plataformas como YouTube o Uploaded permitan al público acceder a obras protegidas no supone que sus operadoras lleven a cabo la «comunicación al público» de dichas obras, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29.⁵⁴

77. En efecto, *en primer lugar*, como alegan Google y el Gobierno finlandés, en la medida en que las obras en cuestión fueron puestas en línea por los usuarios de estas plataformas,⁵⁵ estos últimos desempeñan un «papel ineludible» en su puesta a disposición del público. Estos usuarios decidieron comunicar dichas obras al público mediante las referidas plataformas, eligiendo la opción adecuada en el supuesto de YouTube, y compartiendo los «download links» correspondientes en Internet, en el caso de Uploaded.⁵⁶ Sin su intervención, las operadoras de estas mismas plataformas no tendrían nada que transmitir y el público no podría disfrutar de dichas obras.

78. *En segundo lugar*, debo recordar que el proceso de puesta en línea de un archivo en una plataforma como YouTube o Uploaded, una vez iniciado por el usuario, se produce automáticamente,⁵⁷ sin que la operadora de dicha plataforma seleccione o determine de otra manera los contenidos publicados en esta. Deseo precisar que, a mi juicio, un posible control previo realizado por esta operadora, en su caso de forma automatizada, no constituye una

⁵² Como expondré en mi análisis de las segundas cuestiones prejudiciales, el Tribunal de Justicia interpreta los artículos 12 a 14 de la Directiva 2000/31 en el sentido de que un prestador intermediario no puede invocar las exenciones de responsabilidad previstas en estos cuando desempeña un «papel activo que le permite adquirir conocimiento o control» de la información proporcionada por los usuarios de su servicio [véanse las sentencias de 23 de marzo de 2010 (C-236/08 a C-238/08, en lo sucesivo, «sentencia Google France», EU:C:2010:159, apartados 112 a 114), así como de 12 de julio de 2011 (C-324/09, en lo sucesivo, «sentencia L'Oréal/eBay», EU:C:2011:474, apartado 113)]. El enfoque que sugiero para la distinción entre «acto de comunicación» y «mera puesta a disposición de las instalaciones materiales» es similar a este razonamiento y permite interpretar el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29 y el artículo 14, apartado 1, de la Directiva 2000/31 de manera coherente. Véase, en el mismo sentido, Husovec, M.: *Injunctions Against Intermediaries in the European Union — Accountable But Not Liable?*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, pp. 55 a 57.

⁵³ Por ejemplo, en el asunto que dio lugar a la sentencia de 7 de diciembre de 2006, SGAE (C-306/05, EU:C:2006:764), el hotelero no se limitaba a intervenir pasivamente en una transmisión decidida por el organismo de radiodifusión. Había decidido, por propia iniciativa, hacer un uso posterior, no contemplado por este organismo, de la emisión radiodifundida, al retransmitirla a sus clientes. Del mismo modo, tal como dictaminó el Tribunal de Justicia en la sentencia de 13 de octubre de 2011, Airfield y Canal Digitaal (C-431/09 y C-432/09, EU:C:2011:648), apartados 74 a 82, un proveedor de paquetes vía satélite que agrupa diversas emisiones de diferentes organismos de radiodifusión en beneficio de sus clientes no se limita a realizar una «puesta a disposición de instalaciones materiales» ya que se implica activamente para ofrecer, a un público definido por él mismo, un catálogo de cadenas de televisión que ha seleccionado. Asimismo, como declaró el Tribunal de Justicia en la sentencia de 29 de noviembre de 2017, VCAST (C-265/16, EU:C:2017:913), apartados 37 a 51, el prestador que capta emisiones radiodifundidas y permite a los usuarios de su servicio grabar «en la nube» las emisiones que deseen tampoco se limita a realizar tal «puesta a disposición». En efecto, dicho prestador interviene activamente en la «comunicación» ya que, en particular, selecciona las cadenas que se incluyen en su servicio.

⁵⁴ Del mismo modo, el hecho de que unas operadoras como YouTube y Cyando alojen, en sus servidores, las obras protegidas y de que las transmitan cuando reciben una solicitud en este sentido por parte de un miembro del público no es determinante.

⁵⁵ YouTube también dispone de un canal en el que difunde sus «propios» contenidos». Pues bien, esta operadora realiza la «comunicación al público» de estos contenidos, dado que los ha producido y/o seleccionado.

⁵⁶ Véanse las conclusiones del Abogado General Szpunar presentadas en el asunto VCAST (C-265/16, EU:C:2017:649), punto 27.

⁵⁷ Véanse los puntos 16 y 30 de las presentes conclusiones.

selección⁵⁸ en la medida en que dicho control se limite a la detección de los contenidos ilegales y, por tanto, no refleje una voluntad de dicho operador de comunicar al público determinados contenidos (y no otros).⁵⁹

79. *Por último*, estos mismos operadores no realizan un uso posterior de las «comunicaciones al público» iniciadas por sus usuarios por cuanto no retransmiten las obras de que se trata a un «público nuevo» o según un «medio técnico diferente». ⁶⁰ En principio, no hay más que una «comunicación», la decidida por los usuarios en cuestión.

80. A mi entender, de ello se desprende que las operadoras como YouTube y Cyando se limitan, en principio, a poner a disposición «instalaciones materiales», según lo previsto en el considerando 27 de la Directiva 2001/29, que permiten a los usuarios de sus plataformas llevar a cabo la «comunicación al público», en el sentido del artículo 3, apartado 1, de esta Directiva, de las obras determinadas por estos. Considero que ninguna de las alegaciones formuladas ante el Tribunal de Justicia desvirtúa esta interpretación.

81. *En primer término*, contrariamente al Sr. Peterson, a Elsevier, así como a los Gobiernos alemán y francés, considero que ni el hecho de que una operadora como YouTube estructure la manera en que se presentan en la plataforma los vídeos que ponen en línea sus usuarios, integrándolos en una interfaz de visualización estándar e indexándolos bajo diferentes rúbricas, ni el hecho de que dicha operadora proporcione una función de búsqueda y efectúe un tratamiento de los resultados de búsqueda, resumidos en la página de inicio en forma de una clasificación de los vídeos en diversas categorías, son relevantes. ⁶¹

82. A este respecto, observo que esta estructura de presentación y estas diferentes funciones pretenden racionalizar la organización de la plataforma, facilitar su uso y, de este modo, optimizar el acceso a los vídeos alojados. Pues bien, la exigencia, que subyace al considerando 27 de la Directiva 2001/29, según la cual un prestador de servicios no realiza ningún acto de «comunicación al público» siempre y cuando se limite a una «mera» puesta a disposición de instalaciones materiales no significa, en mi opinión, que dicho prestador no pueda optimizar el

⁵⁸ El control que ejercen estos operadores *a posteriori*, en particular, para reaccionar con prontitud ante las notificaciones que reciben de los titulares de los derechos, no puede, *a fortiori*, calificarse de tal selección.

⁵⁹ YouTube realiza tal control a través de Content ID (véase el punto 22 de las presentes conclusiones). Debo señalar que, en mi opinión, el hecho de que se efectúe un control previo *de manera automatizada* no es el elemento decisivo. En efecto, en términos absolutos, es posible imaginar un proceso de selección de contenido efectuado mediante un programa informático que determine, de forma algorítmica, los contenidos que se corresponden mejor con lo que el operador desea tener en su plataforma. Sin embargo, esto no sucede en el caso de un mero control de legalidad.

⁶⁰ Deseo señalar que los criterios del «público nuevo» y del «medio técnico específico» solo son pertinentes en lo referente a los usos posteriores de una comunicación inicial. Estos criterios permiten identificar, entre estos usos posteriores, aquellos que deben considerarse como «comunicaciones secundarias» (o «retransmisiones») que precisan una autorización específica (por ejemplo, la retransmisión por cable de una emisión radiodifundida). Estos supuestos no pueden confundirse con aquel en el que una obra, que haya sido objeto de una comunicación al público en el pasado, dé lugar a una nueva comunicación al público, independiente de la anterior. A este respecto, con arreglo al artículo 3, apartados 1 y 3, de la Directiva 2001/29, debe autorizarse cada una de estas comunicaciones al público, aun cuando ambas se dirijan al mismo público o utilicen el mismo medio técnico. En consecuencia, no es relevante saber si las obras puestas en línea en YouTube o Uploaded están disponibles de forma legal en otro sitio web. Estas dos puestas en línea son independientes y cada una de ellas debe dar lugar a autorización. Véase, en este sentido, la sentencia de 7 de agosto de 2018, Renckhoff (C-161/17, EU:C:2018:634).

⁶¹ Esta cuestión no se plantea por lo que respecta a una plataforma como Uploaded, que no dispone de funciones de búsqueda ni de un índice de los archivos alojados. En este contexto, no me convence la alegación formulada por Elsevier y el Gobierno alemán según la cual la inexistencia de estas funciones no es determinante debido a que sitios terceros, que actúan como colecciones de enlaces, permiten al público encontrar, entre el contenido así alojado, las obras que desean descargar. Además de que, en todo caso, dichas funciones no son relevantes, a mi entender, para saber si un prestador de servicios lleva a cabo una «comunicación al público», considero que procede centrarse en los actos de este prestador, y no en los de los terceros con los que no mantiene ninguna relación.

acceso a los contenidos transmitidos organizando su servicio.⁶² En efecto, nada exige que la «instalación» sea en sí misma «sencilla». Por lo tanto, en mi opinión, el hecho de que una plataforma en línea presente cierto grado de sofisticación, con el fin de facilitar su uso, no es relevante. El límite que no puede rebasar el prestador, a mi juicio, es el de la intervención activa en la comunicación al público de las obras, tal como se describe en el punto 75 de las presentes conclusiones.

83. Pues bien, a mi juicio, una estructura de presentación y tales funciones no permiten demostrar que el operador sobrepase este límite. No indican, en particular, que determine los contenidos que los usuarios ponen en línea en la plataforma. El hecho de optimizar el acceso a los contenidos, en particular, no puede confundirse con el hecho de optimizar los propios contenidos. El operador únicamente determina su tenor en el segundo caso.⁶³ Además, a mi entender, el hecho de que una plataforma como YouTube incluya una interfaz de visualización estándar no permite concluir que su operadora presente el contenido a los ojos del público de una manera que parezca suyo, siempre y cuando dicha interfaz indique, para cada vídeo, qué usuario lo ha puesto en línea.

84. *En segundo término*, a mi juicio, el hecho de que, en una plataforma como YouTube, se presente a los usuarios registrados un resumen de «vídeos recomendados» tampoco es determinante. No se discute que estas recomendaciones influyen en los contenidos consultados por estos usuarios. Sin embargo, en la medida en que dichas recomendaciones se generan de forma automática, sobre la base de los vídeos visualizados anteriormente por el usuario de que se trate, y en que tienen como objetivo facilitar el acceso de este usuario a vídeos análogos, no reflejan una decisión de la operadora de comunicar una obra determinada a un público. Sea como fuere, lo cierto es que dicha operadora no determina previamente qué obras están disponibles en su plataforma.

85. *En tercer término*, contrariamente a lo que sostienen el Sr. Peterson y Elsevier, el hecho de que una operadora como YouTube estipule en las condiciones generales de uso de su plataforma que cada usuario le concede una licencia de explotación mundial, no exclusiva y gratuita sobre los vídeos que pone en línea no desvirtúa la interpretación que sugiero. En efecto, este tipo de estipulación,⁶⁴ que autoriza al operador de la plataforma a difundir los contenidos puestos en línea por sus usuarios y mediante la cual este pretende, además, adquirir de forma automática y sistemática derechos sobre el conjunto de dichos contenidos,⁶⁵ no demuestra, por sí sola, que ese operador intervenga activamente en la «comunicación al público» de las obras, conforme a lo expuesto en el punto 75 de las presentes conclusiones. En efecto, dado que esta estipulación se aplica, precisamente, de manera sistemática y automática a todos los contenidos puestos en línea,

⁶² Al contrario, facilitar la confluencia entre los terceros que desean comunicar un contenido y el público es la función propia de un intermediario. Véase OCDE: *The Economic and Social Role of Internet Intermediaries*, abril de 2010, p. 15.

⁶³ Asimismo, contrariamente a lo que alega Elsevier, considero que el hecho de que una operadora como YouTube convierta a diversos formatos los vídeos puestos en línea para adaptarlos a diferentes lectores y velocidades de conexión no es relevante. En efecto, se trata en este caso de operaciones técnicas dirigidas a permitir y a facilitar la transmisión de datos y, por tanto, la lectura de estos vídeos por los miembros del público en sus navegadores (o la aplicación dedicada). Semejantes operaciones técnicas no pueden asimilarse a una modificación del contenido por parte del prestador. Véase, por analogía, la sentencia de 13 de octubre de 2011, *Airfield y Canal Digitaal* (C-431/09 y C-432/09, EU:C:2011:648), apartados 60 y 61.

⁶⁴ Según mis investigaciones, es frecuente encontrar una estipulación de este tipo en las condiciones generales de uso de las plataformas en línea. Véanse en particular las de Facebook (versión de 31 de julio de 2019, punto 3.3 «Permisos que nos concedes», que pueden consultarse en la dirección https://m.facebook.com/terms?locale=es_ES).

⁶⁵ Cabe preguntarse sobre la compatibilidad de tal estipulación y la generosa licencia de explotación que prevé con otras disposiciones del Derecho de la propiedad intelectual o incluso, en lo referente a los usuarios no profesionales, con el Derecho en materia de protección de los consumidores de la Unión. Sin embargo, esta cuestión excede del objeto de las presentes conclusiones. Me limitaré a indicar que, en cuanto a los usuarios profesionales, actualmente se establecen normas en la materia en el artículo 3, apartado 1, letra e), del Reglamento (UE) 2019/1150 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea (DO 2019, L 186, p. 57).

no tiene por objeto indicar que dicho operador decida los contenidos transmitidos. En cambio, cuando este mismo operador reutiliza, en aplicación de dicha licencia, los contenidos puestos en línea por los usuarios de la plataforma,⁶⁶ realiza, en este sentido, actos de «comunicación al público».

86. *En cuarto término*, tampoco me convence la alegación del Sr. Peterson y de Elsevier según la cual el modelo económico adoptado por las operadoras como YouTube o Cyando demuestra que estas últimas no se limitan a una «puesta a disposición de instalaciones materiales», en el sentido del considerando 27 de la Directiva 2001/29, sino que llevan a cabo la «comunicación al público» de las obras puestas en línea por los usuarios de sus plataformas. A este respecto, las demandantes en el litigio principal alegan que la remuneración percibida por estas operadoras, generada principalmente por la venta de espacios publicitarios (modelo «YouTube») o de suscripciones (modelo «Cyando»), no es la contrapartida por un servicio técnico —estas últimas, en particular, no exigen un pago a los usuarios por el espacio de almacenamiento como tal— sino que depende del atractivo de los contenidos puestos en línea en sus plataformas. En efecto, a su entender, en el caso de YouTube, los ingresos publicitarios obtenidos son más elevados cuantas más visitas se produzcan a la plataforma y, en el caso de Cyando, la perspectiva de poder efectuar de forma sencilla múltiples descargas de contenidos atractivos incita a los internautas a suscribirse.

87. De manera general, el ánimo de lucro perseguido por un prestador de servicios es, en mi opinión, un elemento de una utilidad relativa para distinguir los actos de «comunicación al público» de tal «puesta a disposición». Por un lado, debo recordar que, tras una reflexión,⁶⁷ el Tribunal de Justicia declaró en la sentencia *Reha Training*,⁶⁸ en mi opinión acertadamente, que el carácter lucrativo *no es un criterio* del concepto de «comunicación al público», pero puede tenerse en cuenta para el cálculo de una posible remuneración o reparación debida al autor en virtud de tal «comunicación».⁶⁹ Así pues, como máximo el carácter lucrativo puede constituir *un indicio* de la existencia de tal «comunicación».⁷⁰ Pues bien, el ánimo de lucro perseguido por un prestador de servicios es un indicio tanto menos útil para establecer dicha distinción cuanto que, por otro lado, la puesta a disposición de una «instalación material» que permita llevar a cabo una

⁶⁶ Estoy pensando principalmente en las recopilaciones del tipo «YouTube Rewind».

⁶⁷ El Tribunal de Justicia, en primer lugar, había reservado la cuestión de si la existencia de una «comunicación al público» depende de su carácter lucrativo [véase la sentencia de 7 de diciembre de 2006, SGAE (C-306/05, EU:C:2006:764, apartado 44)]; en segundo lugar, había declarado, con prudencia, que se trata de un elemento que «no es irrelevante» [véase la sentencia de 4 de octubre de 2011, Football Association Premier League y otros (C-403/08 y C-429/08, EU:C:2011:631), apartados 204 a 206]; en tercer lugar, había considerado, de forma clara, que el carácter lucrativo es un «criterio» del concepto de «comunicación al público», cuya ausencia excluye tal «comunicación» [véase, en este sentido, la sentencia de 15 de marzo de 2012, SCF (C-135/10, EU:C:2012:140), apartados 97 a 99], antes de afirmar, en cuarto lugar, que el carácter lucrativo «no es necesariamente una condición indispensable» y «no es determinante» a este respecto [sentencia de 7 de marzo de 2013, ITV Broadcasting y otros (C-607/11, EU:C:2013:147, apartados 42 y 43)].

⁶⁸ Sentencia de 31 de mayo de 2016 (C-117/15, EU:C:2016:379), apartados 49 y 62 a 64.

⁶⁹ En efecto, el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29 es indiferente al hecho de que la «comunicación al público» tenga o no un carácter lucrativo. Como he indicado, la existencia de tal comunicación es un hecho objetivo. Asimismo, dado que esta disposición reconoce al autor un derecho exclusivo, toda «comunicación al público» de una obra efectuada por un tercero sin su autorización vulnera, en principio, ese derecho —con independencia de si este tercero tiene o no ánimo de lucro—. No obstante, el artículo 5, apartado 3, letras a), b), y j), de esta Directiva concede a los Estados miembros la facultad de establecer excepciones para determinadas «comunicaciones» efectuadas sin ánimo de lucro.

⁷⁰ Por ejemplo, el hecho de que una persona difunda obras con ánimo de lucro tiende a indicar que no lo hace para un grupo privado, sino para las personas en general, es decir, para un «público». Esta condición de mero indicio explica, a mi entender, el hecho de que, en diversas sentencias, el Tribunal de Justicia ha calificado determinados actos como «comunicaciones al público» sin mencionar la cuestión del carácter lucrativo. Véanse las sentencias de 13 de febrero de 2014, Svensson y otros (C-466/12, EU:C:2014:76); de 27 de febrero de 2014, OSA (C-351/12, EU:C:2014:110); de 29 de noviembre de 2017, VCAST (C-265/16, EU:C:2017:913); de 7 de agosto de 2018, Renckhoff (C-161/17, EU:C:2018:634), y de 19 de diciembre de 2019, Nederlands Uitgeversverbond y Groep Algemene Uitgevers (C-263/18, EU:C:2019:1111).

«comunicación al público» se realiza, por regla general, con dicho ánimo.⁷¹ En particular, la inmensa mayoría de los intermediarios en línea prestan sus servicios a cambio de una remuneración.

88. Más concretamente, el hecho de que la remuneración percibida por operadoras como YouTube o Cyando dependa del atractivo de los contenidos publicados desde sus plataformas por los usuarios de estas no permite concluir que tales operadoras lleven a cabo por sí mismas la «comunicación al público» de las obras que pueden encontrarse en estas, conforme a lo descrito en el punto 75 de las presentes conclusiones. Debo recordar que el criterio decisivo, a mi entender, es si el prestador de servicios interviene activamente en esta «comunicación». Pues bien, considero que esta circunstancia, por sí sola, no permite demostrarlo.⁷²

89. A mi entender, la interpretación que sugiero se ve confirmada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en el ámbito del Derecho de marcas. A este respecto, debo recordar que, en la sentencia *Google France*, el Tribunal de Justicia declaró, pronunciándose en Gran Sala, que el empleo, como palabras clave en el marco de un servicio de referenciación en Internet, como el servicio AdWords prestado por Google, de signos idénticos o similares a marcas, sin autorización de sus titulares, constituye un uso prohibido de dichas marcas, en el sentido del Derecho de la Unión. No obstante, dicho uso lo efectúa el usuario del servicio de referenciación, quien ha escogido esos signos como palabras clave, y no el prestador del servicio, que se limita a proporcionarle los medios para hacerlo. El hecho de que este prestador reciba una remuneración de sus clientes por el uso de tales signos es irrelevante. En efecto, para el Tribunal de Justicia, «crear las condiciones técnicas necesarias para que pueda utilizarse un signo y recibir una remuneración por este servicio no significa que el prestador del servicio haga por sí mismo uso del signo».⁷³

90. De manera similar, en la sentencia *L'Oréal/eBay*, el Tribunal de Justicia declaró, de nuevo pronunciándose en Gran Sala, que el uso, en las ofertas a la venta publicadas en un mercado electrónico, de signos correspondientes a marcas, sin autorización de sus titulares, constituye un uso prohibido de estas marcas. Sin embargo, también en este caso este uso no lo efectúa el operador del mercado, sino el usuario que publica las ofertas de venta. En efecto, en la medida en que dicho operador se limita a permitir a los usuarios de su servicio que pongan en línea tales ofertas de venta y, en su caso, que utilicen tales signos en tal mercado, no hace por sí mismo uso de dichos signos.⁷⁴

91. Pues bien, no se discute que eBay, en particular, estructura la presentación general de los anuncios de sus usuarios vendedores bajo distintas rúbricas, los indexa y ha establecido una función de búsqueda. Este operador recomienda, de forma automática, a sus usuarios compradores ofertas similares a las que han consultado anteriormente. Asimismo, la remuneración de los operadores de que se trataba en los asuntos que dieron lugar a las sentencias *Google France* y *L'Oréal/eBay* depende del atractivo del contenido proporcionado por los usuarios

⁷¹ Véanse las conclusiones del Abogado General Szpunar presentadas en el asunto *Stim y SAMI* (C-753/18, EU:C:2020:4), puntos 43 y 44.

⁷² Por lo demás, los ingresos publicitarios percibidos por una plataforma como YouTube se generan en función de la popularidad de la plataforma, en todos sus posibles usos. Del mismo modo, las suscripciones como las propuestas por Cyando ofrecen distintas ventajas en materia de descargas de contenido, pero también, al parecer, en cuanto a la capacidad de almacenamiento. En tal contexto, la frontera que separa la «contrapartida por el servicio» y la «contrapartida por el contenido» me parece tenue. Por el contrario, tal como declaró el Tribunal de Justicia en la sentencia de 13 de octubre de 2011, *Airfield y Canal Digital* (C-431/09 y C-432/09, EU:C:2011:648), apartado 80, el precio del abono pagado por el público a un proveedor de paquetes vía satélite es (indiscutiblemente) la contraprestación por el acceso a las obras comunicadas vía satélite.

⁷³ Véase la sentencia *Google France*, apartados 50 a 57, así como 104.

⁷⁴ Véase la sentencia *L'Oréal/eBay*, apartados 98 a 105. Véase también, en el mismo sentido, la sentencia de 2 de abril de 2020, *Coty Germany* (C-567/18, EU:C:2020:267), apartados 34 a 48.

de sus servicios. En el marco del servicio AdWords, se remunera a Google en función del número de clics sobre los enlaces promocionales utilizando las palabras clave escogidas por los usuarios anunciantes.⁷⁵ eBay percibe un porcentaje de las operaciones realizadas a partir de las ofertas de venta publicadas en su mercado.⁷⁶ Es evidente que estas distintas circunstancias no parecieron determinantes, o incluso relevantes, en opinión del Tribunal de Justicia, que ni siquiera las mencionó en su razonamiento. Por lo tanto, me pregunto por qué deberían revestir, en los presentes asuntos, la importancia que sugieren los demandantes en el litigio principal.⁷⁷

92. Habida cuenta del conjunto de las consideraciones anteriores, sugiero al Tribunal de Justicia que responda a las primeras cuestiones que el operador de una plataforma de intercambio de vídeos y el operador de una plataforma de alojamiento y de intercambio de archivos no llevan a cabo un acto de «comunicación al público», en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29, cuando un usuario de sus plataformas pone en línea en estas una obra protegida.

93. En consecuencia, estos operadores no pueden ser considerados *directamente responsables*, con arreglo al artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29, cuando terceras personas ponen a disposición del público obras protegidas, a través de sus plataformas, sin autorización previa de los titulares de derechos (y sin que sea aplicable una excepción o limitación). Esta conclusión no excluye que pueda derivarse de ello, para dichos operadores, una forma de *responsabilidad secundaria*. No obstante, esta cuestión debe examinarse en relación con las normas en materia de responsabilidad civil previstas por los Estados miembros, que deben respetar los límites impuestos en los artículos 14 y 15 de la Directiva 2000/31.⁷⁸

2. Sobre el hecho de que el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29 no regula la responsabilidad secundaria de quienes facilitan la realización, por terceros, de actos ilícitos de «comunicación al público»

94. Con carácter preliminar, procede recordar, en primer lugar, que, en la sentencia GS Media, el Tribunal de Justicia declaró, siguiendo la línea de su sentencia Svensson y otros,⁷⁹ que el hecho de colocar en un sitio de Internet hipervínculos que remiten a obras publicadas de manera ilícita en otro sitio de Internet puede constituir una «comunicación al público», en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29. En esencia, el Tribunal de Justicia consideró que, al colocar tales enlaces, una persona desempeña un «papel ineludible» dado que ofrece al público un «acceso directo» a las obras de que se trata. No obstante, tal colocación de enlaces solo constituye una «comunicación al público» si se demuestra que la persona que la haya realizado *sabía o debía saber* que estos enlaces daban acceso a obras ilegalmente publicadas, debiendo presumirse este conocimiento cuando dicha persona tiene ánimo de lucro.⁸⁰

⁷⁵ Véase la sentencia Google France, apartado 25.

⁷⁶ Véase la sentencia L'Oréal/eBay, apartados 28 y 110.

⁷⁷ Por lo demás, por analogía, en la sentencia de 16 de febrero de 2012, SABAM (C-360/10, EU:C:2012:85), en particular los apartados 27 y 40, el Tribunal de Justicia partió de la premisa de que el explotador de una plataforma de red social se limita a prestar un servicio que permite a sus usuarios comunicar obras al público, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29. No veo motivos para apartarme de este enfoque en el presente asunto.

⁷⁸ Véanse, por analogía, la sentencia Google France, apartado 57, la sentencia L'Oréal/eBay, apartado 104, y la sentencia de 2 de abril de 2020, Coty Germany (C-567/18, EU:C:2020:267), apartado 49.

⁷⁹ Sentencia de 13 de febrero de 2014 (C-466/12, EU:C:2014:76).

⁸⁰ Véase la sentencia GS Media, apartados 40 a 51.

95. Posteriormente, en la sentencia *Stichting Brein I* («Filmspeler»), el Tribunal de Justicia declaró que la venta de un reproductor multimedia en el que se habían preinstalado extensiones que contenían hipervínculos que remitían a sitios web que difundían obras protegidas en *streaming*, de manera ilícita, es constitutivo de una «comunicación al público». En este asunto, el Tribunal de Justicia consideró que el vendedor de este reproductor no se limitaba a una «mera puesta a disposición de las instalaciones materiales» sino que desempeñaba, al contrario, un «papel ineludible» en la comunicación de las obras debido a que, sin las extensiones que había preinstalado en dicho reproductor, los adquirentes de ese mismo reproductor «difícilmente podrían disfrutar de las obras protegidas», dado que los sitios de difusión en *streaming* en cuestión no son fácilmente identificables por el público. Además, el Tribunal de Justicia se centró en el hecho de que el vendedor de dicho reproductor tenía *conocimiento* de que esas extensiones permitían acceder a obras difundidas en Internet *de manera ilícita*.⁸¹

96. Por último, en la sentencia *Stichting Brein II* («The Pirate Bay»), el Tribunal de Justicia declaró que constituye una «comunicación al público» la puesta a disposición y la gestión de una plataforma de Internet, que almacena e indexa ficheros torrents, puestos en línea por sus usuarios, lo que permite a estos últimos compartir y descargar obras protegidas en el marco de una red «peer-to-peer». Para el Tribunal de Justicia, los administradores de esta plataforma no se limitaban a una «puesta a disposición de las instalaciones materiales» sino que desempeñaban un «papel ineludible» en la puesta a disposición de las obras debido a que, en la plataforma, ofrecían diferentes medios, incluida una función de búsqueda y un índice de los ficheros torrents alojados, que facilitaban la localización de dichos ficheros. Así pues, sin su intervención, «dichas obras no podrían ser compartidas por los usuarios o, al menos, su intercambio en Internet resultaría mucho más complejo». También en este caso, el Tribunal de Justicia destacó el hecho de que los administradores de dicha plataforma tenían *conocimiento* de que las obras compartidas a través de la misma plataforma lo eran, en general, *de manera ilícita*.⁸²

97. En principio, tal como he explicado en el punto 56 de las presentes conclusiones, como indica el considerando 23 de la Directiva 2001/29 y como ha declarado el Tribunal de Justicia de forma reiterada,⁸³ una «comunicación al público», en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la referida Directiva, consiste en la transmisión de una obra a un público. Dicho considerando precisa, además, que esta disposición «no debe abarcar ningún otro tipo de actos». Si bien, en el supuesto de una puesta a disposición, basta con que la persona de que se trata dé acceso al público a la obra, este acceso debe implicar, como he precisado en el punto 57 de estas conclusiones, la *posibilidad de una transmisión* de dicha obra, que se produzca a petición de un miembro del público.

98. No obstante, a mi juicio, ninguno de los actos controvertidos en las tres sentencias examinadas en la presente sección consiste en la transmisión, actual o potencial, de una obra a un público. A este respecto, la sentencia *Stichting Brein II* («The Pirate Bay») proporciona el ejemplo más representativo. Dado que las obras compartidas en la red «peer-to-peer» no se publicaban en la plataforma controvertida, sus administradores no podían materialmente transmitir las al público. En realidad, esta plataforma se limitaba a *facilitar* las transmisiones efectuadas por sus

⁸¹ Véase la sentencia *Stichting Brein I* («filmspeler»), apartados 41 a 51.

⁸² Véase la sentencia *Stichting Brein II* («The Pirate Bay»), apartados 35 a 46.

⁸³ Véanse, en particular, las sentencias de 4 de octubre de 2011, *Football Association Premier League y otros* (C-403/08 y C-429/08, EU:C:2011:631), apartado 193; de 31 de mayo de 2016, *Reha Training* (C-117/15, EU:C:2016:379), apartado 38, y de 19 de diciembre de 2019, *Nederlands Uitgeversverbond y Groep Algemene Uitgevers* (C-263/18, EU:C:2019:1111), apartados 49 y 62. En la sentencia de 24 de noviembre de 2011, *Circul Globus București* (C-283/10, EU:C:2011:772), apartado 40, el Tribunal de Justicia también declaró que el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29 no comprende los actos que no impliquen la «transmisión» o la «retransmisión» de una obra.

usuarios en dicha red.⁸⁴ Lo mismo sucedía en las sentencias GS Media y Stichting Brein I («Filmspeler»). La colocación de los hipervínculos y la venta del reproductor multimedia controvertidos en dichas sentencias *facilitaban* el acceso a las obras ilegalmente puestas a disposición del público en los sitios de Internet en cuestión.⁸⁵

99. En resumen, en estas sentencias, considero que el Tribunal de Justicia ha incluido en el ámbito de aplicación del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29 actos que, en sí mismos, no constituyen transmisiones de obras, actuales o potenciales, sino que *facilitan* la realización de tales transmisiones ilícitas por terceros.⁸⁶

100. Asimismo, en estas mismas sentencias, el Tribunal de Justicia ha integrado en el concepto de «comunicación al público» un criterio relativo al *conocimiento de la ilicitud*. Ahora bien, como han alegado Elsevier y el Gobierno francés, en principio, este concepto no comprende tal criterio. Aunque el Tribunal de Justicia considera, de manera reiterada, que la existencia de tal «comunicación» supone que la persona de que se trata transmita una obra a un público «con pleno conocimiento de las consecuencias de su comportamiento», «deliberadamente», de forma «voluntaria» o bien contemplando al público como «objetivo»,⁸⁷ en mi opinión, estos distintos términos pretenden indicar, en principio, que, como he explicado en el punto 72 de las presentes conclusiones, el referido concepto implica una *voluntad de transmitir* una obra a un público.⁸⁸ Esta cuestión se distingue *a priori* de si la persona que lleva a cabo la «comunicación al público» de una obra sin autorización del autor tiene conocimiento del hecho de que dicha «comunicación» es, en principio, ilícita.

101. A este respecto, como he explicado en el punto 64 de las presentes conclusiones, de conformidad con el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29, la existencia de una «comunicación al público» se considera generalmente —sin perjuicio del matiz indicado en el punto precedente— como un *hecho objetivo*. El carácter lícito o ilícito de esta «comunicación» tampoco depende, en principio, del conocimiento de la persona que la realiza, sino esencialmente de si el autor ha autorizado dicha «comunicación».⁸⁹ En cambio, el conocimiento de esta persona se tiene en cuenta en la fase de las sanciones y reparaciones a las que se le puede condenar. En particular, del artículo 13 de la Directiva 2004/48 se desprende que una persona que haya vulnerado un derecho de propiedad intelectual *a sabiendas o con motivos razonables para saberlo* está obligada a pagar al titular del derecho una indemnización adecuada a los daños y

⁸⁴ Cabe precisar que la responsabilidad de los usuarios de una red «peer-to-peer» a efectos del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29 es objeto del asunto pendiente C-597/19, M.I.C.M.

⁸⁵ La cuestión de los hipervínculos excede del objeto de las presentes conclusiones. El Tribunal de Justicia tendrá la oportunidad de volver a examinar esta cuestión en el asunto pendiente C-392/19, VG Bild-Kunst.

⁸⁶ Véanse, en este contexto, las conclusiones del Abogado General Wathelet presentadas en el asunto GS Media (C-160/15, EU:C:2016:221), puntos 54 a 61. Además, en el apartado 26 de la sentencia Stichting Brein II («The Pirate Bay»), el Tribunal de Justicia modificó la definición inicial del «papel ineludible», que desde entonces se entiende como el hecho de que una persona «[intervenga] con pleno conocimiento de las consecuencias de su comportamiento, para dar a sus clientes acceso a una obra protegida, especialmente cuando, si no tuviera lugar tal intervención, los clientes no podrían, o *difícilmente podrían*, disfrutar de la obra difundida» (el subrayado es mío).

⁸⁷ Véanse, en particular, las sentencias de 7 de diciembre de 2006, SGAE (C-306/05, EU:C:2006:764), apartado 42; de 4 de octubre de 2011, Football Association Premier League y otros (C-403/08 y C-429/08, EU:C:2011:631), apartado 194; de 15 de marzo de 2012, SCF (C-135/10, EU:C:2012:140), apartados 91 y 94, y de 27 de febrero de 2014, OSA (C-351/12, EU:C:2014:110), apartado 26.

⁸⁸ En consecuencia, la transmisión fortuita de una obra a un público —por ejemplo, una música, difundida en un domicilio privado a través de altavoces regulados a un volumen alto, que escuche desde la calle la gente que pasa— no constituye una «comunicación al público». El carácter voluntario de una comunicación se deduce de elementos objetivos relativos a la propia naturaleza de la intervención de la persona de que se trata. Esto explica que, aparte de las sentencias GS Media, Stichting Brein I («Filmspeler») y Stichting Brein II («The Pirate Bay»), el Tribunal de Justicia nunca ha efectuado un examen separado de esta cuestión y la ha presentado, acertadamente, como inextricablemente vinculada a la del «papel ineludible» de la persona afectada.

⁸⁹ Véanse, por analogía, las conclusiones del Abogado General Campos Sánchez-Bordona presentadas en el asunto Stichting Brein (C-527/15, EU:C:2016:938), punto 71.

perjuicios efectivos que haya sufrido como consecuencia de la infracción. Al contrario, cuando una persona *no* cometa tal infracción *a sabiendas ni con motivos razonables para saberlo*, puede pronunciarse una condena menos grave, en forma de recuperación de los beneficios que esta haya obtenido o de pago de daños y perjuicios preestablecidos.⁹⁰

102. Ahora bien, el hecho de que una persona —en particular, un prestador intermediario— facilite conscientemente la realización de actos de «comunicaciones al público» ilícitos por terceros constituye de forma evidente un comportamiento reprochable. Sin embargo, se admite generalmente que en este caso se trata de una cuestión de *responsabilidad secundaria*, que se rige por las normas en materia de responsabilidad civil previstas por los Estados miembros.⁹¹ Esta responsabilidad secundaria por las vulneraciones del derecho de autor cometidas por terceros implica asimismo, generalmente, un elemento moral como el conocimiento de la ilicitud o la intención.⁹²

103. Pues bien, en mi opinión, dado que el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29 armoniza el contenido material del derecho de «comunicación al público», determina los actos comprendidos en este derecho exclusivo y, en esta medida, la *responsabilidad principal* que recae en quienes cometan tales actos de manera ilícita. En cambio, ningún elemento, ya sea en el tenor literal de esta disposición o en las demás disposiciones de esta Directiva, parece indicar que pretenda regular tales cuestiones de *responsabilidad secundaria*,⁹³ máxime cuando, si el legislador de la Unión desea que estas cuestiones queden cubiertas por los actos que adopta, no deja de especificarlo.⁹⁴

104. Por estos motivos, tengo mis reservas sobre el razonamiento seguido por el Tribunal de Justicia en las sentencias GS Media, Stichting Brein I («Filmspeler») y Stichting Brein II («The Pirate Bay»). Independientemente de si sería deseable que existiera una solución uniforme para las acciones de las personas que facilitan deliberadamente la comisión de actos ilícitos por parte de terceros a nivel de la Unión, y aun cuando tal uniformidad contribuiría a garantizar un

⁹⁰ Por lo demás, algunas de las medidas previstas en la Directiva 2004/48 solo lo están para los actos cometidos a escala comercial, excluyendo los *actos realizados por los consumidores finales de buena fe*. Véanse el considerando 14, así como el artículo 6, apartado 2, el artículo 8, apartado 1, y el artículo 9, apartado 2, de esta Directiva.

⁹¹ En Alemania, la responsabilidad por complicidad está prevista en el artículo 830 del Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil) (en lo sucesivo, «BGB») (véase, a este respecto, mi análisis de las cuestiones prejudiciales quintas y sextas). En el Reino Unido, el hecho de autorizar, facilitar los medios o incitar a la infracción de los derechos de autor es constitutivo de un acto ilícito civil extracontractual (tort) (véase Arnold, R., y Davies, P. S.: «Accessory liability for intellectual property infringement: the case of authorisation», *Law Quarterly Review*, n.º 133, 2017, p. 442-468). Véanse también, por analogía, en los Estados Unidos, las normas de *contributory infringement* (véase Ginsburg, J. C.: «Separating the Sony Sheep from the Grokster Goats: Reckoning the Future Business Plans of Copyright-Dependent Technology Entrepreneurs», *Arizona Law Review*, vol. 50, 2008, p. 577-609).

⁹² Véanse, en particular, Leistner, M.: «Copyright law on the internet in need of reform: hyperlinks, online platforms and aggregators», *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2017, vol. 12, n.º 2, p. 136-149; Angelopoulos, C.: «Communication to the public and accessory copyright infringement», *Cambridge Law Journal*, 2017, vol. 76, n.º 3, pp. 496-499; Koo, J., *op. cit.*, p. 117, así como Ohly, A.: «The broad concept of “communication to the public” in recent CJEU judgments and the liability of intermediaries: primary, secondary or unitary liability?», *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2018, vol. 13, n.º 8, pp. 664-675.

⁹³ A excepción, no obstante, de las normas relativas a las medidas cautelares contra intermediarios previstas en el artículo 8, apartado 3, de la Directiva 2001/29 (véase mi análisis de las cuartas cuestiones prejudiciales).

⁹⁴ Numerosas Directivas incluyen un artículo que obliga a los Estados miembros a tipificar como delito la inducción a cometer los actos que pretenden reprimir con carácter principal, así como la complicidad en dichos actos. Véanse, en concreto, el artículo 7 de la Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo (DO 2011, L 335, p. 1); el artículo 8 de la Directiva 2013/40/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de agosto de 2013, relativa a los ataques contra los sistemas de información y por la que se sustituye la Decisión marco 2005/222/JAI del Consejo (DO 2013, L 218, p. 8); el artículo 6 de la Directiva 2014/57/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, sobre las sanciones penales aplicables al abuso de mercado (Directiva sobre abuso de mercado) (DO 2014, L 173, p. 179); el artículo 5 de la Directiva (UE) 2017/1371 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2017, sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del Derecho penal (DO 2017, L 198, p. 29), y el artículo 4 de la Directiva (UE) 2018/1673 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2018, relativa a la lucha contra el blanqueo de capitales mediante el Derecho penal (DO 2018, L 284, p. 22).

elevado nivel de protección de los derechos de autor, lo cierto es que, a mi entender, en su estado actual, el Derecho de la Unión no la establece.⁹⁵ Corresponde al legislador de la Unión incluir un régimen de responsabilidad secundaria en el Derecho de la Unión.

105. Insisto en el hecho de que la colocación de hipervínculos que remiten a obras publicadas ilegalmente en un sitio de Internet, efectuada con pleno conocimiento de dicha ilicitud, la venta de un reproductor como el «Filmspeler» y la gestión de una plataforma como «The Pirate Bay» deben evidentemente ser sancionadas. Sin embargo, no es necesario que dichas conductas deban quedar comprendidas en el ámbito de aplicación del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29 para llegar a ese resultado. Opino que la respuesta a tales acciones puede, y debe, hallarse en el Derecho civil de los Estados miembros —o incluso en su Derecho penal—. En consecuencia, la interpretación que sugiero no deja desprotegidos a los autores a este respecto.

106. Por lo demás, debo recordar que, en las sentencias Google France y L'Oréal/eBay, el Tribunal de Justicia decidió no ampliar, en materia del Derecho de marcas, el ámbito de la responsabilidad principal a las conductas de los intermediarios que podían contribuir a las infracciones de las marcas cometidas por los usuarios de sus servicios. El Tribunal de Justicia remitió esta cuestión, acertadamente, a las normas en materia de responsabilidad civil previstas por los Estados miembros y a los límites establecidos por la Directiva 2000/31.⁹⁶ Por consiguiente, dudo de la necesidad de apartarse de dicho enfoque en el ámbito de los derechos de autor, ya que, en estos dos ámbitos, la legislación de la Unión tiene un nivel de armonización similar y persigue el mismo objetivo de un elevado nivel de protección de la propiedad intelectual.

3. Con carácter subsidiario — sobre si las operadoras como YouTube y Cyando facilitan deliberadamente la comisión de actos ilícitos por terceros

107. Para el supuesto de que el Tribunal de Justicia estime oportuno aplicar, en los presentes asuntos, el marco de análisis seguido en las sentencias GS Media, Stichting Brein I («Filmspeler») y Stichting Brein II («The Pirate Bay»), a pesar de las reservas que he expresado en la sección anterior, propongo, con carácter subsidiario, un examen de los presentes asuntos a la luz de dicho marco de análisis.

108. Según entiendo estas sentencias, la intervención de una persona en la transmisión de una obra a un público, distinta de aquella que, habiendo decidido dicha transmisión, realiza el acto de «comunicación al público» propiamente dicho, debe equipararse a tal acto de «comunicación» si concurren dos criterios.

109. *Por una parte*, la persona en cuestión debe desempeñar un «papel ineludible» en dicha transmisión. Según la acepción empleada en dichas sentencias, ese «papel» se desarrolla siempre que esta persona facilite dicha transmisión.⁹⁷ En el presente asunto, este criterio se cumple manifiestamente en lo tocante a operadoras como YouTube y Cyando.

⁹⁵ Véanse las conclusiones del Abogado General Poiares Maduro presentadas en los asuntos acumulados Google France y Google (C-236/08 a C-238/08, EU:C:2009:569), punto 48; las conclusiones del Abogado General Jääskinen presentadas en el asunto L'Oréal y otros (C-324/09, EU:C:2010:757), puntos 55 y 56, y las conclusiones del Abogado General Szpunar presentadas en el asunto Stichting Brein (C-610/15, EU:C:2017:99), punto 3.

⁹⁶ Véanse la sentencia Google France, apartado 57, y la sentencia L'Oréal/eBay, apartado 104.

⁹⁷ Véanse, en este sentido, la sentencia Stichting Brein I («Filmspeler»), apartados 41 y 42, así como la sentencia Stichting Brein II («The Pirate Bay»), apartados 26, 34, 36 y 37. Véase, sobre el concepto de «papel ineludible», tal como se entiende, en mi opinión, en las demás sentencias del Tribunal de Justicia, el punto 72 de las presentes conclusiones.

110. *Por otra parte*, la intervención de dicha persona debe tener un «carácter deliberado», entendido en el sentido de que debe tener conocimiento de la ilicitud de la comunicación que facilita. La manera en que debe interpretarse este criterio en los presentes asuntos es bastante menos evidente. Todo el problema resulta de la ausencia de un marco, en el Derecho de la Unión, relativo a este elemento moral. Por lo tanto, únicamente me resulta posible especular, inspirándome en las indicaciones que se desprenden de las sentencias GS Media, Stichting Brein I («Filmspeler») y Stichting Brein II («The Pirate Bay»), en las jurisprudencias nacionales en materia de responsabilidad secundaria y en la lógica derivada de las condiciones que deben cumplir los prestadores de servicios intermediarios, con arreglo al artículo 14, apartado 1, letras a) y b), de la Directiva 2000/31, para disfrutar de la exención de responsabilidad prevista en esa disposición.⁹⁸

111. A este respecto, me parece posible considerar, sin gran dificultad, como argumenta el órgano jurisdiccional remitente y como sostiene la Comisión, que un operador como YouTube o Cyando interviene «deliberadamente» en la «comunicación al público» ilícita de una obra determinada, realizada a través de su plataforma, cuando, teniendo conocimiento o consciencia de la existencia del fichero que contenía la obra en cuestión —en particular si este se le había notificado—, no actuó con prontitud, desde el momento en que hubiera adquirido tal conocimiento o consciencia, para retirar dicho fichero o hacer imposible el acceso a este.⁹⁹ En efecto, en tal supuesto, se puede considerar razonablemente que, al omitir actuar cuando tenía el poder de hacerlo, el operador aprueba esta «comunicación ilícita» o da muestras de una negligencia manifiesta a su respecto. Las circunstancias en las que un operador adquiere tal conocimiento o consciencia y si, en su caso, ha actuado «con prontitud» deben determinarse, a mi juicio, en atención a los mismos principios aplicados en el marco de las condiciones previstas en el artículo 14, apartado 1, letras a) y b), de la Directiva 2000/31.¹⁰⁰

112. En cambio, al igual que la Comisión, y contrariamente al Sr. Peterson, a Elsevier, así como a los Gobiernos alemán y francés, considero que el conocimiento de la ilicitud no puede *presumirse* por el motivo de que el operador en cuestión tenga ánimo de lucro.

113. Es cierto que, en la sentencia GS Media, el Tribunal de Justicia declaró que, cuando la persona que coloca en un sitio de Internet hipervínculos que remiten a obras protegidas, publicadas sin autorización de su autor, lo hace con ánimo de lucro, se ha de presumir (*iuris tantum*) que tiene conocimiento del carácter protegido de dichas obras y de esta falta de

⁹⁸ En efecto, si el Tribunal de Justicia desea mantener un criterio de conocimiento de la ilicitud en el marco del concepto de «comunicación al público», en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29, deberá seguir los principios que se desprenden del artículo 14, apartado 1, de la Directiva 2000/31, so pena de llegar a la situación, mencionada en la nota 20 de las presentes conclusiones, en la que un prestador de servicios sea responsable en virtud de la primera disposición, pero quede exento en virtud de la segunda.

⁹⁹ Véanse las conclusiones del Abogado General Szpunar presentadas en el asunto Stichting Brein (C-610/15, EU:C:2017:99), puntos 51 y 52 y, por analogía, la sentencia GS Media, apartado 49.

¹⁰⁰ Por lo tanto, me remito, sobre estos puntos, a mi análisis de las terceras cuestiones prejudiciales. No obstante, debo precisar que la idea de «consciencia» [que se refiere a la parte del artículo 14, apartado 1, letra a), de la Directiva 2000/31, según la cual «el prestador de servicios [...] [tiene] conocimiento de hechos o circunstancias por los que la actividad o la información revele su carácter ilícito»] corresponde a la idea, mencionada en el apartado 49 de la sentencia GS Media, según la cual una persona es responsable cuando «debería haber sabido» que facilitaba una comunicación ilícita.

autorización.¹⁰¹ Sin embargo, aparte de que me parece que, en su jurisprudencia posterior, el Tribunal de Justicia ha limitado esta solución a la cuestión de los hipervínculos,¹⁰² considero que tal presunción, en todo caso, no puede aplicarse al caso de autos.

114. En el asunto que dio lugar a la sentencia GS Media, el propio explotador del sitio de Internet en cuestión había colocado los enlaces controvertidos. Por lo tanto, tenía conocimiento de los contenidos a los que estos remitían. Como alega Cyando, esta circunstancia constituía una base para una presunción de hecho. Sobre esta base, el Tribunal de Justicia podía esperar de tal explotador que llevara a cabo, con anterioridad a dicha colocación, las «comprobaciones necesarias» para asegurarse de que no se trataba de obras protegidas, publicadas de forma ilegal en el sitio al que llevaban dichos enlaces.¹⁰³

115. En cambio, debo recordar que el operador de una plataforma, en principio, no es quien pone el contenido en línea. Aplicar en este contexto la solución adoptada en la sentencia GS Media equivaldría a decir que se presume que dicho operador, toda vez que tiene de manera general ánimo de lucro, tiene conocimiento no solo de todos los archivos que se encuentren en sus servidores, sino también de su posible carácter ilícito, por lo que debe destruir esta presunción demostrando que ha llevado a cabo las «comprobaciones necesarias». Pues bien, tal solución equivaldría, en mi opinión, a imponer a dicho operador la obligación general de supervisar los datos que almacena y realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas, en contradicción con la prohibición establecida, a este respecto, en el artículo 15, apartado 1, de la Directiva 2000/31.¹⁰⁴

116. Aún queda por examinar si, tal como sostienen el Sr. Peterson, Elsevier y el Gobierno francés, se puede considerar responsables a unas operadoras como YouTube y Cyando dado *que tenían conocimiento, de manera general y abstracta*, del hecho de que sus plataformas son utilizadas (en particular) por terceros para compartir en línea, de manera ilícita, obras protegidas.

117. Esta cuestión es sumamente compleja. Un buen número de productos o servicios son susceptibles de utilizarse, al igual que las plataformas YouTube y Uploaded, con fines lícitos, o incluso socialmente deseables, así como para fines ilícitos. Considero que no se puede considerar responsable al proveedor de tal producto o servicio por los usos ilícitos que de ellos hagan los terceros únicamente debido a que tiene conocimiento o sospechas de tales usos. Un estándar de

¹⁰¹ Véase la sentencia GS Media, apartado 51.

¹⁰² En el apartado 49 de la sentencia Stichting Brein I («Filmspeler»), el Tribunal de Justicia se refirió a la presunción establecida en la sentencia GS Media. Sin embargo, aunque la venta del reproductor multimedia controvertido se realizaba con ánimo de lucro, en realidad no aplicó esta presunción. Además, en la sentencia Stichting Brein II («The Pirate Bay»), el Tribunal de Justicia ni siquiera mencionó dicha presunción.

¹⁰³ Véase la sentencia GS Media, apartado 51.

¹⁰⁴ Véanse las conclusiones del Abogado General Szpunar presentadas en el asunto Stichting Brein (C-610/15, EU:C:2017:99), punto 52. Hasta el momento, el Tribunal de Justicia ha precisado los límites que establece el artículo 15, apartado 1, de la Directiva 2000/31 en lo referente a los mandamientos judiciales que pueden dictarse contra un prestador que almacene información facilitada por los usuarios de su servicio (véase, en particular, la sentencia L'Oréal/eBay, apartado 139). En mi opinión, se debe tener en cuenta esta disposición más allá de la cuestión de estos mandamientos judiciales. En efecto, no se puede realizar una interpretación del Derecho de la Unión que tenga por efecto *imponer ex ante* tal obligación a dicho prestador. Asimismo, aun suponiendo que el Tribunal de Justicia considere, en el marco de las segundas cuestiones prejudiciales, que unas operadoras como YouTube o Cyando no están comprendidas en el ámbito de aplicación de los artículos 14 y 15 de esta Directiva, una obligación general de vigilancia y de búsqueda activa sería incompatible con otras disposiciones del Derecho de la Unión (véase la sección F de las presentes conclusiones).

responsabilidad tan bajo podría disuadir de la fabricación y la comercialización de tales productos o servicios, en detrimento de sus usos lícitos —y, por extensión, frenar el desarrollo de productos o servicios similares o innovadores—. ¹⁰⁵

118. El mero hecho de que un proveedor obtenga beneficios de estos usos ilícitos tampoco puede ser determinante. A este respecto, el Sr. Peterson, Elsevier y el Gobierno francés han puesto de manifiesto que YouTube se financia en particular mediante publicidad situada en la plataforma, que los ingresos publicitarios que obtiene son tanto más significativos cuanto más atractivos sean los contenidos que están publicados en esta y que se «admite generalmente» que, en «la gran mayoría de los casos», se trata de obras protegidas puestas en línea sin autorización de sus autores. Aparte de que esta lógica me parece algo simplista en lo referente a una plataforma como YouTube, ¹⁰⁶ debo señalar que los ingresos generados por la publicidad situada de manera indiferenciada en esta plataforma dependen de las visitas que recibe de manera general —y, por tanto, proceden tanto de sus usos lícitos como de sus usos ilícitos—. Pues bien, cualquier proveedor de un producto o servicio que pueda emplearse para estos dos tipos de usos obtendrá necesariamente una parte de sus beneficios de los usuarios que lo compren o que lo utilicen con fines ilícitos. Por consiguiente, se deben demostrar otras circunstancias.

119. A este respecto, no debe perderse de vista la finalidad de un régimen de responsabilidad secundaria. Como resulta del punto 117 de las presentes conclusiones, considero que un régimen de este tipo debe orientarse a disuadir los comportamientos que facilitan la vulneración del derecho de autor, sin no obstante desincentivar la innovación u obstaculizar el potencial de uso lícito de productos o servicios que también pueden utilizarse con fines ilícitos.

120. En este contexto, como alega el Gobierno finlandés, un prestador de servicios puede, a mi entender, incurrir en responsabilidad, sin que sea necesario probar que tuviera conocimiento o consciencia de vulneraciones concretas del derecho de autor, cuando se demuestra que, al prestar su servicio, tenía *la intención* de facilitar la realización de tales vulneraciones por terceros. En mi opinión, las sentencias Stichting Brein I («Filmspeler») y Stichting Brein II («The Pirate Bay») deben entenderse en este sentido. En la primera sentencia, el Tribunal de Justicia destacó que el vendedor del «Filmspeler» tenía un conocimiento general del hecho de que dicho reproductor podía utilizarse con fines ilícitos. ¹⁰⁷ En la segunda sentencia, el Tribunal de Justicia señaló que los administradores de la plataforma «The Pirate Bay» sabían, de manera general, que esta facilitaba el acceso a obras compartidas sin autorización previa de sus autores y que, en todo caso, no podían ignorarlo, habida cuenta del hecho de que una gran parte de los ficheros torrents que figuraban en esa plataforma reenviaban a tales obras. ¹⁰⁸ Pues bien, en los asuntos que dieron

¹⁰⁵ Véase Supreme Court of the United States (Tribunal Supremo, Estados Unidos), Sony Corp. of America v. Universal City Studios Inc., 464 US 417 (1984). En el asunto que dio lugar a esta sentencia, los titulares de los derechos pretendían hacer recaer en Sony una responsabilidad secundaria por la fabricación y la comercialización del aparato de vídeo «Betamax» alegando que esta sociedad facilitaba a los terceros, mediante dicho aparato de vídeo, los medios para cometer vulneraciones del derecho de autor (en particular, la copia ilícita de programas de televisión) y que podía saber razonablemente que tales vulneraciones se producirían. No obstante, se desestimó su recurso debido a que dicho aparato de vídeo, si bien podía utilizarse de manera ilícita, también podía dar lugar a un número sustancial de usos lícitos.

¹⁰⁶ Debo observar que, si bien YouTube ciertamente se beneficia del hecho de que su plataforma aloje obras populares, como emisiones de televisión, películas o clips musicales de grandes artistas, a menudo su presencia en esta no tiene nada de ilícito. En efecto, tal como ha alegado Google sin que se la contradijera, un gran número de proveedores de contenidos y de titulares de derechos publican contenidos en YouTube. Asimismo, Google ha argumentado, de nuevo sin que se la contradijera, que YouTube da acceso a contenidos culturales, informativos e instructivos, creados por los usuarios, que son, en sí mismos, atractivos (véase el punto 43 de las presentes conclusiones).

¹⁰⁷ Véase, en este sentido, sentencia Stichting Brein I («Filmspeler»), apartado 50.

¹⁰⁸ Véase la sentencia Stichting Brein II («The Pirate Bay»), apartado 45.

lugar a estas sentencias, esas personas *expresaban abiertamente su intención* de facilitar, mediante su lector o su plataforma, la realización por terceros de actos ilícitos de «comunicación al público».¹⁰⁹

121. En el caso de autos ni YouTube ni Cyando promueven abiertamente los usos ilícitos de sus plataformas. El Sr. Peterson y Elsevier alegan, no obstante, que estos operadores deben ser considerados responsables *habida cuenta de la manera en que han organizado sus servicios*. Sobre este aspecto, debo recordar que los demandantes en el litigio principal invocan varias lógicas: afirman que, en primer lugar, dichos operadores han actuado con una ceguera voluntaria respecto de los usos ilícitos de sus plataformas (al permitir a sus usuarios publicar en estas contenidos de manera automatizada y sin control previo), en segundo lugar, les incitan a realizar tales usos ilícitos y, en tercer lugar, se han mostrado negligentes en relación con dichos usos (dado que han incumplido las obligaciones de diligencia al no efectuar, una vez más, un control previo de los contenidos puestos en línea).¹¹⁰

122. De entrada, es necesario realizar ciertas puntualizaciones. Desde mi punto de vista, no se puede considerar responsable a un operador, en virtud de una ceguera voluntaria o de una negligencia grave, únicamente debido a que permite a los usuarios de su plataforma publicar contenidos en esta de manera automatizada y que no los controla de forma general antes de su puesta en línea. Por un lado, no se puede afirmar razonablemente, como hace, no obstante, Elsevier, que, al organizar su plataforma de este modo, dicho operador simplemente trata de eludir toda responsabilidad.¹¹¹ Por otro lado, el artículo 15 de la Directiva 2000/31 impide que se pueda esperar de tal prestador que supervise, de manera general y abstracta, los datos que almacena y que realice búsquedas activas de las actividades ilícitas en sus servidores. En consecuencia, el hecho de que no efectúe tal vigilancia generalizada no puede considerarse como una ceguera voluntaria o una negligencia.¹¹² Además, y de manera general, la mera negligencia de un prestador no debería bastar, por definición y sin perjuicio de la situación contemplada en el punto 111 de las presentes conclusiones, para demostrar que interviene «deliberadamente» a fin de facilitar las vulneraciones del derecho de autor cometidas por los usuarios de su servicio.

123. Dicho esto, opino que la manera en que un prestador organiza su servicio efectivamente puede demostrar, en determinadas circunstancias, el «carácter deliberado» de su intervención en los actos ilícitos de «comunicación al público» cometidos por los usuarios de ese servicio, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29, tal como lo interpretó el Tribunal de Justicia en las sentencias GS Media, Stichting Brein I («Filmspeler») y Stichting Brein II («The Pirate Bay»). Así sucede cuando las características de este mismo servicio revelan la mala fe del prestador en cuestión, que puede reflejarse en una voluntad de incitación o una ceguera voluntaria, en relación con tales vulneraciones del derecho de autor.¹¹³

¹⁰⁹ Véanse la sentencia Stichting Brein I («Filmspeler»), apartados 18 y 50, y la sentencia Stichting Brein II («The Pirate Bay»), apartado 45. Como explicaré en el marco de mi análisis de las terceras cuestiones prejudiciales, un prestador en línea que demuestre tal intención también pierde, a mi juicio, la posibilidad de invocar la exención de responsabilidad prevista en los artículos 12 a 14 de la Directiva 2000/31. Véase, por analogía, Supreme Court of the United States (Tribunal Supremo), MGM Studios Inc. v Grokster Ltd., 545 US 913, 2005. En esta sentencia, dos sociedades, proveedoras de programas informáticos que permitían compartir archivos en una red «peer-to-peer», fueron declaradas responsables de las infracciones del derecho de autor cometidas por los usuarios de dichos programas informáticos, dado que habían promocionado abiertamente sus posibles usos ilícitos.

¹¹⁰ Véase el punto 63 de las presentes conclusiones

¹¹¹ Con esto Elsevier se refiere, en realidad, a la responsabilidad de los proveedores de contenidos «tradicionales», que seleccionan los contenidos que transmiten. Ahora bien, como he intentado demostrar, las plataformas no desempeñan el mismo papel.

¹¹² Reitero que, aun cuando el Tribunal de Justicia considerara que las operadoras como YouTube o Cyando no están comprendidas en el ámbito de aplicación de los artículos 14 y 15 de la Directiva 2000/31, otras disposiciones del Derecho de la Unión se opondrían a tal solución.

¹¹³ En mi opinión, al actuar de este modo, un prestador de servicios pierde, además, la posibilidad de acogerse a la exención de responsabilidad prevista en el artículo 14, apartado 1, de la Directiva 2000/31.

124. A este respecto, considero que se debe verificar, por una parte, si las características del servicio en cuestión tienen una explicación objetiva y ofrecen un valor añadido para los usos lícitos de dicho servicio y, por otra parte, si el prestador ha adoptado medidas razonables para prevenir los usos ilícitos de dicho servicio.¹¹⁴ Sobre este último punto, de nuevo, no se puede esperar del prestador que controle, de manera general, la totalidad de los archivos que pretenden publicar los usuarios de su servicio, antes de su puesta en línea —como así dispone el artículo 15, apartado 1, de la Directiva 2000/31—. La segunda parte de la verificación debería más bien constituir, en mi opinión, una defensa para los prestadores de servicios. A este respecto, el hecho de que generalmente cumplan de forma diligente las obligaciones de retirada resultantes del artículo 14, apartado 1, letra b), de esta Directiva, o las posibles obligaciones que, en su caso, se le hayan impuesto mediante un mandamiento judicial, o de que hayan adoptado voluntariamente otras medidas apuntarán a la existencia de buena fe por su parte.

125. En el presente asunto, corresponde al órgano jurisdiccional nacional realizar esta verificación en relación con operadores YouTube y Uploaded. No obstante, considero útil proporcionar algunas indicaciones a este respecto.

126. *En primer lugar*, se me antoja difícil considerar, habida cuenta de las características de una plataforma como YouTube, que su operadora pretenda facilitar los usos ilícitos de esta plataforma. En particular, el hecho de que las funciones de búsqueda y de indexación de dicha plataforma faciliten, en su caso, el acceso a contenidos ilegales no puede constituir un indicio a este respecto. Estas funciones tienen una explicación objetiva y ofrecen un valor añadido para los usos lícitos de dicha plataforma. Si bien, en la sentencia *Stichting Brein II* («The Pirate Bay»), el Tribunal de Justicia presentó el hecho de que los administradores de la plataforma controvertida hubieran establecido un motor de búsqueda e indexaran los ficheros alojados como un indicio del «carácter deliberado» de su intervención en el intercambio ilícito de obras protegidas,¹¹⁵ esta apreciación no puede separarse del contexto particular de ese asunto, marcado por la intención manifiesta de esos administradores de facilitar las infracciones del derecho de autor.

127. Además, contrariamente a lo que alega Elsevier, considero que el hecho de que un operador de plataformas como YouTube permita a algunos de sus usuarios insertar publicidad en sus vídeos y les transfiera una parte de los ingresos generados¹¹⁶ no basta para demostrar, por su parte, una voluntad de incitar a estos últimos a poner en línea obras protegidas sin autorización de sus autores. Por el contrario, está acreditado que, en lo tocante a YouTube, la inserción de esta publicidad se realiza mediante Content ID, que tiene por objeto garantizar que esta posibilidad solo beneficie a los titulares de los derechos, dado que se afirma que detecta automáticamente la puesta en línea de vídeos que contienen obras protegidas efectuada por terceros y, en su caso, permite a dichos titulares colocar ellos mismos publicidad en el vídeo en cuestión y percibir los ingresos publicitarios resultantes.¹¹⁷

¹¹⁴ Véase, en el mismo sentido, Stallings, E.: «Improving Secondary Liability Standards in Copyrights by Examining Intent: Why Courts Should Consider Creating a Good-Faith Standard for Secondary Liability», *Journal of the Copyright Society of the U.S.A.*, vol. 57, n.º 4, 2010, pp. 1017 a 1038.

¹¹⁵ Véase la sentencia *Stichting Brein II* («The Pirate Bay»), apartados 36 y 38.

¹¹⁶ Debo recordar que, según las indicaciones del órgano jurisdiccional remitente, los vídeos controvertidos en el asunto C-682/18 no contenían *a priori* dicha publicidad.

¹¹⁷ Véase el punto 22 de las presentes conclusiones.

128. Esto me lleva al hecho de que, además, YouTube ha establecido herramientas, en particular este programa informático, con el fin de luchar contra las vulneraciones de los derechos de autor en su plataforma.¹¹⁸ Esta circunstancia contribuye a demostrar, como he indicado en el punto 124 de las presentes conclusiones, la buena fe del operador respecto de los usos ilícitos de su plataforma.¹¹⁹

129. *En segundo lugar*, me temo, en cambio, que las cosas no están tan claras por lo que respecta a Uploaded. A este respecto, por una parte, contrariamente a Elsevier, no considero que el hecho de que un operador permita a los usuarios de su plataforma poner en línea en esta archivos «de manera anónima» demuestre una voluntad por su parte de facilitar la vulneración del derecho de autor. Debo precisar que de los autos que obran en poder del Tribunal de Justicia se desprende que la puesta en línea de un archivo en Uploaded exige crear una cuenta indicando el apellido, el nombre y una dirección de correo electrónico. Por tanto, Elsevier critica el hecho de que Cyando no controla la exactitud de la información facilitada por el usuario mediante un sistema de verificación de la identidad o de autenticación. Pues bien, aunque la posibilidad de que cualquier persona utilice Internet y los servicios en línea sin un control de identidad efectivamente puede ser aprovechada por individuos malintencionados para actividades reprobables, considero que esta posibilidad está principalmente protegida por normas tan fundamentales como el derecho al respeto de la vida privada, la libertad de expresión y de conciencia o bien la protección de datos, especialmente en el Derecho de la Unión¹²⁰ y en Derecho internacional.¹²¹ Por lo tanto, a mi entender, solo pueden establecerse sistemas de verificación de la identidad o de autenticación para servicios específicos, en las condiciones previstas en la ley.

130. El mero hecho de que un «sharehoster» como Uploaded genere enlaces de descarga para los archivos alojados y permita a los usuarios compartirlos libremente no demuestra, a mi juicio, una intención de facilitar la vulneración de los derechos de autor. Estos enlaces tienen una explicación objetiva y ofrecen un valor añadido para los usos lícitos del servicio. En mi opinión, ni siquiera la proporción de usos ilícitos de Uploaded —de la que las partes del litigio principal ofrecen estimaciones cuanto menos divergentes—¹²² permite, por sí sola, demostrar tal intención por parte de su operador, máxime cuando este último adopte medidas razonables para luchar contra estos usos.

¹¹⁸ Véanse los puntos 21 y 22 de las presentes conclusiones.

¹¹⁹ Cabe precisar que esta interpretación no significa que todo prestador de servicios deba establecer un programa informático similar y que, de no hacerlo, se le deba acusar de ceguera voluntaria. En el estado actual del Derecho de la Unión, nada le obliga a ello —sin perjuicio, no obstante, de la posibilidad de imponer a un prestador de servicios en circunstancias bien definidas, mediante un mandamiento judicial y en función de sus recursos, la utilización de una herramienta de filtrado— (véase mi análisis de las cuartas cuestiones prejudiciales).

¹²⁰ Además de las disposiciones de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en lo sucesivo, «Carta») relativas a los derechos en cuestión, véanse, en un ámbito próximo, los considerandos 9, 33, 34, el artículo 6, apartado 1, y el artículo 9, apartado 1, de la Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas) (DO 2002, L 201, p. 37).

¹²¹ Véase Consejo de Europa: Declaración sobre la Libertad de comunicación en Internet, adoptada por el Comité de Ministros el 28 de mayo de 2003, con ocasión de la 840.ª reunión de los Delegados de los Ministros, principio 7; Office of the Special Rapporteur for Freedom of Expression, Inter-American Commission on Human Rights, *Freedom of expression and the Internet*, puntos 130 a 136, así como Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General, Informe del relator especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, A/HRC/29/32, 29 de mayo de 2015, pp. 12, 16 y 56.

¹²² Elsevier afirma que los contenidos que vulneran el derecho de autor representan entre el 90 y el 96 % de los archivos alojados en Uploaded, motivo por el cual el Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo de lo Civil y Penal) pregunta al Tribunal de Justicia, mediante su primera cuestión, letra b), en el asunto C-683/18, sobre la pertinencia de tal circunstancia. Este órgano jurisdiccional explica, asimismo, que en el supuesto de que se trate efectivamente de un elemento pertinente, Elsevier deberá demostrar esta afirmación en el marco de una reapertura del procedimiento de apelación. Cyando alega, por su parte, que solo un porcentaje muy bajo (del orden del 1,1 %) de todos los archivos efectivamente consultados se refiere a la puesta a disposición del público de contenidos protegidos por derechos de autor, lo que corresponde al 0,3 % del volumen total de los datos almacenados.

131. Sin embargo, *por otra parte*, tengo dudas sobre un programa de «colaboración» como el establecido por Cyando. Debo recordar que, en el marco de este programa, Cyando abona una remuneración a determinados usuarios en función del número de descargas de los archivos que han puesto en línea.¹²³ Tengo dudas sobre la explicación objetiva y el valor añadido de tal programa para los usos lícitos del servicio. En cambio, se ha demostrado ante los órganos jurisdiccionales nacionales que este programa tiene por efecto incitar a los usuarios a poner en línea obras populares para su descarga ilícita. No descarto, por tanto, que del establecimiento de este programa pueda deducirse el «carácter deliberado» de la intervención del prestador en los actos ilícitos cometidos por sus usuarios.¹²⁴ En su caso, corresponde al juez nacional verificarlo.

B. Sobre el ámbito de aplicación de la exención de responsabilidad prevista en el artículo 14, apartado 1, de la Directiva 2000/31 (segundas cuestiones)

132. Tal como he indicado, la sección 4 de la Directiva 2000/31 contiene diversas disposiciones relativas a la responsabilidad de los prestadores de servicios intermediarios. Dentro de esta sección, los artículos 12, 13 y 14 de esta Directiva prevén cada uno, en su apartado 1, un «puerto seguro» (safe harbour), respectivamente para las actividades de «mera transmisión», de «memoria tampón (caching)» y de «alojamiento de datos».¹²⁵

133. El artículo 14, apartado 1, de la Directiva 2000/31 se aplica, más concretamente, cuando «se preste un servicio de la sociedad de la información consistente en almacenar datos facilitados por el destinatario del servicio». Esta disposición establece, en esencia, que el prestador de tal servicio *no puede ser considerado responsable* de los datos que almacena a petición de sus usuarios, salvo que dicho prestador, tras haber tenido conocimiento o consciencia del carácter ilícito de dichos datos, no los haya retirado con prontitud o haya hecho que el acceso a ellos sea imposible.

134. Debo señalar que esta disposición no tiene por objeto determinar, *de manera afirmativa*, la responsabilidad de tal prestador. Tan solo limita, *de manera negativa*, las situaciones en las que se le puede considerar responsable. Asimismo, la exención prevista en dicha disposición se refiere *únicamente a la responsabilidad que puede derivarse de los datos* facilitados por los usuarios de su servicio. No cubre *ningún otro aspecto* de la actividad de dicho prestador.¹²⁶

135. Mediante sus segundas cuestiones prejudiciales, el Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo de lo Civil y Penal) intenta averiguar, en esencia, si las operadoras como YouTube y Cyando pueden acogerse al artículo 14, apartado 1, de la Directiva 2000/31 en relación con los archivos que almacenan a petición de los usuarios de sus plataformas.

¹²³ Del orden de varias decenas de euros por cada mil descargas. Véase el punto 31 de las presentes conclusiones.

¹²⁴ Véase, por analogía, Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo de lo Civil y Penal), 15 de agosto de 2013, I ZR 80/12 (File-Hosting Service), GRUR 1030, § 38. Tal programa difiere considerablemente del reparto de ingresos publicitarios realizado por una plataforma de intercambio de vídeos como YouTube. Por un lado, si bien un reparto de ingresos puede explicarse en el marco de tal plataforma, un programa de «colaboración» parece más curioso en el marco de una plataforma que tiene por objeto alojar archivos. Por otro lado, cabe recordar que, en el contexto de YouTube, este reparto de ingresos se realiza de forma segura.

¹²⁵ Los artículos 12 a 15 de la Directiva 2000/31 se inspiran en la Digital Millennium Copyright Act (DMCA) (Ley del Derecho de Autor en la Era Digital), adoptada por el legislador federal estadounidense en 1998, que estableció exenciones de responsabilidad similares específicamente referidas a los derechos de autor [que aparecen en el título 17, capítulo 5, artículo 512 del United States Code (Código de los Estados Unidos)].

¹²⁶ Véanse las conclusiones del Abogado General Jääskinen presentadas en el asunto L'Oréal y otros (C-324/09, EU:C:2010:757), apartado 153.

136. En mi opinión, generalmente es así. No obstante, considero que, antes de explicar mi postura, debo aclarar un punto, relativo a la relación entre esta disposición y el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29.

137. En efecto, debo señalar que el órgano jurisdiccional remitente formuló sus segundas cuestiones únicamente para el supuesto de que el Tribunal de Justicia respondiera —como sugiero que lo haga— de forma negativa a las primeras cuestiones, en el sentido de que las operadoras como YouTube y Cyando no realizan la «comunicación al público», en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29, de las obras puestas en línea, en su caso de manera ilícita, por los usuarios de sus plataformas. Por lo tanto, parece que parte de la premisa de que, en el supuesto, por el contrario, de que estas operadoras sean directamente responsables en virtud de dicho artículo 3, apartado 1, de tales «comunicaciones» ilícitas, no pueden acogerse, *por principio*, a la exención prevista en el artículo 14, apartado 1, de la Directiva 2000/31.¹²⁷

138. Sin embargo, el artículo 14, apartado 1, de la Directiva 2000/31 se aplica, de manera horizontal, a *toda forma de responsabilidad* que pueda resultar, para los prestadores afectados, de cualquier tipo de datos que almacenen a petición de los usuarios de sus servicios, con independencia de cuál sea el origen de dicha responsabilidad, el ámbito del Derecho de que se trate y la calificación o la naturaleza exactas de dicha responsabilidad. Por consiguiente, esta disposición abarca la responsabilidad *tanto principal como secundaria* por los datos facilitados y las actividades iniciadas por estos usuarios.¹²⁸

139. Por lo tanto, en mi opinión, si bien, por principio, el artículo 14, apartado 1, de la Directiva 2000/31 no resulta aplicable cuando un prestador de servicios comunique al público su «propio» contenido, en cambio, esta disposición puede aplicarse cuando el contenido comunicado haya sido facilitado, como en el presente asunto, por los usuarios de su servicio.¹²⁹ En mi opinión, corrobora esta interpretación el hecho de que ni esta disposición ni el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29 establecen una excepción para los prestadores que lleven a cabo la «comunicación al público» de obras facilitadas por los usuarios de sus servicios. Al contrario, el considerando 16 de esta última Directiva destaca que se aplica «sin perjuicio de las normas sobre responsabilidad previstas en [la Directiva 2000/31]».

140. De lo anterior se deduce que, en el caso de que el Tribunal de Justicia responda, en contra de lo que sugiero, en sentido afirmativo a las primeras cuestiones, aun así, con el fin de aportar una respuesta útil al órgano jurisdiccional remitente, deberá responder a las segundas cuestiones. No obstante, los criterios que caracterizan una «comunicación al público», en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29, y los requisitos de aplicación del artículo 14, apartado 1, de la Directiva 2000/31 pueden interpretarse de manera coherente, como demostraré, de modo que, en la práctica, se evite la superposición entre ambas disposiciones.

¹²⁷ Debo señalar que esta cuestión se ha planteado expresamente al Tribunal de Justicia en los asuntos pendientes C-442/19, Stichting Brein, y C-500/19, Puls 4 TV.

¹²⁸ Véanse el considerando 16 de la Directiva 2001/29; las conclusiones del Abogado General Szpunar presentadas en el asunto Mc Fadden (C-484/14, EU:C:2016:170), punto 64; la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos jurídicos del comercio electrónico en el mercado interior [COM(1998) 586 final (DO 1999, C 30, p. 4)], pp. 27 y 29, así como el Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo, de 21 de noviembre de 2003, Primer informe sobre la aplicación de la [Directiva 2000/31] [COM(2003) 702 final], p. 13. No obstante, la exención de responsabilidad prevista en el artículo 14, apartado 1, de la Directiva 2000/31 se aplica sin perjuicio de la posibilidad, reservada en el apartado 3 del mismo artículo, de obtener un mandamiento judicial contra un prestador de servicios (véase mi análisis sobre las cuartas cuestiones prejudiciales).

¹²⁹ La aplicación de esta disposición también se excluye, en principio, en el supuesto de que el usuario que haya proporcionado la información de que se trate actuase bajo la autoridad o el control del prestador de servicios (véase el artículo 14, apartado 2, de la Directiva 2000/31).

141. Una vez aclarado esto, del artículo 14, apartado 1, de la Directiva 2000/31 se desprende que el ámbito de aplicación de esta disposición depende de dos requisitos cumulativos: por un lado, debe existir una prestación de un «servicio de la sociedad de la información», y, por otro lado, dicho servicio debe «consist[ir] en almacenar datos facilitados por el destinatario del servicio [...] a petición» de este último.

142. La interpretación del *primer requisito* no plantea dificultad en los presentes asuntos. A este respecto, debo recordar que el concepto de «servicio de la sociedad de la información» se refiere a «todo servicio prestado normalmente a cambio de una remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un destinatario de servicios».¹³⁰ Pues bien, los servicios suministrados por las operadoras como YouTube y Cyando se prestan manifiestamente «a distancia», «por vía electrónica», y «a petición individual de un destinatario de servicios».¹³¹ Además, estos servicios se prestan «a cambio de una remuneración». El hecho de que una operadora como YouTube obtenga su remuneración en particular mediante la publicidad y de que no exija un pago directo a los usuarios de su plataforma por su servicio¹³² no desvirtúa esta interpretación.¹³³

143. En lo referente al *segundo requisito*, las cosas son menos evidentes a primera vista. Por una parte, parece claro que una operadora como Cyando presta, en el marco de Uploaded, un servicio «consistente en almacenar» en sus servidores unos archivos, es decir, «datos»¹³⁴ que son «facilitados por el destinatario del servicio», a saber, el usuario que efectúa su puesta en línea, y lo hace «a petición» de este último, dado que decide sobre los archivos en cuestión.

144. Sin embargo, por otra parte, si bien está acreditado que una operadora como YouTube almacena los vídeos puestos en línea por los usuarios de su plataforma, tan solo se trata de uno de los diversos aspectos de su actividad. Por lo tanto, se debe determinar si este hecho impide a tal operadora acogerse al artículo 14, apartado 1, de la Directiva 2000/31.

145. Considero que no es así. En efecto, si bien esta disposición exige que el servicio prestado por el proveedor «[consista] en almacenar datos facilitados por el destinatario del servicio», no exige que este almacenamiento sea *su único objeto, o incluso su objeto principal*. Al contrario, este requisito se formula de forma amplia.

¹³⁰ Más concretamente, el artículo 2, letra a), de la Directiva 2000/31 define el concepto de «servicios de la sociedad de la información» por referencia al artículo 1, punto 2, de la Directiva 98/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de junio de 1998, por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas y de las reglas relativas a los servicios de la sociedad de la información (DO 1998, L 204, p. 37), en su versión modificada por la Directiva 98/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de julio de 1998 (DO 1998, L 217, p. 18). La Directiva 98/34 fue sustituida por la Directiva (UE) 2015/1535 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de septiembre de 2015, por la que se establece un procedimiento de información en materia de reglamentaciones técnicas y de reglas relativas a los servicios de la sociedad de la información (DO 2015, L 241, p. 1), cuyo artículo 1, apartado 1, letra b), reproduce la misma definición.

¹³¹ Véase, por analogía, la sentencia de 19 de diciembre de 2019, Airbnb Ireland (C-390/18, EU:C:2019:1112), apartados 47 y 48. A este respecto, con arreglo al artículo 2, letra d), de la Directiva 2000/31, el «destinatario del servicio» es «cualquier persona física o jurídica que utilice un servicio de la sociedad de la información por motivos profesionales o de otro tipo y, especialmente, para buscar información o para hacerla accesible». Por consiguiente, este concepto abarca tanto al usuario que pone un archivo en línea como al que lo consulte o lo descargue.

¹³² Sin embargo, no cabe hablar de «gratuidad» del servicio para los usuarios. Como he indicado en la nota 11 de las presentes conclusiones, YouTube recoge un número considerable de datos personales sobre sus usuarios, que representan en sí mismos un precio. Véanse, a este respecto, el considerando 24, artículo 2, punto 7), y el artículo 3 de la Directiva (UE) 2019/770 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales (DO 2019, L 136, p. 1).

¹³³ Véanse el considerando 18 de la Directiva 2000/31 y la sentencia de 11 de septiembre de 2014, Papasavvas (C-291/13, EU:C:2014:2209), apartados 26 a 30.

¹³⁴ El concepto de «datos» mencionado en el artículo 14, apartado 1, de la Directiva 2000/31, debe entenderse en un sentido amplio (véase la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos jurídicos del comercio electrónico en el mercado interior, p. 27).

146. De ello se deduce, en mi opinión, que, en principio, el artículo 14, apartado 1, de la Directiva 2000/31 puede abarcar a todos los prestadores de un «servicio de la sociedad de la información» que realicen, al igual que YouTube o Cyando, en el marco de este servicio, el almacenamiento de datos facilitados por sus usuarios, a petición de estos últimos.¹³⁵ No obstante, reitero que la exención prevista en esta disposición está, en todo caso, limitada a la responsabilidad que pueda derivarse de esos datos y no es extensiva a los demás aspectos de la actividad del prestador de que se trate.

147. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia dictada hasta la fecha sigue este enfoque. A este respecto, en la sentencia *Google France*, el Tribunal de Justicia declaró que el prestador de un servicio de referenciación en Internet, como Google en relación con el servicio *AdWords*, puede acogerse al artículo 14, apartado 1, de la Directiva 2000/31. En efecto, el Tribunal de Justicia consideró que este servicio «[consiste] en almacenar datos facilitados por el destinatario del servicio», en el sentido de esta disposición, dado que, en el marco de este servicio, dicho prestador almacena ciertos datos, como las palabras clave seleccionadas por los usuarios anunciantes, los enlaces promocionales y mensajes comerciales que acompañan a los enlaces y las direcciones de los sitios de dichos anunciantes.¹³⁶ Salta a la vista que el Tribunal de Justicia no consideró problemático el hecho que el almacenamiento de dichos datos se integrara en el marco de una actividad más amplia.

148. No obstante, el Tribunal de Justicia hizo una matización. Según el Tribunal de Justicia, un prestador de servicios puede acogerse a la exención de responsabilidad prevista en el artículo 14, apartado 1, de la Directiva 2000/31 para los datos que almacene a petición de sus usuarios únicamente si su comportamiento se limita al de un «prestador de servicios intermediario» en el sentido que el legislador de la Unión ha querido dar a este en el marco de la sección 4 de esta Directiva. A la luz del considerando 42 de dicha Directiva, el Tribunal de Justicia declaró que, a este respecto, se debe examinar «si el papel desempeñado por el prestador es *neutro*, es decir, si su comportamiento es meramente técnico, automático y pasivo, lo que implica que no tiene conocimiento ni control de la información que almacena» o si, por el contrario, desempeña «un papel activo que pueda darle conocimiento o control de los datos almacenados».¹³⁷

149. De manera similar, en la sentencia *L'Oréal/eBay*, el Tribunal de Justicia declaró que un operador de un mercado electrónico, como eBay, puede acogerse al artículo 14, apartado 1, de la Directiva 2000/31. También en este caso, el Tribunal de Justicia señaló, por una parte, que el servicio prestado por este operador consiste en particular en almacenar datos facilitados por los usuarios del mercado. Se trata, en concreto, de datos de sus ofertas de venta. Por otra parte, recordó que un prestador de servicios solo puede disfrutar de la exención de responsabilidad prevista en esa disposición para tales datos si actúa como un «prestador intermediario». Esto no sucede cuando dicho prestador «en lugar de limitarse a una prestación neutra de [su] servicio mediante un tratamiento meramente técnico y automático de los datos facilitados por sus clientes, desempeña un papel activo que le permite adquirir conocimiento o control de tales datos».¹³⁸

¹³⁵ Véanse, en este sentido, Montero, E.: «Les responsabilités liées au web 2.0», *Revue du droit des technologies de l'information*, 2008, n.º 32, p. 368, y Van Eecke, P.: «Online Service Providers and Liability: A Plea for a Balanced Approach», *Common Market Law Review*, 2011, vol. 47, p. 1473. Esta interpretación se ve corroborada por el Informe sobre la aplicación de esta Directiva, p. 13, que hace referencia, en sentido amplio, a «diferentes supuestos de almacenamiento de contenidos ajenos».

¹³⁶ Véase la sentencia *Google France*, apartados 110 y 111.

¹³⁷ Véase la sentencia *Google France*, apartados 112 a 114 y 120 (el subrayado es mío).

¹³⁸ Véase la sentencia *L'Oréal/eBay*, apartados 110, 112 y 113.

150. De estas sentencias se desprende que las operadoras como YouTube y Cyando, que realizan, en el marco de su actividad, el almacenamiento de datos facilitados por los usuarios de sus plataformas, pueden acogerse, por lo que respecta a la responsabilidad que puede derivarse del carácter ilícito de algunos de esos datos, a la exención prevista en el artículo 14, apartado 1, de la Directiva 2000/31, siempre y cuando no hayan desempeñado un «papel activo» que pueda permitirles adquirir «conocimiento o control» de los datos en cuestión.

151. A este respecto, debo precisar que, como señala la Comisión, todo prestador de servicios que almacene datos facilitados por sus usuarios tiene necesariamente un cierto control sobre estos. En concreto, tiene la capacidad técnica de borrarlos o de hacer imposible el acceso a ellos. Precisamente por este motivo es por lo que se espera de dicho prestador, en virtud del artículo 14, apartado 1, letras a) y b), de la Directiva 2000/31 que actúe de ese modo cuando se ponga en su conocimiento la existencia de datos ilícitos.¹³⁹ Esta capacidad de control, por sí sola, no puede demostrar que un prestador de servicios desempeñe un «papel activo» —a riesgo de privar a dicho artículo 14, apartado 1, de todo efecto útil—. ¹⁴⁰

152. En realidad, el «papel activo» contemplado por el Tribunal de Justicia se refiere, acertadamente, *al propio contenido* de los datos facilitados por los usuarios. Entiendo la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en el sentido de que el prestador desempeña tal «papel activo» que puede permitirle adquirir «conocimiento o control» de los datos que almacena a solicitud de los usuarios de su servicio cuando no se limita a un procesamiento de esos datos que sea neutro en relación con su contenido, sino que, debido a la naturaleza de su actividad, se presume que adquiere el *control intelectual de dicho contenido*. Así sucede si el prestador selecciona los datos almacenados,¹⁴¹ si se implica de forma activa en su contenido de otro modo o bien si presenta dichos datos a los ojos del público de tal manera que parezcan suyos. En tales supuestos, el prestador va más allá del papel de intermediario de los datos facilitados por los usuarios de su servicio y, de este modo, se los apropia.¹⁴²

153. Pues bien, a mi entender, las operadoras como YouTube y Cyando no desempeñan, por regla general, tal «papel activo» en relación con los datos que almacenan a petición de los usuarios de sus plataformas.

154. En efecto, *en primer lugar*, debo recordar que la puesta en línea de archivos en tales plataformas se realiza de manera automática, sin visualización o selección previa por parte de sus operadores. Como alegan, en esencia, el Gobierno finlandés y la Comisión, en consecuencia, estas operadoras no adquieren el control de dichos datos en el momento de su puesta en línea.

155. *En segundo lugar*, contrariamente a lo que defiende Elsevier, el hecho de que los datos almacenados puedan consultarse o descargarse directamente desde estas mismas plataformas no permite indicar un «papel activo» por parte de sus operadoras. A este respecto, es irrelevante si el prestador *controla el acceso* a los datos que almacena a petición de los usuarios de su servicio. A

¹³⁹ Véase la sentencia de 15 de septiembre de 2016, *Mc Fadden* (C-484/14, EU:C:2016:689), apartados 61 a 64. Esta apreciación había llevado al Abogado General Jääskinen, en sus conclusiones presentadas en el asunto *L'Oréal y otros* (C-324/09, EU:C:2010:757), puntos 139 a 142, a concluir que, en su opinión, el considerando 42 de la Directiva 2000/31, en el que se inspiró el Tribunal de Justicia en la sentencia *Google France* para establecer la exigencia del «papel neutro» del prestador en lo referente a los datos facilitados por los usuarios de su servicio, no se refiere a la actividad de alojamiento, sino únicamente a la mera transmisión y a la «memoria tampón».

¹⁴⁰ Véase, en este sentido, la sentencia *L'Oréal/eBay*, apartado 115.

¹⁴¹ En este sentido, en la sentencia du 11 de septiembre de 2014, *Papasavvas* (C-291/13, EU:C:2014:2209), apartados 45 y 46, el Tribunal de Justicia declaró que un editor de prensa que publica en su página de Internet la versión digital de un periódico tiene conocimiento de la información que publica y ejerce un control sobre esta —dado que la selecciona— de forma que dicho editor no puede ser considerado un «prestador intermediario» en el sentido del artículo 14, apartado 1, de la Directiva 2000/31.

¹⁴² Véase, en el mismo sentido, *Husovec*, *op. cit.*, pp. 56 y 57.

modo de ejemplo, con el fin de acceder a los anuncios puestos en línea a través de *AdWords*, es necesario utilizar el motor de búsqueda de Google.¹⁴³ Asimismo, el acceso a las ofertas de venta puestas en línea en eBay requiere acceder a su mercado.¹⁴⁴ En las sentencias *Google France* y *L'Oréal/eBay*, el Tribunal de Justicia no consideró que esta circunstancia fuera relevante, acertadamente. En efecto, lo único importante es si el prestador *controla el contenido* de los datos almacenados. El hecho de que se pueda acceder a estos últimos desde la plataforma o el sitio de Internet del prestador no puede servir de indicación a este respecto, ya que su consulta o su descarga a petición individual de un usuario se realiza mediante procedimientos «meramente técnico[s] y automático[s]».

156. *En tercer lugar*, pese a lo que da a entender *Elsevier*, no estoy convencido de que una operadora como YouTube o Cyando presente los datos que almacena a petición de sus usuarios y a los que da acceso desde su plataforma ante los terceros de tal manera que parezcan suyos. Por un lado, no sucede así en la medida en que una operadora como YouTube indica, para cada vídeo publicado en su plataforma, el usuario que lo ha puesto en línea. Por otro lado, un internauta medio, razonablemente informado, sabe que los archivos almacenados mediante una plataforma de alojamiento y de intercambio de archivos como Uploaded no proceden, por regla general, de su operador.

157. *En cuarto lugar*, considero que ni el hecho de que una operadora como YouTube¹⁴⁵ estructure la manera en que los vídeos facilitados por los usuarios se presentan en su plataforma, integrándolos en una interfaz de visualización estándar e indexándolos bajo distintas rúbricas, ni el hecho de que dicha plataforma incluya una función de búsqueda y de que la operadora efectúe un tratamiento de los resultados de las búsquedas, resumidos en la página de inicio en forma de una clasificación de los vídeos en diversas categorías, pueden demostrar que esta operadora desempeña un «papel activo» respecto de dichos vídeos.

158. Por una parte, opino que el hecho de que un prestador estructure la manera en que los datos facilitados por los usuarios de su servicio se presentan en su plataforma o en su sitio de Internet, con el fin de facilitar su uso y, por tanto, de optimizar el acceso a esos datos, no es relevante. A mi entender, el argumento contrario, invocado en particular por el Sr. Peterson y el Gobierno francés, refleja una incorrecta comprensión de la sentencia *L'Oréal/eBay*. Si bien en esa sentencia el Tribunal de Justicia declaró que un prestador como eBay desempeña un «papel activo» cuando presta a ciertos vendedores, por lo que respecta a ofertas de venta determinadas, una asistencia consistente en «optimizar la presentación [de dichas ofertas]»,¹⁴⁶ con esto se refería al hecho de que eBay a veces presta una *asistencia individual* sobre la manera de optimizar, poner en valor y estructurar *el contenido de ofertas concretas*.¹⁴⁷ En efecto, al prestar tal asistencia, eBay se implica activamente en el contenido de las ofertas en cuestión, conforme a lo descrito en el punto 152 de las presentes conclusiones.¹⁴⁸

¹⁴³ Véase la sentencia *Google France*, apartado 117.

¹⁴⁴ *Elsevier* alega, además, que en un mercado en línea como eBay no es el operador, sino el usuario vendedor, el que da al público acceso a los productos vendidos, puesto que es este último quien entrega los productos a los compradores. Considera que, en cambio, en el caso de YouTube es el propio operador el que da acceso a los vídeos. En mi opinión, este argumento se basa en una confusión. La «información» almacenada a petición de los usuarios en un mercado no son los *productos* ofrecidos en venta, sino las *ofertas* de venta en sí mismas. eBay da acceso a esta última «información» del mismo modo que YouTube da acceso a la «información» que constituyen los vídeos puestos en línea por sus usuarios. En ambos casos, estas distintas «informaciones» las proporcionan los usuarios.

¹⁴⁵ Esto no sucede, debo señalar, en lo tocante a la plataforma Uploaded.

¹⁴⁶ Véase la sentencia *L'Oréal/eBay*, apartados 114 y 116.

¹⁴⁷ Véase la sentencia *L'Oréal/eBay*, apartado 31.

¹⁴⁸ Véase, en el mismo sentido, la sentencia *Google France*, apartado 118, en la que el Tribunal de Justicia consideró pertinente el «papel que desempeña Google en la redacción del mensaje comercial que acompaña al enlace promocional o en el establecimiento o la selección de palabras clave».

159. Por el contrario, el Tribunal de Justicia no se refería al hecho de que eBay estructure la presentación general de las ofertas de venta puestas en línea en su mercado.¹⁴⁹ El hecho de que un prestador tenga el control de las condiciones de presentación de los datos que almacena a petición de los usuarios de su servicio no demuestra que controle el contenido de dichos datos. A mi juicio, únicamente una asistencia individual relativa a unos datos concretos es pertinente a este respecto. En resumen, siempre y cuando una operadora como YouTube no asista a los usuarios de su plataforma, de forma individual, sobre la manera de optimizar sus vídeos,¹⁵⁰ no desempeña un «papel activo» en relación con los vídeos alojados.

160. Por lo que respecta, por otra parte, a las funciones de búsqueda y de indexación, aparte de que son indispensables para permitir a los usuarios de la plataforma localizar los datos que desean consultar, debo recordar que estas funciones se realizan de forma automatizada. Por lo tanto, proceden de «tratamiento[s] meramente técnico[s] y automático[s]» de los datos almacenados a petición de los usuarios, tal como prevé el Tribunal de Justicia en su jurisprudencia.¹⁵¹ El hecho de que el prestador haya desarrollado las herramientas y, en particular, el algoritmo que permiten estos tratamientos y que controle, debido a estas circunstancias, en concreto *las condiciones de aparición* de los resultados de las búsquedas, no demuestra que controle el *contenido* de los datos buscados.¹⁵²

161. *En quinto lugar*, contrariamente a lo que sostienen el Sr. Peterson y el Gobierno francés, el hecho de que una operadora como YouTube proporcione a los usuarios registrados en su plataforma un resumen de «vídeos recomendados» tampoco puede demostrar un «papel activo» de dicha operadora. También en este caso, este argumento refleja una comprensión errónea de la sentencia L'Oréal/eBay. Al declarar, en esta sentencia, que un prestador como eBay desempeña tal «papel activo» cuando presta a ciertos vendedores, en lo referente a ofertas de venta determinadas, una asistencia consistente «en promover tales ofertas»,¹⁵³ el Tribunal de Justicia se refería al hecho de que eBay a veces realiza ella misma *la promoción de ciertas ofertas fuera de su mercado*, en Internet, en particular mediante el servicio de referenciación *AdWords*.¹⁵⁴ eBay adquiere el control intelectual de esas ofertas, puesto que las utiliza para hacer publicidad de su mercado.

162. En cambio, el hecho de que una operadora como YouTube recomiende a los usuarios de su plataforma, de manera automatizada, vídeos similares a los que han visualizado anteriormente no me parece determinante. Está acreditado que eBay recomienda también a los usuarios de su mercado, de la misma manera, ofertas similares a las que han consultado en el pasado. Sin embargo, a mi juicio, el Tribunal de Justicia no tuvo en cuenta esta circunstancia en la sentencia

¹⁴⁹ Considero prueba de ello que el Tribunal de Justicia se centrara en la idea de optimizar «la presentación de las ofertas de venta en cuestión» (sentencia L'Oréal/eBay, apartado 116) (el subrayado es mío). Si el Tribunal de Justicia se hubiera referido a la estructuración general de las ofertas de venta presentadas en el mercado, no habría realizado tal precisión y tampoco habría encomendado al órgano jurisdiccional nacional la tarea de comprobar si eBay había desempeñado un «papel activo» «en relación con las ofertas de venta sobre las que trata el litigio principal» (apartado 117 de esta sentencia). En efecto, eBay habría tenido un «papel activo» respecto de cualquier oferta de venta, dado que todas se enmarcan en esta estructura general.

¹⁵⁰ Por ejemplo, modificando determinados fragmentos de los vídeos en cuestión, escogiendo una mejor música de fondo, mejorando el montaje, etc.

¹⁵¹ Véase, por analogía, la sentencia L'Oréal/eBay, apartado 113.

¹⁵² Véase, por analogía, la sentencia Google France, apartados 115 y 117.

¹⁵³ Sentencia L'Oréal/eBay, apartado 116.

¹⁵⁴ Véase la sentencia L'Oréal/eBay, apartados 38, 39 y 114.

L'Oréal/eBay.¹⁵⁵ También en este caso, se trata, *a priori*, de un «tratamiento meramente técnico y automático» de los datos almacenados. De nuevo, el hecho de que el prestador haya desarrollado las herramientas y, en particular, el algoritmo que permite dicho tratamiento y de que, por este motivo, controle las *condiciones de aparición* de los datos recomendados no demuestra que controle el *contenido* de estos últimos.¹⁵⁶

163. En sexto lugar, contrariamente a lo que alegan el Sr. Peterson y Elsevier, el modelo económico adoptado por las operadoras como YouTube y Cyando no permite demostrar que estas últimas tengan un «papel activo» respecto de los datos que almacenan a petición de los usuarios de sus plataformas.

164. A este respecto, el hecho de que se remunere a tal prestador en contraprestación por su servicio es uno de los requisitos que caracterizan un «servicio de la sociedad de la información». Por lo tanto, se trata, por extensión, de un prerrequisito para estar comprendido en el ámbito de aplicación del artículo 14, apartado 1, de la Directiva 2000/31. Por otro lado, considero que el hecho de que esta remuneración consista concretamente en ingresos publicitarios, que dependen no del espacio de almacenamiento facilitado, sino del atractivo de los datos almacenados a petición de los usuarios de la plataforma, es irrelevante.¹⁵⁷ Sobre este particular, debo recordar que el legislador de la Unión deseaba incluir en el ámbito de aplicación de esta Directiva a los prestadores de servicios que se financian en particular mediante la publicidad.¹⁵⁸ Asimismo, nada, en el tenor literal del artículo 14, apartado 1, de dicha Directiva, parece indicar que deba excluirse a tal prestador de la posibilidad de invocar esta disposición, por financiarse de esta manera.

165. Por lo demás, debo señalar que, en las sentencias Google France y L'Oréal/eBay, el Tribunal de Justicia declaró que la mera circunstancia de que un servicio sea remunerado y de que el prestador fije las formas de remuneración no permite demostrar la existencia de un «papel activo» por su parte.¹⁵⁹ Pues bien, la remuneración de Google, en el marco del servicio *AdWords*, depende del atractivo de los datos almacenados, dado que, en concreto, esta remuneración varía en función del número de clics en los enlaces promocionales que utilizan las palabras clave escogidas por los usuarios anunciantes.¹⁶⁰ De forma similar, la remuneración de eBay también depende de los datos almacenados, ya que eBay percibe un porcentaje sobre las transacciones efectuadas a partir de las ofertas de venta.¹⁶¹ Por lo tanto, el Tribunal de Justicia ha reconocido en dichas sentencias, implícita pero necesariamente, que tal circunstancia carece de pertinencia.¹⁶²

¹⁵⁵ También aquí, si el Tribunal de Justicia hubiera tenido en mente este tipo de recomendaciones, no habría encomendado al órgano jurisdiccional nacional la tarea de comprobar si eBay había desempeñado un «papel activo» «en relación con las ofertas de venta sobre las que trata el litigio principal» (sentencia L'Oréal/eBay, apartado 117). En efecto, este «papel activo» habría existido para el conjunto de las ofertas presentes en el mercado, dado que cualquiera de ellas puede potencialmente ser recomendada, según la programación del algoritmo, a un usuario determinado.

¹⁵⁶ Véase, por analogía, la sentencia Google France, apartado 115. Esto es sin perjuicio de la posibilidad de que un prestador de servicios que tenga el control de tal algoritmo sea considerado responsable *de los daños y perjuicios ocasionados por el funcionamiento de este algoritmo en sí mismo*. Esto podría suceder, en particular, si dicho algoritmo discriminara ilegalmente ciertos contenidos o a ciertos usuarios. Reitero que la exención prevista en el artículo 14, apartado 1, de la Directiva 2000/31 solo se refiere a la responsabilidad resultante de los datos almacenados.

¹⁵⁷ Véase, por analogía, Cour de cassation (Tribunal de Casación, Francia), Sala Primera de lo Civil, sentencia n.º 165, de 17 de febrero de 2011, Carion c/Société Dailymotion, n.º 09-67.896.

¹⁵⁸ Véase el considerando 18 de la Directiva 2000/31.

¹⁵⁹ Véanse la sentencia Google France, apartado 116, y la sentencia L'Oréal/eBay, apartado 115.

¹⁶⁰ Véase la sentencia Google France, apartado 25.

¹⁶¹ Véase la sentencia L'Oréal/eBay, apartados 28 y 110.

¹⁶² Lo que resulta especialmente significativo por cuanto el Abogado General Poiares Maduro, en sus conclusiones presentadas en los asuntos acumulados Google France y Google (C-236/08 a C-238/08, EU:C:2009:569), puntos 144 y 145, había sugerido al Tribunal de Justicia el enfoque opuesto.

166. *En séptimo lugar*, no puede considerarse que un prestador tenga un «papel activo» por el mero hecho de que efectúe proactivamente ciertos controles, como los realizados por YouTube mediante Content ID, para detectar la presencia de datos ilícitos en sus servidores. En efecto, tal como resalta el Gobierno finlandés, del considerando 40 de la Directiva 2000/31 se desprende que las disposiciones de esta Directiva, relativa a la responsabilidad de los prestadores intermedios, «no supone[n] un obstáculo para que [se] desarrollen y apliquen de forma efectiva sistemas técnicos de [...] supervisión que permite la tecnología digital». Por lo demás, considero que es preciso evitar adoptar una interpretación del concepto de «papel activo» que pueda acarrear el resultado paradójico de que un prestador de servicios que lleve a cabo determinadas búsquedas por propia iniciativa en los datos que almacena con el fin de luchar en particular contra las vulneraciones de los derechos de autor, perdería el beneficio de la exención de responsabilidad prevista en el artículo 14, apartado 1, de dicha Directiva y sería, por tanto, tratado de forma más severa que un prestador que no lo haga.¹⁶³

167. *Por último*, cabe recordar que, por analogía, en las sentencias SABAM¹⁶⁴ y Glawischnig-Piesczek,¹⁶⁵ el Tribunal de Justicia señaló que «consta» o «ha quedado acreditado» que los explotadores de plataformas de red social pueden acogerse al artículo 14, apartado 1, de la Directiva 2000/31 respecto de los datos que almacenan a petición de sus usuarios. Si bien, como señaló el Gobierno francés en la vista, con estas expresiones se resalta que, en estas sentencias, el Tribunal de Justicia se basó en una premisa no discutida por las partes o por los órganos jurisdiccionales remitentes, observo que, en el marco de las decisiones prejudiciales, el Tribunal de Justicia no deja de cuestionar las premisas relativas a la interpretación del Derecho de la Unión que le parecen dudosas.¹⁶⁶ Pues bien, no lo hizo en dichos asuntos.¹⁶⁷

168. Habida cuenta las anteriores consideraciones, propongo al Tribunal de Justicia que declare que la operadora de una plataforma de intercambio de vídeos, como YouTube, y la operadora de una plataforma de alojamiento y de intercambio de archivos, como Cyando, en principio pueden acogerse a la exención prevista en el artículo 14, apartado 1, de la Directiva 2000/31 para toda responsabilidad que pueda resultar de los archivos que almacenan a petición de los usuarios de sus plataformas.¹⁶⁸

¹⁶³ Véase, en este sentido, el considerando 26 de 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). Por lo demás, se desprende implícita pero necesariamente de la sentencia L'Oréal/eBay que un prestador de servicios puede realizar sus propias búsquedas sin perder, por este motivo, su «papel neutro» (véanse los apartados 46 y 122 de esta sentencia).

¹⁶⁴ Sentencia de 16 de febrero de 2012 (C-360/10, EU:C:2012:85), apartado 27.

¹⁶⁵ Sentencia de 3 de octubre de 2019 (C-18/18, EU:C:2019:821), apartado 22.

¹⁶⁶ Véase, en particular, la sentencia de 29 de julio de 2019, Funke Medien NRW (C-469/17, EU:C:2019:623), apartados 16 a 26.

¹⁶⁷ Por añadidura, el propio legislador de la Unión parece considerar que una operadora de plataforma como YouTube puede beneficiarse del artículo 14, apartado 1, de la Directiva 2000/31, puesto que distintas disposiciones del Derecho de la Unión contemplan la aplicación de ese artículo a tal operadora. Véanse en particular el artículo 28 bis, apartado 5, de la Directiva (UE) 2018/1808 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de noviembre de 2018, por la que se modifica la Directiva 2010/13/UE sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual (Directiva de servicios de comunicación audiovisual), habida cuenta de la evolución de las realidades del mercado (DO 2018, L 303, p. 69), que indica que «[...] los artículos [...] 12 a 15 de la Directiva 2000/31/CE se aplicarán a los prestadores de plataformas de intercambio de vídeos que se consideren establecidos en un Estado miembro» (véase también el artículo 28 ter de esta Directiva).

¹⁶⁸ Sin perjuicio, no obstante, del límite señalado en el punto 146 de las presentes conclusiones.

C. Sobre el requisito de exención relativo a la falta de conocimiento o de consciencia de la ilicitud de la información, prevista en el artículo 14, apartado 1, letra a), de la Directiva 2000/31 (terceras cuestiones)

169. Como he explicado en el marco de mi análisis de las segundas cuestiones prejudiciales, las operadoras como YouTube o Cyando en principio pueden acogerse al artículo 14, apartado 1, de la Directiva 2000/31. Con arreglo a esta disposición, no se puede considerar responsable a un prestador por los datos que almacena a petición de los usuarios de su servicio a condición de que (a) 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, que no tenga «conocimiento de hechos o circunstancias por los que la actividad o la información revele su carácter ilícito»¹⁶⁹ o que, (b) desde que tenga conocimiento de tales hechos, «actúe con prontitud para retirar los datos o hacer que el acceso a ellos sea imposible».

170. Mediante sus terceras cuestiones prejudiciales, el órgano jurisdiccional remitente pregunta al Tribunal de Justicia sobre la interpretación del requisito contemplado en el referido artículo 14, apartado 1, letra a). En esencia, pretende averiguar si este requisito se refiere a una información ilícita concreta.

171. La respuesta a esta cuestión tiene implicaciones importantes para todas las situaciones en las que se trata de determinar la responsabilidad de un prestador de servicios en relación con los datos ilícitos que almacena. En esencia, supone averiguar si, con el fin de hacer que el prestador de que se trate pierda la posibilidad de invocar la exención prevista en el artículo 14, apartado 1, de la Directiva 2000/31, el demandante debe acreditar que dicho prestador tenía «conocimiento» o «consciencia» *de esa información en particular*, o bien si le basta con demostrar que dicho prestador tenía un «conocimiento» o una «consciencia» *generales y abstractos* del hecho de que almacenaba información ilícita y de que sus servicios se utilizaban para actividades ilícitas.

172. En mi opinión, los supuestos contemplados en el artículo 14, apartado 1, letra a), de la Directiva 2000/31 se refieren efectivamente a una información ilícita concreta.

173. Como señala el órgano jurisdiccional remitente y como alegan Google y los Gobiernos alemán y francés, esta interpretación se desprende del propio tenor literal del artículo 14, apartado 1, letra a), de la Directiva 2000/31, que utiliza un artículo determinado («*la* actividad [o] *la* información es ilícita» y «*la* actividad o *la* información [...] ilícit[as]») (el subrayado es mío).¹⁷⁰ Si el legislador de la Unión hubiera deseado referirse a un conocimiento o consciencia generales del hecho de que existen datos ilícitos en los servidores del prestador o de que dichos servicios se utilizan para actividades ilícitas, habría escogido un artículo indeterminado («*una* actividad o *una* información [...] ilícit[as]» o «*actividades* o *información* [...] ilícit[as]»). Asimismo, debo señalar que el artículo 14, apartado 1, letra b), de dicha Directiva también utiliza un artículo determinado («retirar *los* datos o hacer que el acceso a ellos sea imposible») (el subrayado es mío).

¹⁶⁹ Por comodidad, en las presentes conclusiones utilizo el concepto de «conocimiento efectivo» para designar el supuesto al que se refiere la primera parte del artículo 14, apartado 1, letra a), de la Directiva 2000/31 y el concepto de «consciencia» para designar el supuesto contemplado en la segunda parte de dicha disposición.

¹⁷⁰ Así sucede también en la gran mayoría de las restantes versiones lingüísticas de la Directiva 2000/31. El Sr. Peterson y Elsevier replican que la versión en lengua inglesa de esta Directiva apoya la interpretación contraria. No estoy convencido de que sea así. Es cierto que, en esta versión, la primera parte del artículo 14, apartado 1, letra a), de esta Directiva no presenta un artículo determinado («[...] the provider does not have actual knowledge of *illegal activity* or information [...]»). Sin embargo, la segunda parte de la frase, por su parte, efectivamente utiliza un artículo determinado («[...] is not aware of facts or circumstances from which *the* illegal activity or information is apparent [...]») (el subrayado es mío).

174. Esta interpretación se impone también teniendo en cuenta el contexto general en el que se inserta el artículo 14, apartado 1, de la Directiva 2000/31 y el objetivo que persigue esta disposición.

175. A este respecto, debo recordar que, al establecer las exenciones de responsabilidad previstas en la sección 4 de la Directiva 2000/31, el legislador de la Unión pretendía permitir que los prestadores de servicios intermediarios prestaran sus servicios sin correr un riesgo desproporcionado de responsabilidad por los datos que tratan a petición de sus usuarios. En particular, el artículo 14, apartado 1, de esta Directiva tiene por objeto evitar que se considere generalmente responsables a los prestadores debido a la ilicitud de los datos que almacenan, cuyo número es generalmente considerable, y sobre los que, por tanto, no tienen, en principio, el control intelectual. A este respecto, el legislador de la Unión pretendía lograr un equilibrio entre los distintos intereses en presencia. Por una parte, con arreglo al artículo 15, apartado 1, de dicha Directiva, no se puede imponer a dichos prestadores la obligación general de supervisar los archivos que transmiten o almacenan o la obligación general de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas. Por otra parte, en cuanto tengan conocimiento o consciencia efectivos de que unos datos son ilícitos, los mismos prestadores deben actuar con prontitud para retirar tales datos o impedir el acceso a ellos, respetando el principio de la libertad de expresión y los procedimientos establecidos a tal fin a nivel nacional.¹⁷¹

176. Por lo tanto, el artículo 14, apartado 1, de la Directiva 2000/31 tiene por objeto constituir una base para el desarrollo, a escala de los Estados miembros, de procedimientos de «notificación y retirada» (notice and take down)¹⁷² y los requisitos previstos en sus letras a) y b) reflejan, en consecuencia, la lógica de estos procedimientos: cuando se comunique la existencia de una *información ilícita concreta* a un prestador de servicios,¹⁷³ este deberá eliminarla con prontitud.

177. No obstante, el Sr. Peterson y Elsevier replican que las plataformas como YouTube y Uploaded dan lugar a un número importante de usos ilícitos, usos que se notifican regularmente a sus operadoras. Por consiguiente, los demandantes en el litigio principal alegan de nuevo que dichas operadoras deben soportar obligaciones de diligencia que impliquen la prevención y la realización de búsquedas activas de las infracciones cometidas en sus plataformas. En consecuencia, entienden que no pueden invocar su ignorancia sobre información ilícita concreta que se encuentre en estas. A este respecto, su «conocimiento» o su «consciencia» deben presumirse.

178. A mi entender, esta interpretación por los titulares de los derechos es sencillamente incompatible con el Derecho de la Unión, en su estado actual.

179. Dicha argumentación, de entrada, no es compatible con la primera parte del artículo 14, apartado 1, letra a), de la Directiva 2000/31, relativa al «conocimiento efectivo». Para demostrar tal «conocimiento efectivo», es preciso atender no a lo que el prestador habría sabido si hubiera sido diligente, sino a lo que sabía realmente.¹⁷⁴

¹⁷¹ Véanse los considerandos 40, 41 y 46 de la Directiva 2000/31.

¹⁷² Véanse el considerando 40 y el artículo 14, apartado 3, de la Directiva 2000/31. Por lo tanto, contrariamente al artículo 512 introducido por la DMCA, la Directiva 2000/31 no establece un procedimiento de notificación y de retirada armonizado.

¹⁷³ Por esto, entiendo el hecho de comunicar su existencia a un empleado del prestador de servicios. No cabe considerar que un prestador tenga «conocimiento» o «consciencia» de una información ilícita que almacena, en el sentido del artículo 14, apartado 1, de la Directiva 2000/31, basándose en que, por ejemplo, realiza un tratamiento automatizado de dicha información. Tal interpretación privaría a esta disposición de todo efecto útil, ya que todo prestador que aloja datos debe necesariamente efectuar tal tratamiento.

¹⁷⁴ Véanse las conclusiones del Abogado General Jääskinen presentadas en el asunto L'Oréal y otros (C-324/09, EU:C:2010:757), puntos 162 y 163.

180. Son necesarias más explicaciones en cuanto al supuesto de la «consciencia», al que se refiere la segunda parte del artículo 14, apartado 1, letra a), de la Directiva 2000/31. El Tribunal de Justicia formuló varias precisiones a este respecto en la sentencia L'Oréal/eBay. Cabe recordar que, en el asunto que dio lugar a esta sentencia, se trataba de establecer la responsabilidad de eBay por ciertas ofertas de venta, puestas en línea en su mercado, que podían infringir las marcas de L'Oréal. En este contexto, el Tribunal de Justicia precisó que, con el fin de determinar si el operador de un mercado tiene «consciencia» de tales ofertas, en el sentido de esta disposición, procede comprobar si tiene «conocimiento de hechos o circunstancias a partir de los cuales un operador económico diligente hubiera debido deducir ese carácter ilícito y actuar de conformidad con lo establecido [en el artículo 14, apartado 1, letra b), de esta Directiva]». Esto puede suceder en «cualquier situación en la que el prestatario en cuestión adquiera conocimiento, de una forma o de otra, de tales hechos o circunstancias» y, en particular, cuando «descubra la existencia de una actividad o información ilícitas como consecuencia de una investigación realizada por su propia iniciativa» o bien cuando «le sea notificada la existencia de este tipo de actividad o información».¹⁷⁵

181. De esta sentencia se desprende que efectivamente se imponen ciertas obligaciones de diligencia a un prestador de servicios con arreglo al artículo 14, apartado 1, de la Directiva 2000/31. En este sentido, en ocasiones tal prestador puede perder la posibilidad de invocar la exención de responsabilidad prevista en esta disposición debido a que debería haber sabido que una información determinada era ilícita y que, a pesar de esto, no la ha eliminado.

182. No obstante, estas obligaciones de diligencia son significativamente más específicas de lo que sugieren los demandantes en el litigio principal. Considero que no se puede deducir de dicha sentencia que, para actuar como un «operador económico diligente», un prestador de servicios, siempre que tenga un conocimiento abstracto del hecho de que hay datos ilícitos en sus servidores, deba realizar búsquedas activas, de manera general, de tales datos ilícitos y, en consecuencia, se presuma que tiene «consciencia» de cada uno de ellos.

183. A este respecto, es evidente que, habida cuenta del número de ofertas de venta publicadas cada día en un mercado como eBay, la operadora de esta sabe que un cierto número de ellas pueden infringir derechos de propiedad intelectual. Sin embargo, el Tribunal de Justicia, en la sentencia L'Oréal/eBay, no declaró que se considere que tal operador tiene «consciencia» de cualquiera de dichas ofertas infractoras. Al contrario, el Tribunal de Justicia estimó que se debe verificar si se han comunicado a dicho prestador hechos o circunstancias *relativos a las ofertas de venta de las que se trate*. Según el Tribunal de Justicia, se debe comprobar en particular si dicho prestador ha recibido una notificación suficientemente precisa y fundamentada *relativa a dichas ofertas*.¹⁷⁶

184. De lo anterior se desprende que la hipótesis contemplada en la segunda parte del artículo 14, apartado 1, letra a), de la Directiva 2000/31, en la que un prestador de servicios tiene «conocimiento de hechos o circunstancias por los que la actividad o la información revele su carácter ilícito», se refiere al supuesto en el que el prestador tiene (efectivamente) conocimiento de elementos objetivos, *referidos a una información concreta que se encuentra en sus servidores*, que deberían bastarle, por poco que actúe con la diligencia exigida, para darse cuenta de la ilicitud de dicha información y eliminarla, de conformidad con el artículo 14, apartado 1, letra b), de dicha Directiva.

¹⁷⁵ Sentencia L'Oréal/eBay, apartados 120, 121 y 122, respectivamente.

¹⁷⁶ Véase la sentencia L'Oréal/eBay, apartado 122.

185. En suma, un prestador de servicios tiene la obligación de tratar de manera diligente los hechos y circunstancias que se le comuniquen, especialmente en el marco de notificaciones relativas a información ilícita concreta. Esto no puede confundirse con una obligación de realizar búsquedas activas y de manera general de tales hechos y circunstancias. Dicha interpretación invertiría la lógica del artículo 14, apartado 1, de la Directiva 2000/31 y sería incompatible con el artículo 15 de esta Directiva.¹⁷⁷

186. Además, no se debe perder de vista que el sistema de «notificación y retirada» que subyace a dicho artículo 14, apartado 1, tiene por objeto, tal como he indicado, lograr un equilibrio entre los diferentes intereses en juego y, en particular, preservar la libertad de expresión de los usuarios.

187. En este marco, la lógica de las notificaciones no pretende únicamente permitir que un prestador de servicios descubra la existencia y la ubicación de datos ilícitos presentes en sus servidores. La notificación también tiene por objeto proporcionarle suficientes elementos para que se cerciore del carácter ilícito de dichos datos. En efecto, conforme al referido artículo 14, apartado 1, un prestador solo debe retirar tales datos cuando se «revele» dicho carácter ilícito, es decir, cuando sea *manifiesto*.¹⁷⁸ En mi opinión, esta exigencia pretende evitar que el propio prestador deba resolver cuestiones jurídicas complejas y que, al hacerlo, se convierta en árbitro de la legalidad en línea.

188. Pues bien, aunque el carácter ilícito de ciertos datos es evidente de entrada,¹⁷⁹ no sucede lo mismo, por norma general, en materia de derechos de autor. La apreciación del carácter infractor de un archivo exige diversos elementos de contexto y puede necesitar un análisis jurídico detallado. Por ejemplo, establecer si un vídeo puesto en línea en una plataforma como YouTube vulnera un derecho de autor implica, en principio, verificar, en primer lugar, si dicho vídeo contiene una obra; en segundo lugar, si el tercero que plantea una queja es titular de derechos sobre dicha obra, y, en tercer lugar, si el uso que se haya hecho de la obra infringe sus derechos, lo que exige valorar, primero, si el uso se ha realizado con su autorización, y, segundo, si es aplicable alguna excepción. Además, el análisis se ve complicado por el hecho de que los posibles derechos y licencias sobre la obra pueden variar de un Estado miembro a otro, al igual que estas excepciones, en función del Derecho aplicable.¹⁸⁰

189. Si un prestador de servicios estuviera obligado a realizar búsquedas activas de toda información presente en su servidor, sin la asistencia de los titulares de los derechos, esto le obligaría a apreciar por sí mismo, de manera general y sin los elementos de contexto necesarios, lo que está comprendido en la infracción de los derechos de autor. Aunque ciertas situaciones

¹⁷⁷ Véase, en el mismo sentido, Riordan, J.: *The Liability of Internet Intermediaries*, Oxford University Press, Oxford, 2016, pp. 407 y 408. Asimismo, el Tribunal de Justicia precisó, en el apartado 139 de la sentencia L'Oréal/eBay, que las medidas que pueden exigirse a un prestador de servicios como eBay «no pueden consistir en una supervisión activa del conjunto de datos de cada uno de sus clientes dirigida a evitar cualquier futura lesión de derechos de propiedad intelectual causada a través del sitio web de este prestador». De la misma manera, la indicación dada por el Tribunal de Justicia, en el apartado 120 de esta sentencia, según la cual un prestador puede descubrir hechos y circunstancias que revelen la ilegalidad en el marco de sus propias búsquedas simplemente tiene por objeto indicar que el artículo 14, apartado 1, de la Directiva 2000/31 *autoriza* a un prestador a efectuar tales búsquedas. En su caso, el prestador debe, evidentemente, suprimir la información ilícita que descubra. Esto no puede significar que, de manera general, esté *obligado* a realizar tales búsquedas.

¹⁷⁸ Véase Conseil constitutionnel (Consejo Constitucional, Francia), resolución n.º 2004-496 de 10 de junio de 2004.

¹⁷⁹ Me refiero, por ejemplo, a las imágenes de pornografía infantil. Para este tipo de datos que son, en sí mismos, manifiesta e indiscutiblemente ilícitos, a mi entender la Directiva 2000/31 no prohíbe que se exija al prestador que sea proactivo en su retirada. Véanse, en este sentido, el considerando 48 de esta Directiva y, por lo que respecta específicamente a la pornografía infantil, el considerando 47 y el artículo 25 de la Directiva 2011/93.

¹⁸⁰ Véase en particular la sentencia de 16 de febrero de 2012, SABAM (C-360/10, EU:C:2012:85), apartado 50.

dejan poco lugar a la duda,¹⁸¹ muchas otras son equívocas. Por ejemplo, determinar quién posee los derechos sobre una obra rara vez es tarea fácil.¹⁸² Además, cuando se incluye un extracto de una obra protegida en un vídeo publicado por un tercero, podrían ser aplicables determinadas excepciones, como los usos a efectos de cita o de parodia.¹⁸³ Existe el riesgo de que, en todas estas situaciones equívocas, el prestador se incline en favor de la retirada sistemática de los datos que se encuentran en sus servidores, para evitar toda posibilidad de ser considerado responsable ante los titulares de los derechos. En efecto, a menudo le parecerá más sencillo retirar una información antes que verse obligado a invocar, en el marco de una acción por responsabilidad, por ejemplo, la aplicación de una excepción. Tal «exceso de celo» en la retirada de contenidos plantearía un problema evidente en materia de libertad de expresión.¹⁸⁴

190. Por estos motivos, como alega el órgano jurisdiccional remitente, solo puede considerarse que se ha «revelado» el carácter infractor de una información, en el sentido del artículo 14, apartado 1, letra a), de la Directiva 2000/31, cuando el prestador de que se trata haya recibido una notificación que le proporcione elementos que permitan a un «operador económico diligente» que se halle en su situación constatar dicho carácter de forma sencilla y sin un examen jurídico y material pormenorizado. Concretamente, esta notificación debe identificar la obra protegida, describir la infracción denunciada y facilitar indicios suficientemente claros sobre los derechos que la víctima alega tener sobre la obra. Quisiera añadir que, cuando no se excluya de entrada la aplicación de una excepción, la notificación debe contener explicaciones razonables sobre las razones por las que debería excluirse. Considero que solo tal interpretación puede evitar el riesgo de que los prestadores se transformen en árbitros de la legalidad en línea, así como el riesgo de exceso de celo en la retirada de contenidos, mencionados en los puntos anteriores.¹⁸⁵

191. Aclarado lo anterior, aún deben hacerse dos precisiones finales. En primer lugar, opino que existe un supuesto en el que un prestador de servicios no puede esconderse detrás del hecho de que no tenía un «conocimiento» o una «consciencia» efectivos de la información ilícita concreta por la que se le exigen responsabilidades, y en el que debería bastar un conocimiento general y abstracto del hecho de que almacena datos ilícitos y de que sus servicios se utilizan para actividades ilícitas. Se trata de aquel en el que dicho prestador *facilite deliberadamente* la realización de actos ilícitos por parte de los usuarios de su servicio. Cuando haya elementos

¹⁸¹ Por ejemplo, la puesta en línea, por un usuario desconocido, de una copia de escasa calidad, grabada mediante una videocámara, de una película recientemente exhibida en los cines.

¹⁸² Se desprende de la resolución de remisión en el asunto C-682/18 que una parte significativa de la sentencia de apelación se dedica a la determinación de si el Sr. Peterson tiene derechos sobre las obras en cuestión y, de ser así, en qué medida.

¹⁸³ Véase el artículo 5 de la Directiva 2001/29.

¹⁸⁴ Debo señalar, en particular, que la Directiva 2000/31 no prevé ninguna garantía para los usuarios, como un procedimiento de «contra-notificación» que permita impugnar el exceso de celo en la retirada de sus datos. El considerando 46 de esta Directiva se limita a indicar que los Estados miembros pueden «estable[cer] requisitos específicos que deberán cumplirse con prontitud antes de que retiren los datos de que se trate o se impida el acceso a los mismos».

¹⁸⁵ Véase, en este sentido, Riordan, J., *op. cit.*, p. 406. De manera general, la cuestión de si los «hechos y circunstancias» comunicados a un prestador de servicios eran suficientes para hacerle adquirir la «consciencia» de una información ilícita, en el sentido del artículo 14, apartado 1, letra a), de la Directiva 2000/31, depende de todas las circunstancias de cada asunto, en particular del grado de precisión de la notificación, de la complejidad del análisis necesario para comprender la ilegalidad de dicha información y de los recursos de los que dispone dicho prestador. Lo mismo sucede en lo referente a la cuestión de si el prestador ha actuado «con prontitud», en el sentido del artículo 14, apartado 1, letra b), de esta Directiva.

objetivos que demuestren la mala fe de dicho prestador,¹⁸⁶ este último pierde, en mi opinión, la posibilidad de invocar la exención de responsabilidad prevista en el artículo 14, apartado 1, de la Directiva 2000/31.¹⁸⁷

192. En segundo lugar, el Sr. Peterson y Elsevier alegan que, cuando un prestador de servicios haya recibido una notificación suficientemente precisa y fundamentada acerca de una información ilícita, el artículo 14, apartado 1, letra b), de la Directiva 2000/31 exige de dicho prestador no solo que retire la información o haga que el acceso a esta sea imposible, sino también que adopte las medidas necesarias para «bloquear» dicha información, es decir, impedir que esta *vuelva a ser puesta en línea*. Dicho de otro modo, en el supuesto de que un prestador reciba tal notificación, se considerará que tiene «consciencia» no solo que de la información que se encuentra en ese momento en sus servidores, sino también de todas las posibles puestas en línea futuras de la misma información, sin que se necesite una nueva notificación para cada una de ellas.

193. A este respecto, los titulares de los derechos señalan regularmente que las informaciones que han sido objeto de una notificación y que un prestador de servicios ha retirado a menudo se vuelven a poner en línea poco tiempo después. En consecuencia, se ven obligados a vigilar continuamente todos los sitios de Internet que pueden alojar sus obras y a multiplicar las notificaciones. La solución que sugieren los titulares de derechos para paliar el problema es interpretar el artículo 14, apartado 1, de la Directiva 2000/31 en el sentido de que subyace en él un sistema no solo de «notificación y retirada» (notice and *take down*), sino también de «notificación y bloqueo» (notice and *stay down*).

194. En mi opinión, el hecho de integrar en el artículo 14, apartado 1, de la Directiva 2000/31 una obligación de «stay down» modificaría significativamente el alcance de esta disposición. Retirar una información implica, para el prestador de servicios, reaccionar (diligentemente) ante una notificación. En cambio, bloquear una información exige establecer una tecnología de filtrado de los datos que almacena. En este marco, se trata de impedir no solo que se vuelva a poner en línea un archivo informático determinado, sino más bien cualquier archivo *que tenga un contenido equivalente*. Independientemente del hecho de que ciertos prestadores, entre los que, al parecer, se encuentra YouTube, disponen de tecnologías que permiten tal «stay down» y las aplican voluntariamente, me parece arriesgado integrar tal obligación en esta disposición, mediante una interpretación «dinámica», e imponerla así a cualquier prestador de servicios, incluidos aquellos que no disponen de los recursos necesarios para poner en marcha una tecnología semejante.¹⁸⁸

195. En cambio, considero que puede imponerse tal obligación de «stay down» a ciertos prestadores de servicios, en las condiciones que precisaré en el contexto de mi análisis de las cuartas cuestiones, especialmente en función de sus capacidades, en el marco de una medida cautelar, con arreglo al artículo 8, apartado 3, de la Directiva 2001/29.

¹⁸⁶ Sobre esta cuestión, remito al lector a los puntos 120 a 131 de las presentes conclusiones.

¹⁸⁷ En efecto, en mi opinión es inconcebible que, por ejemplo, los administradores de la plataforma «The Pirate Bay» puedan acogerse al artículo 14, apartado 1, de la Directiva 2000/31 para eludir su responsabilidad secundaria, en virtud del Derecho nacional, por los datos almacenados en esa plataforma. Como argumenta el Gobierno francés, esta disposición tiene por objeto proteger a los prestadores de servicios que actúan generalmente de buena fe, no a los prestadores cuya intención es facilitar las vulneraciones del derecho de autor.

¹⁸⁸ En cambio, aparece una obligación de «stay down» en el artículo 17, apartado 4, de la Directiva 2019/790. No obstante, debo señalar que el legislador ha previsto una excepción para los «pequeños» prestadores de servicios que no tengan los recursos o la tecnología necesarios para implementar tal obligación.

196. Habida cuenta de todas las consideraciones precedentes, sugiero al Tribunal de Justicia que responda a las terceras cuestiones que el artículo 14, apartado 1, letra a), de la Directiva 2000/31 debe interpretarse en el sentido de que los supuestos contemplados en este, a saber, aquel en el que un prestador de servicios tenga «conocimiento efectivo de que la actividad [o] la información es ilícita» y aquel en el que tal prestador tenga «conocimiento de hechos o circunstancias por los que la actividad o la información revele su carácter ilícito», se refieren, en principio, a una información ilícita concreta.

D. Sobre las condiciones para solicitar una medida cautelar contra un intermediario, de conformidad con el artículo 8, apartado 3, de la Directiva 2001/29 (cuartas cuestiones)

197. En el supuesto en que el Tribunal de Justicia declare que las operadoras de plataformas como YouTube y Cyando pueden acogerse al artículo 14 de la Directiva 2000/31, estas últimas estarían exentas de toda responsabilidad que pueda derivarse de los archivos que almacenan a petición de los usuarios de sus plataformas, siempre y cuando cumplan los requisitos previstos en el apartado 1 de dicho artículo.

198. No obstante, como precisa su apartado 3, el artículo 14 de la Directiva 2000/31 «no afectará la posibilidad de que un tribunal o una autoridad administrativa, de conformidad con los sistemas jurídicos de los Estados miembros, exijan al prestador de servicios [...] poner fin a una infracción o impedirla». En otras palabras, ese mismo artículo no impide que un prestador de servicios sea el destinatario, en particular, de un *mandamiento judicial*, incluso aunque cumpla dichos requisitos.¹⁸⁹

199. A este respecto, el artículo 8, apartado 3, de la Directiva 2001/29 obliga a los Estados miembros a velar por que «los titulares de los derechos estén en condiciones de solicitar medidas cautelares contra los intermediarios a cuyos servicios recurra un tercero para infringir un derecho de autor o un derecho afín a los derechos de autor».¹⁹⁰

200. Mediante sus *cuartas cuestiones*, el Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo de lo Civil y Penal) solicita al Tribunal de Justicia que precise los requisitos que deben cumplir los titulares de los derechos para poder solicitar tal medida cautelar, con arreglo al artículo 8, apartado 3, de la Directiva 2001/29.

201. Este órgano jurisdiccional se pregunta, más específicamente, sobre la compatibilidad de su jurisprudencia con el Derecho de la Unión. Según esta jurisprudencia, dicho artículo 8, apartado 3, se aplica, en Derecho alemán, mediante la «responsabilidad indirecta» (*Störerhaftung*), establecida desde larga data. Esta institución prevé que, en caso de vulneración de un derecho absoluto, como un derecho de propiedad intelectual, aquel que, sin ser autor o colaborador de dicha vulneración, contribuya a esta de cualquier forma, deliberadamente, y con una relación de causalidad adecuada, puede ser objeto de acciones judiciales por su participación

¹⁸⁹ Véase también el considerando 45 de la Directiva 2000/31.

¹⁹⁰ Esta obligación también figura en el artículo 11, tercera frase, de la Directiva 2004/48, que se aplica a las vulneraciones de diferentes derechos de propiedad intelectual, entre ellos los derechos de autor (véase el artículo 2, apartado 1, de esta Directiva). No obstante, esta disposición se aplica, como precisa tal Directiva, «sin perjuicio de lo dispuesto» del artículo 8, apartado 3, de la Directiva 2001/29. En todo caso, dado que el artículo 8, apartado 3, de la Directiva 2001/29 y el artículo 11, tercera frase, de la Directiva 2004/48 están redactados de manera casi idéntica y estas Directivas persiguen el mismo objetivo de un elevado nivel de protección de la propiedad intelectual (véase el considerando 9 de la primera Directiva y el considerando 10 de la segunda), en mi opinión estas disposiciones deben recibir la misma interpretación.

indirecta. Puede bastar, en este marco, que la persona en cuestión apoye o explote el comportamiento del tercero autor de esa misma vulneración, actuando por propia iniciativa, si dicha persona tenía jurídica y materialmente la posibilidad de prevenir la vulneración cometida.¹⁹¹

202. Como explica el órgano jurisdiccional remitente, para no ampliar la «responsabilidad indirecta» excesivamente a las personas que no sean ni autoras ni colaboradoras de vulneraciones, esta responsabilidad *presupone el incumplimiento de obligaciones de comportamiento*. El alcance de estas obligaciones depende de si cabe razonablemente esperar de quien participe de forma indirecta, habida cuenta de las circunstancias, y, en su caso, en qué medida, que controle o supervise a los terceros con el fin de prevenir tales infracciones. Esto debe determinarse, en cada caso, teniendo en cuenta la función y los cometidos de quien participe de forma indirecta, así como la responsabilidad personal de los autores de dichas infracciones.

203. En este contexto, se puede actuar por responsabilidad indirecta contra un prestador intermediario que almacene datos facilitados por los usuarios de su servicio y este puede ser objeto de un *mandamiento judicial de cesación* sobre esta base si, *por una parte*, ha recibido una notificación suficientemente precisa y fundamentada relativa a una información ilícita concreta y, *por otra parte*, ha habido «reincidencia» debido a que dicho prestador bien no ha actuado con prontitud para retirar la información de que se trata o hacer que el acceso a esta sea imposible, bien no ha adoptado las medidas necesarias para impedir que dicha información vuelva a ser puesta en línea.¹⁹² En consecuencia, los titulares de los derechos no pueden solicitar un mandamiento judicial contra un intermediario desde el momento en que un usuario de sus servicios haya cometido una vulneración de sus derechos.

204. En esencia, se debe determinar si el artículo 8, apartado 3, de la Directiva 2001/29 se opone a que la posibilidad de que los titulares de los derechos soliciten medidas cautelares contra un intermediario esté condicionada por la exigencia de tal reincidencia.

205. El órgano jurisdiccional remitente considera que no es así. Google y Cyando, así como los Gobiernos alemán y finlandés, son de la misma opinión. Por mi parte, me inclino a considerar, al igual que el Sr. Peterson, Elsevier, el Gobierno francés y la Comisión, que el artículo 8, apartado 3, de la Directiva 2001/29 se opone efectivamente a esta exigencia.

206. *En primer lugar*, debo recordar que dicho artículo 8, apartado 3, reconoce a los titulares de los derechos el derecho a solicitar medidas cautelares contra los «intermediarios» «a cuyos servicios recurra un tercero» para «infringir un derecho de autor o un derecho afín a los derechos de autor». De conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, constituye un «intermediario», en el sentido de esta disposición, todo prestador que preste un servicio que

¹⁹¹ La «responsabilidad indirecta» permite obtener un mandamiento judicial. Por lo tanto, no constituye una base para la concesión de una indemnización por daños y perjuicios, contrariamente a la responsabilidad principal del autor de una infracción y a la responsabilidad del colaborador, prevista en el artículo 830 del BGB.

¹⁹² Véase en particular Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo de lo Civil y Penal), sentencias de 26 de julio de 2012, I ZR 18/11, GRUR 2013, 370 — Alone in the Dark, y de 19 de marzo de 2015, I ZR 94/13, GRUR 2015 1129 — Hotelbewertungsportal. Según la jurisprudencia de dicho órgano jurisdiccional, las operadoras como YouTube y Cyando no son, por regla general, directamente responsables de las vulneraciones de los derechos de autor cometidas mediante sus plataformas, por cuanto no llevan a cabo la «comunicación al público» de las obras que se ponen en línea en estas. Tampoco se considera responsables a estas operadoras, en principio, como colaboradoras de dichas vulneraciones, en el sentido del artículo 830 del BGB, ya que una condena sobre esta base implica demostrar una intencionalidad y un conocimiento relativos a una infracción concreta (véase mi análisis de las cuestiones prejudiciales quintas y sextas). Por lo tanto, el referido órgano jurisdiccional encuadra el comportamiento de tales operadoras fundamentalmente en el marco de los mandamientos judiciales basados en la «responsabilidad indirecta». Así pues, en los litigios principales, los tribunales de apelación condenaron a YouTube y a Cyando en virtud de su participación indirecta, por haber incumplido sus obligaciones de comportamiento.

pueda ser utilizado por otras personas para infringir tal derecho de propiedad intelectual.¹⁹³ Esto es indudablemente cierto en el caso de YouTube y de Cyando. Los terceros «recur[r] [a sus servicios]» para «infringir un derecho de autor o un derecho afín a los derechos de autor» cada vez que uno de sus usuarios publica en línea desde sus plataformas, de manera ilícita, una obra protegida.

207. *En segundo lugar*, si bien el considerando 59 de la Directiva 2001/29 indica que, en principio, corresponde a la legislación nacional de los Estados miembros regular las condiciones y modalidades de dichas medidas cautelares, de ello se deriva simplemente que estos disponen de un margen de apreciación a este respecto. En todo caso, dichas condiciones y modalidades deben permitir la consecución del objetivo perseguido por el artículo 8, apartado 3, de esta Directiva.¹⁹⁴ En consecuencia, este margen de apreciación no puede permitir a dichos Estados modificar el alcance y, por tanto, la esencia del derecho que esta disposición reconoce a los titulares de los derechos.

208. En este contexto, cabe señalar que la posibilidad de que los titulares de los derechos obtengan un mandamiento judicial contra un prestador intermediario, con arreglo a los requisitos de la «responsabilidad indirecta», depende del comportamiento de este último. Tal como he indicado, el mandamiento judicial dictado sobre la base de esta institución es un mandamiento judicial de *cesación*. Implica que dicho prestador ha incumplido determinadas *obligaciones de comportamiento*¹⁹⁵ y permite obtener la ejecución judicial forzosa de estas.

209. Pues bien, el artículo 8, apartado 3, de la Directiva 2001/29 surge de una lógica diferente. Contrariamente a los mandamientos judiciales contra los infractores, contemplados en el apartado 2 de este artículo, las medidas cautelares contra intermediarios previstas en el apartado 3 del mismo artículo *no pretenden (solamente) hacer cesar determinados comportamientos reprobables* de estos. Incluso los intermediarios «inocentes», en el sentido de que cumplen generalmente todas las obligaciones que les impone la ley, están contemplados en esta disposición, que permite a los titulares de los derechos exigirles que se impliquen más en la lucha contra las infracciones del derecho de autor cometidas por los usuarios de sus servicios, basándose en que generalmente son quienes están en mejor situación de poner fin a dichas infracciones. Desde esta perspectiva, la referida disposición permite imponer a estos mismos intermediarios *nuevas obligaciones* mediante medidas cautelares. Se trata, en suma, de una forma de cooperación forzada.¹⁹⁶

210. Esta diferencia de lógica podría no ser problemática en sí misma. Tal como he indicado, únicamente importa el resultado obtenido por los Estados miembros, no los métodos mediante los cuales aplican el artículo 8, apartado 3, de la Directiva 2001/29. En términos absolutos, lo único que importa a este respecto es la posibilidad de que los titulares de los derechos obtengan unas medidas cautelares que obliguen a los intermediarios a observar un determinado

¹⁹³ Véase, por analogía, la sentencia de 7 de julio de 2016, Tommy Hilfiger Licensing y otros (C-494/15, EU:C:2016:528), apartado 23 y jurisprudencia citada.

¹⁹⁴ Véase la sentencia L'Oréal/eBay, apartado 136.

¹⁹⁵ Las obligaciones de comportamiento que recaen concretamente en los prestadores de servicios que llevan a cabo una actividad que consiste, en particular, en el alojamiento de archivos proporcionados por terceros, según la jurisprudencia del Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo de lo Civil y Penal), reflejan el requisito previsto en el artículo 14, apartado 1, letra b), de la Directiva 2000/31. No obstante, a mi entender, estas obligaciones van más allá de esa disposición: dicho órgano jurisdiccional obliga a que el prestador no solo haya retirado la información notificada, sino también a que haya bloqueado dicha información, siguiendo una lógica de «stay down».

¹⁹⁶ Véanse el considerando 59 de la Directiva 2001/29, así como Husovec, *op. cit.* pp. XV, XVI, 8 y 10 a 13. En mi opinión, el hecho de que los intermediarios se beneficien financieramente, en cierta medida, de los usos ilícitos de sus servicios justifica igualmente que tengan que soportar tales mandamientos judiciales.

comportamiento protector de sus intereses. Es irrelevante si, en el plano teórico, esas medidas cautelares sancionan el incumplimiento de obligaciones de comportamiento preexistentes o imponen otras nuevas.

211. Sin embargo, supeditar el pronunciamiento de tales medidas cautelares al incumplimiento de obligaciones de comportamiento preexistentes por parte del intermediario tiene por consecuencia el *retraso y, con ello, la limitación* del derecho que el artículo 8, apartado 3, de la Directiva 2001/29 reconoce a los titulares de derechos.¹⁹⁷ En la práctica, como alega el Sr. Peterson, estos últimos solo pueden solicitar medidas cautelares contra un intermediario cuando se haya cometido una infracción relativa a una primera información ilícita y se haya notificado debidamente a este último (notificación que da lugar a obligaciones de comportamiento) y cuando, además, se haya repetido la infracción (lo que determina el incumplimiento del intermediario de dichas obligaciones).

212. Pues bien, a mi juicio, un titular de derechos debe poder solicitar tales medidas cautelares desde el momento en que se acredite que hay terceros que vulneran sus derechos a través del servicio del intermediario, sin necesidad de esperar a que se haya producido reincidencia y sin tener que demostrar una conducta ilícita por parte de este.¹⁹⁸ Quisiera precisar que, a mi entender, el artículo 8, apartado 3, de la Directiva 2001/29 no se opone a las reglas de la «responsabilidad indirecta» en sí mismas. Se opone más bien al hecho de que los titulares de derechos no tengan otro fundamento, en el Derecho alemán, que les permita solicitar unas medidas cautelares contra un intermediario en estas circunstancias.

213. Esta interpretación no se ve desvirtuada, a mi entender, por la alegación, formulada por el órgano jurisdiccional remitente y reiterada por Google, Cyando y el Gobierno finlandés, según la cual permitir a los titulares de los derechos que soliciten medidas cautelares contra un intermediario, con arreglo al artículo 8, apartado 3, de la Directiva 2001/29, antes incluso de que haya reincidencia, equivaldría a imponer a este último una obligación general de supervisión y de realización de búsquedas activas, contraria al artículo 15, apartado 1, de la Directiva 2000/31. Según estos, admitir tal posibilidad equivaldría a decir que, antes incluso de recibir una notificación suficientemente precisa y fundamentada, el intermediario debería haber retirado la información en cuestión y haber bloqueado la posibilidad que se volviera a poner en línea, lo que implicaría que supervise sus servidores y realice búsquedas activas, de manera general, de los datos ilícitos que puedan encontrarse en estos.

214. Pues bien, tal consecuencia no se desprende de la interpretación que sugiero. El hecho de que los titulares de los derechos puedan solicitar un mandamiento judicial contra un intermediario en un caso concreto no significa que este último esté necesariamente obligado a actuar de una determinada manera *antes* del pronunciamiento de dicho mandamiento judicial. Debo reiterar que las medidas cautelares contempladas en el artículo 8, apartado 3, de la Directiva 2001/29, en principio, no están destinadas a sancionar un incumplimiento por parte de los intermediarios de obligaciones de diligencia preexistentes, sino a imponerles obligaciones nuevas, válidas para el futuro.

¹⁹⁷ Véase, en el mismo sentido, Nordemann, J. B.: «Liability for Copyright Infringements on the Internet: Host Providers (Content Providers) — The German Approach», *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law*, vol. 2, n.º 1, 2011, p. 40.

¹⁹⁸ Véase, en el mismo sentido, la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo, de 29 de noviembre de 2017, Directrices sobre determinados aspectos de la Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual [COM(2017) 708 final], p. 19: «las autoridades judiciales competentes no pueden exigir a los solicitantes que demuestren que el intermediario es responsable, incluso indirectamente, de una (supuesta) infracción, como condición para que se dicte un mandamiento judicial».

215. *Por último*, soy perfectamente consciente del hecho de que el requisito de la «responsabilidad indirecta» relativo a que el intermediario haya incumplido obligaciones de comportamiento tiene por objeto, tal como ha indicado el órgano jurisdiccional remitente, limitar el círculo de las personas que pueden verse obligadas a soportar medidas cautelares. No obstante, la interpretación que sugiero no equivale a afirmar que los titulares de derechos deben poder solicitar cualquier medida cautelar contra cualquier prestador intermediario. Considero que los órganos jurisdiccionales nacionales deben aplicar el principio de proporcionalidad para determinar el alcance de las obligaciones que pueden razonablemente imponerse a un prestador determinado, habida cuenta, en particular, de su situación en relación con las vulneraciones del derecho de autor en cuestión. En determinados casos, un prestador podría estar demasiado alejado de estas vulneraciones para que sea proporcionado solicitar su cooperación. Sea como fuere, esta cuestión no se plantea en el presente asunto. En efecto, las operadoras como YouTube y Cyando se encuentran próximas a las vulneraciones cometidas por los usuarios de sus plataformas dado que almacenan en sus servidores los archivos correspondientes.

216. Las partes del litigio principal también han planteado, ante el Tribunal de Justicia, la cuestión del alcance de los mandamientos judiciales que pueden obtenerse contra los intermediarios — dado que los titulares de los derechos estiman que, a este respecto, la jurisprudencia del Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo de lo Civil y Penal) no va lo suficientemente lejos, mientras que los operadores de plataformas consideran, por el contrario, que esta jurisprudencia va más allá de lo que permite el Derecho de la Unión—. Dado que dicho órgano jurisdiccional no ha formulado esta pregunta al Tribunal de Justicia, pero está íntimamente relacionada con los problemas planteados de forma general en los presentes asuntos, haré algunas breves observaciones al respecto.

217. El Tribunal de Justicia ya ha aclarado que las medidas cautelares dictadas con arreglo al artículo 8, apartado 3, de la Directiva 2001/29 pueden requerir a un intermediario que adopte medidas que contribuyan no solo a *poner término* a las lesiones de los derechos de autor cometidas por los usuarios de su servicio, sino también a *evitar* nuevas lesiones de esta naturaleza.¹⁹⁹ Las medidas que se le pueden imponer en el marco de tal mandamiento judicial deben ser efectivas, proporcionadas y disuasorias, garantizar un justo equilibrio entre los distintos derechos e intereses en juego y no deben crear obstáculos a los usos lícitos del servicio.²⁰⁰

218. Asimismo, estas medidas deben respetar los límites establecidos por el artículo 15, apartado 1, de la Directiva 2000/31.²⁰¹ En los presentes asuntos, se trata en particular de averiguar si un mandamiento judicial puede imponer a un operador la obligación de detectar y bloquear la puesta en línea ilícita de obras protegidas en su plataforma, y en qué medida. Tal como he indicado,²⁰² en general esto exigirá que el prestador utilice una tecnología de filtrado de los datos que almacena. En consecuencia, se trata de averiguar si debe considerarse necesariamente que un mandamiento judicial de este tipo implica obligaciones generales de supervisión y realización de búsquedas activas, prohibidas por dicha disposición.

¹⁹⁹ Véase, por analogía, la sentencia L'Oréal/eBay, apartado 131.

²⁰⁰ Véanse el artículo 3 de la Directiva 2004/48 y, por analogía, la sentencia L'Oréal/eBay, apartados 140 a 144. Debo recordar que esta Directiva también es aplicable en materia de derechos de autor. Por lo tanto, las exigencias planteadas en sus disposiciones generales deben respetarse en el marco de las medidas cautelares dictadas con arreglo al artículo 8, apartado 3, de la Directiva 2001/29.

²⁰¹ Véase la sentencia de 16 de febrero de 2012, SABAM (C-360/10, EU:C:2012:85), apartados 31 a 33.

²⁰² Véase el punto 194 de las presentes conclusiones.

219. Sobre este aspecto, debo señalar que, por un lado, en la sentencia SABAM,²⁰³ el Tribunal de Justicia declaró que el artículo 15, apartado 1, de la Directiva 2000/31 se opone a que se obligue al operador de una plataforma de red social a establecer un sistema de filtrado de los datos almacenados a petición de los usuarios de su servicio, que se aplique indistintamente respecto del conjunto de dichos usuarios, con carácter preventivo, a su exclusivo coste y sin limitación en el tiempo, capaz de identificar archivos que contengan obras sobre las que el solicitante posea derechos de propiedad intelectual, con el fin de bloquear la puesta a disposición del público de dichas obras. El Tribunal de Justicia también hizo hincapié en el hecho de que tal medida implica, para ese operador, tener que supervisar la totalidad o la mayor parte de los datos que almacena, se refiere a toda lesión futura y supone deber proteger no solo las obras existentes, sino también las obras que aún no se hayan creado en el momento del establecimiento de dicho sistema.

220. Por otro lado, el Tribunal de Justicia declaró, en la sentencia Glawischnig-Piesczek,²⁰⁴ que, a su vez, se refiere al ámbito de la lesión al honor, que un mandamiento judicial puede imponer a un prestador intermediario detectar y bloquear una *información precisa*, cuyo contenido haya sido analizado y apreciado por un órgano jurisdiccional que, al término de su apreciación, la haya declarado ilícita. De este modo, un órgano jurisdiccional puede exigir al prestador que bloquee el acceso a los *datos idénticos* a esta, sea quien fuere el usuario que haya solicitado su almacenamiento. Una medida cautelar incluso puede ampliarse a los *datos similares*, en la medida en que incluyan elementos concretos debidamente identificados en las medidas cautelares y en que el prestador no se vea obligado a efectuar una apreciación autónoma de su carácter difamatorio, sino que, por el contrario, pueda *utilizar técnicas e instrumentos de búsqueda automatizados*. Para el Tribunal de Justicia, dicho mandamiento judicial impone únicamente obligaciones *específicas* de supervisión y de búsqueda activa, conformes con el artículo 14, apartado 1, de la Directiva 2000/31.²⁰⁵

221. De estas sentencias se desprende que, según el Tribunal de Justicia, el artículo 15, apartado 1, de la Directiva 2000/31 no se opone a toda obligación de detección y bloqueo. Si bien esta disposición prohíbe que se obligue a un prestador, a través de un mandamiento judicial, a realizar un filtrado generalizado de la información que almacena *en busca de cualquier infracción de los derechos de autor*,²⁰⁶ no se opone, *a priori*, a que se obligue a dicho prestador a efectuar un bloqueo referido a un *archivo preciso* que haga un uso de una obra protegida declarado ilícito por un tribunal. Tal como entiendo la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, dicha disposición no se opone, en este contexto, a que el prestador se vea obligado a detectar y bloquear no solo las copias *idénticas* de ese archivo, sino también otros archivos *equivalentes*, es decir, en mi opinión, aquellos que hacen un mismo uso de la obra en cuestión. En esta medida, la misma disposición no se opone, por tanto, a que se imponga una obligación de «stay down» a un prestador intermediario.

222. No obstante, cabe recordar que las medidas adoptadas contra un prestador en el marco de un mandamiento judicial deben ser proporcionadas. En este sentido, es importante tener en cuenta los recursos de dicho prestador. En particular, si bien bloquear una copia idéntica a un archivo que se ha declarado constitutivo de infracción parece relativamente sencillo,²⁰⁷ es notablemente

²⁰³ Sentencia de 16 de febrero de 2012 (C-360/10, EU:C:2012:85), apartados 35 a 38.

²⁰⁴ Sentencia de 3 de octubre de 2019 (C-18/18, EU:C:2019:821), apartados 33 a 47.

²⁰⁵ Véase el considerando 47 de la Directiva 2000/31.

²⁰⁶ Véase también la sentencia L'Oréal/eBay, apartado 139.

²⁰⁷ A este respecto, las copias de un mismo archivo pueden identificarse gracias a filtros MD5 o «hash filters», que parecen habituales.

más complejo detectar otros archivos que hagan el mismo uso de la obra en cuestión.²⁰⁸ Aunque YouTube afirma que puede hacerlo,²⁰⁹ no todos los prestadores disponen de la tecnología necesaria o de los recursos para dotarse de ella.²¹⁰ Cabe recordar, asimismo, que las medidas impuestas mediante mandato judicial deben garantizar el justo equilibrio entre los diferentes derechos e intereses en juego y no deben crear obstáculos a los usos lícitos del servicio. En particular, considero que una obligación de bloqueo no puede tener por efecto impedir a los usuarios de una plataforma poner en línea contenidos legales y, en particular, hacer un uso lícito de la obra en cuestión.²¹¹ Corresponde al órgano jurisdiccional determinar lo que es razonable esperar del prestador de que se trate.

223. Habida cuenta de las consideraciones expuestas anteriormente, sugiero al Tribunal de Justicia que responda a las cuartas cuestiones en el sentido de que el artículo 8, apartado 3, de la Directiva 2001/29 se opone a que los titulares de los derechos únicamente puedan solicitar medidas cautelares contra un prestador a cuyo servicio, consistente en el almacenamiento de datos facilitados por un usuario, recurran terceros para infringir un derecho de autor o un derecho afín a los derechos de autor, cuando, tras haber denunciado una clara infracción de sus derechos, se haya vuelto a producir otra infracción del mismo tipo.

E. Con carácter subsidiario — sobre el concepto de «infractor» en el sentido del artículo 13 de la Directiva 2004/48 (cuestiones quintas y sextas)

224. El Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo de lo Civil y Penal) formuló sus *cuestiones quintas y sextas* únicamente para el supuesto de que el Tribunal de Justicia respondiera en sentido negativo tanto a las cuestiones primeras como a las segundas. El órgano jurisdiccional remitente se refiere, por tanto, a una hipótesis en que, por una parte, la actividad de operadoras como YouTube y Cyando no esté comprendida en el concepto de «comunicación al público», en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29 y, por otra parte, dichas operadoras no puedan acogerse al artículo 14, apartado 1, de la Directiva 2000/31 en relación con la responsabilidad que puede derivarse de los datos que almacenan a petición de los usuarios de sus plataformas.²¹²

²⁰⁸ Por ejemplo, por lo que respecta a una obra cinematográfica, son posibles una multitud de variaciones en cuanto al formato o la calidad de la imagen, la duración, etc.

²⁰⁹ A tenor de las explicaciones aportadas por Google, una vez que se ha volcado un archivo de referencia para una obra en la base de datos de Content ID, este programa reconoce automáticamente (casi) todos los archivos que contengan dicha obra cuando se ponen en línea.

²¹⁰ Según la información aportada por Google, gastó más de 100 millones de dólares (aproximadamente 88 millones de euros) en el desarrollo de Content ID.

²¹¹ Véase, en este sentido, la sentencia de 16 de febrero de 2012, SABAM (C-360/10, EU:C:2012:85), apartado 50. En particular, un mandamiento judicial no puede crear obstáculos a la posibilidad de que los usuarios de una plataforma hagan un uso de obras protegidas incluido en las excepciones y limitaciones previstas en el artículo 5 de la Directiva 2001/29. Por lo que respecta a una plataforma como YouTube, se trata, en particular, de permitir a los usuarios compartir vídeos que usen obras con fines de crítica, de reseña o de parodia, en las condiciones previstas en el apartado 3, letras d) y k), de dicho artículo 5. En lo que atañe a un «cyberlocker», se trata, fundamentalmente, de no privar a los usuarios del derecho a la copia privada previsto en el artículo 5, apartado 2, letra b), de la referida Directiva [véanse, a este respecto, las conclusiones del Abogado General Szpunar en el asunto VCAST (C-265/16, EU:C:2017:649), puntos 23 a 28)].

²¹² Debo recordar que, en mi opinión, el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29 y el artículo 14, apartado 1, de la Directiva 2000/31 deben interpretarse de manera coherente. En particular, el «papel ineludible», en el sentido de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en relación con la primera disposición debería corresponder, en la práctica, para los prestadores de servicios intermediarios que almacenan datos facilitados por los usuarios de sus servicios, al «papel activo» contemplado en su jurisprudencia relativa a la segunda. Por lo tanto, solo responderé a las cuestiones prejudiciales quintas y sextas brevemente y con carácter subsidiario.

225. Mediante sus *quintas cuestiones prejudiciales*, este órgano jurisdiccional pregunta si, en este supuesto, se debe considerar a esas operadoras como «infractoras», en particular en el sentido del artículo 13, apartado 1, de la Directiva 2004/48, debido a que han desempeñado un «papel activo» en relación con archivos que contienen obras protegidas puestos en línea, de manera ilícita, por los usuarios de sus plataformas.

226. En caso afirmativo, dicho órgano jurisdiccional pregunta, mediante sus *sextas cuestiones prejudiciales*, sobre la compatibilidad de las normas en materia de colaboración establecidas en el artículo 830 del BGB con dicho artículo 13, apartado 1. Esta última disposición, que prevé una forma de responsabilidad secundaria, permite a la víctima de una infracción —contrariamente a la «responsabilidad indirecta»— obtener una indemnización por daños y perjuicios de una persona que haya actuado como colaboradora. Se califica como tal a quien haya inducido deliberadamente a un tercero a cometer dolosamente una infracción o a quien le haya prestado asistencia a tal fin. No obstante, la responsabilidad del colaborador supone, además de una participación objetiva en una infracción concreta, al menos una intención parcial en lo tocante a esa infracción, que debe extenderse a la consciencia de la ilegalidad. Por lo tanto, en la práctica, solo se puede considerar responsable a un prestador intermediario como colaborador de las *infracciones concretas* de los derechos de autor cometidas por los usuarios de su servicio de las que tenga conocimiento y que haya facilitado deliberadamente. Pues bien, el órgano jurisdiccional remitente se pregunta si, en virtud de este mismo artículo 13, apartado 1, debería bastar, para condenar a un prestador intermediario a pagar una indemnización por daños y perjuicios a los titulares de los derechos, con que este tenga conocimiento o consciencia, *de manera general y abstracta*, del hecho de que su servicio se utiliza para vulnerar el derecho de autor.

227. En mi opinión, el artículo 13, apartado 1, de la Directiva 2004/48 simplemente no tiene por objeto regular las condiciones de la responsabilidad de los prestadores de servicios intermediarios por las vulneraciones del derecho de autor cometidas por los usuarios de sus servicios.

228. A este respecto, debo señalar que esta disposición prevé que «las autoridades judiciales competentes ordenen, a instancia de la parte perjudicada, al infractor que, a sabiendas o con motivos razonables para saberlo, haya intervenido en una actividad infractora, el pago al titular del derecho de una indemnización adecuada a los daños y perjuicios efectivos que haya sufrido como consecuencia de la infracción». En el sentido de dicha disposición, el «infractor» es, por tanto, la persona que intervenga en una «actividad infractora» o, dicho de otro modo, aquella que infrinja un derecho de propiedad intelectual.

229. No obstante, el artículo 13, apartado 1, de la Directiva 2004/48 tiene únicamente por objeto el establecimiento de normas, de carácter procesal, relativas a la concesión y la fijación de la indemnización por daños y perjuicios cuando se haya cometido tal infracción. Esta disposición no pretende determinar, de forma previa, qué derechos de propiedad intelectual se protegen, qué actos infringen tales derechos, quiénes son los responsables de esas infracciones y quién es el «titular del derecho» al que se debe abonar la indemnización por daños y perjuicios. Todas estas cuestiones están sujetas a las normas sustantivas del Derecho de la propiedad intelectual.²¹³

²¹³ Véase, en particular, el artículo 4 de la Directiva 2004/48, que especifica que «los Estados miembros reconocerán legitimidad para solicitar la aplicación de las medidas procedimientos y recursos mencionados en el presente capítulo a: a) los titulares de derechos de propiedad intelectual *con arreglo a lo dispuesto en la legislación aplicable*» (el subrayado es mío). Puede tratarse de las normas sustantivas previstas tanto en el Derecho de la Unión como en el Derecho nacional (véase el artículo 2, apartado 1, de esta Directiva).

Quisiera recordar que, de manera general, la Directiva 2004/48 armoniza únicamente determinados aspectos procesales de la propiedad intelectual, excluyendo tales cuestiones de carácter sustantivo.²¹⁴

230. En el ámbito de los derechos de autor, las normas sustantivas pertinentes figuran, en particular, en la Directiva 2001/29. Una persona interviene en una «actividad infractora» y, con ello, se convierte en un «infractor», cuando realiza un acto comprendido en un derecho exclusivo que esta Directiva reconoce al autor —que, en este contexto, en principio es el «titular del derecho»— sin autorización previa de este último (y sin que sea aplicable una excepción o limitación).

231. Pues bien, debo recordar que las cuestiones quintas y sextas se basan en el supuesto de que las operadoras como YouTube y Cyando no realizan actos de «comunicación al público», en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29. En este caso, no se puede considerar a dichas operadoras como «infractoras» que intervienen en «actividades infractoras», en el sentido del artículo 13, apartado 1, de la Directiva 2004/48.

232. Dicho esto, la Directiva 2004/48 solo procede a una armonización mínima.²¹⁵ Como ha señalado la Comisión, en consecuencia, se permite a los Estados miembros establecer en su Derecho nacional, en favor de los titulares de los derechos que sean víctimas de «actividades infractoras», el derecho a obtener una indemnización por daños y perjuicios de personas distintas del «infractor», en el sentido del artículo 13 de esta Directiva, incluidos los prestadores de servicios intermediarios que hayan facilitado tales actividades. En todo caso, las condiciones de tal responsabilidad secundaria se rigen, como he indicado de forma reiterada en estas conclusiones, por el Derecho nacional.

F. Sobre el hecho de que el objetivo de un elevado nivel de protección de los derechos de autor no justifica una interpretación diferente de las Directivas 2000/31 y 2001/29

233. Contrariamente al Sr. Peterson y Elsevier, no considero que el objetivo de la Directiva 2001/29 consistente en garantizar un elevado nivel de protección de los derechos de autor exija una interpretación de esta Directiva y de la Directiva 2000/31 distinta de la sugerida en las presentes conclusiones.

234. Quiero señalar de entrada que esta interpretación no hace que los titulares de los derechos queden desprotegidos ante la puesta en línea ilícita de sus obras en plataformas como YouTube y Uploaded.

235. En particular, los titulares de los derechos tienen, *en primer lugar*, la posibilidad de interponer acciones judiciales contra los usuarios que hayan efectuado tales puestas en línea ilícitas. A tal fin, la Directiva 2004/48 reconoce en particular a estos titulares el derecho a obtener de operadoras como YouTube y Cyando cierta información útil, como los nombres y dirección de esos usuarios.²¹⁶ *En segundo lugar*, dichos titulares pueden notificar a esas operadoras la presencia en sus plataformas de archivos que contienen sus obras, puestos en línea de manera ilícita. Con arreglo al artículo 14, apartado 1, de la Directiva 2000/31, dichas operadoras deben actuar con

²¹⁴ Véanse el considerando 15 y el artículo 2, apartado 3, letra a), de la Directiva 2004/48.

²¹⁵ Véase el artículo 2, apartado 1, de la Directiva 2004/48.

²¹⁶ Véase el artículo 8, apartado 1, letra c), y apartado 2, de la Directiva 2004/48. Véanse también, sobre este tema, mis conclusiones presentadas en el asunto Constantin Film Verleih (C-264/19, EU:C:2020:261).

prontitud ante tal notificación, retirando los archivos afectados o haciendo que el acceso a ellos sea imposible. En su defecto, estas mismas operadoras pierden la posibilidad de invocar la exención de responsabilidad prevista en esta disposición y pueden ser consideradas responsables, en su caso, de conformidad con el Derecho nacional aplicable. Asimismo, en el supuesto de que un operador facilite deliberadamente la realización de actos ilícitos por parte de los usuarios de su plataforma, considero que la aplicación de esta disposición quedaría excluida de entrada. *Por último*, los titulares de los derechos pueden en cualquier caso obtener, sobre la base del artículo 8, apartado 3, de la Directiva 2001/29, medidas cautelares contra los operadores de las plataformas, mediante las cuales se pueden imponer a estos últimos obligaciones adicionales para poner fin a las infracciones de los derechos de autor cometidas por los usuarios de sus plataformas y evitar tales infracciones.

236. Por lo tanto, los titulares de los derechos no se enfrentan, a la hora de invocar sus derechos y luchar contra la puesta en línea ilícita de archivos que contengan sus obras mediante plataformas como YouTube y Uploaded, a las dificultades que experimentan en lo tocante al intercambio de ficheros en una red «peer-to-peer» facilitada por una plataforma como «The Pirate Bay». En efecto, en este último supuesto, habida cuenta de la organización descentralizada inherente a dicha red,²¹⁷ las medidas mencionadas en el punto anterior pierden su eficacia. En cambio, en el presente caso, los archivos se almacenan de forma centralizada en los servidores de YouTube o de Cyando, que tienen así la capacidad de suprimirlos, como contempla el legislador de la Unión en el artículo 14, apartado 1, de la Directiva 2000/31.²¹⁸ Por consiguiente, una interpretación del concepto de «comunicación al público» como la adoptada por el Tribunal de Justicia en la sentencia *Stichting Brein II* («The Pirate Bay»), está aún menos justificada en los presentes asuntos.

237. Los titulares de los derechos replican que no se respetan los derechos exclusivos de que disponen sobre sus obras dado que las medidas en cuestión son esencialmente *reactivas* en lugar de *proactivas* —ya que no impiden *ex ante* toda puesta en línea de un contenido ilícito, sino que permiten sobre todo la retirada y, en ciertos casos, el bloqueo de tal contenido *a posteriori*— y exigen su colaboración. En su opinión, solo se garantiza un elevado nivel de protección de sus derechos si los operadores de plataformas establecen un sistema, no necesitado de dicha colaboración, que permita comprobar la legalidad del conjunto de los contenidos antes de su puesta en línea.

238. A este respecto, debo recordar que, de manera general, el Tribunal de Justicia no sigue en su jurisprudencia una lógica simplista que pretenda que los derechos exclusivos previstos en los artículos 2 a 4 de la Directiva 2001/29 se interpreten necesariamente de manera amplia (e ilimitada), como tampoco interpreta estrictamente, en todo caso, las excepciones y limitaciones contempladas en el artículo 5 de esta Directiva. A mi entender, cuando el Tribunal de Justicia precisa tanto los límites de estos derechos²¹⁹ como el alcance de las referidas excepciones y limitaciones,²²⁰ trata de llegar a una interpretación *razonable*, que garantice la consecución de la finalidad perseguida por estas diferentes disposiciones y proteja el «justo equilibrio» que el

²¹⁷ Debo señalar que las obras compartidas se almacenan en los ordenadores de diferentes usuarios de la red, ya que una plataforma como «The Pirate Bay» se limita a alojar los ficheros torrents que permiten localizar estas obras en dicha red.

²¹⁸ Véanse las conclusiones del Abogado General Szpunar presentadas en el asunto *Stichting Brein* (C-610/15, EU:C:2017:99), puntos 19 y 20.

²¹⁹ Véanse las sentencias *GS Media*, apartados 44 y 45, así como de 7 de agosto de 2018, *Renckhoff* (C-161/17, EU:C:2018:634), apartado 41.

²²⁰ Véanse, en particular, las sentencias de 3 de septiembre de 2014, *Deckmyn y Vrijheidsfonds* (C-201/13, EU:C:2014:2132), apartados 22 a 27; de 29 de julio de 2019, *Funke Medien NRW* (C-469/17, EU:C:2019:623), apartados 51, 58 y 65 a 76, y de 29 de julio de 2019, *Spiegel Online* (C-516/17, EU:C:2019:625), apartados 36, 38 y 50 a 59.

legislador de la Unión pretendía lograr, en dicha Directiva, entre distintos derechos fundamentales e intereses opuestos. Así pues, el artículo 3, apartado 1, de la misma Directiva no necesariamente debe interpretarse de manera que garantice *una protección máxima* a los titulares de los derechos.²²¹

239. Del mismo modo, si bien los derechos de autor se protegen como un derecho fundamental, en particular, en el artículo 17, apartado 2, de la Carta, este derecho no es absoluto y generalmente debe ponderarse con otros derechos fundamentales e intereses.

240. Esta ponderación se impone en el presente caso. Por una parte, los operadores de plataformas pueden invocar la libertad de empresa garantizada en el artículo 16 de la Carta, que los protege, en principio, de las obligaciones que puedan afectar de manera significativa a su actividad.

241. Por otra parte, no se pueden ignorar los derechos fundamentales de los usuarios de estas plataformas. Así ocurre por lo que respecta a la libertad de expresión y de información, garantizada en el artículo 11 de la Carta,²²² que, cabe recordar, comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o comunicar informaciones o ideas. En este sentido, tanto de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia como de la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se desprende que Internet reviste particular importancia a este respecto.²²³ Más concretamente, este último tribunal ha señalado que YouTube constituye un medio importante para el ejercicio de esta libertad.²²⁴ Lo mismo sucede con la libertad de las artes, garantizada por el artículo 13 de la Carta y estrechamente relacionada con la libertad de expresión, habida cuenta de las numerosas personas que utilizan las plataformas como YouTube para compartir sus creaciones en línea.

242. Ahora bien, exigir a los operadores de plataformas que controlen, de manera general y abstracta, la totalidad de los archivos que sus usuarios pretenden publicar antes de su puesta en línea en busca de cualquier vulneración del derecho de autor entrañaría un riesgo significativo de que se limitaran estos diversos derechos fundamentales. En efecto, habida cuenta del número potencialmente considerable de contenidos alojados, por un lado, sería imposible realizar manualmente tal control previo y, por otro lado, el riesgo en materia de responsabilidad sería desmesurado para los operadores. En la práctica, se correría el riesgo de que los operadores más pequeños no sobrevivieran a esta responsabilidad y de que aquellos que dispusieran de recursos suficientes se vieran obligados a efectuar un filtrado generalizado de los contenidos de sus usuarios, sin control judicial, que podría generar el consiguiente exceso de celo en la retirada de dichos contenidos.

²²¹ En particular, el hecho de que los titulares de los derechos no tengan una protección *máxima* de su propiedad intelectual implica, a mi juicio, que pueda exigirse de ellos una cierta vigilancia en lo referente a los usos de sus obras en línea y una colaboración con los operadores de plataformas. Véanse, por analogía, en el ámbito del Derecho de marcas, las conclusiones del Abogado General Cruz Villalón presentadas en el asunto Backdrin Österreich The Kornspitz Company (C-409/12, EU:C:2013:563), punto 83.

²²² Debo recordar que este artículo 11 contiene derechos que corresponden a los garantizados por el artículo 10, apartado 1, del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y que, por lo tanto, el primer artículo debe interpretarse a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativa al segundo. Véase, en particular, la sentencia de 29 de julio de 2019, Funke Medien NRW (C-469/17, EU:C:2019:623), apartado 73.

²²³ Véanse, en particular, la sentencia GS Media, apartado 45, y TEDH, 18 de diciembre de 2012, Ahmet Yıldırım c. Turquía, CE:ECHR:2012:1218JUD0003111110, § 54. TEDH, 1 de diciembre de 2015, Cengiz y otros c. Turquía, CE:ECHR:2015:1201JUD004822610, § 49. Véanse también, en el mismo sentido, TEDH, 10 de marzo de 2009, Times Newspapers Ltd c. Reino Unido (n.º 1 y 2), CE:ECHR:2009:0310JUD000300203, § 27, y TEDH, 10 de enero de 2013, Ashby Donald y otros c. Francia, CE:ECHR:2013:0110JUD003676908, § 34.

²²⁴ TEDH, 1 de diciembre de 2015, Cengiz y otros c. Turquía, CE:ECHR:2015:1201JUD004822610, § 51 y 52. Véase también, en este sentido, la sentencia de 14 de febrero de 2019, Buivids (C-345/17, EU:C:2019:122), apartados 56 y 57.

243. A este respecto, debo señalar que en la sentencia SABAM,²²⁵ el Tribunal de Justicia declaró que imponer al operador de una plataforma una obligación general de filtrado de los datos que almacena no solo sería incompatible con el artículo 15, apartado 1, de la Directiva 2000/31, sino que tampoco garantizaría un «justo equilibrio» entre la protección del derecho de propiedad intelectual que ampara a los titulares de los derechos y la protección de la libertad de empresa que ampara a los prestadores de servicios en virtud del artículo 16 de la Carta. En efecto, tal requerimiento judicial implicaría una vulneración sustancial de esta libertad, dado que obligaría al operador a establecer un sistema informático complejo, gravoso, permanente y exclusivamente a sus expensas.²²⁶ Además, tal obligación de filtrado general vulneraría la libertad de expresión de los usuarios de esta plataforma, en el sentido del artículo 11 de la Carta, dado que se corre el riesgo de que el instrumento de filtrado no distinga suficientemente entre contenidos lícitos e ilícitos, por lo que su establecimiento podría dar lugar al bloqueo de esta última categoría de contenidos.²²⁷ Debo añadir que tal resultado implicaría el riesgo de obstaculizar la creación en línea, en contra del artículo 13 de la Carta. El riesgo que se corre, a este respecto, es que se logre la protección máxima de ciertas creaciones intelectuales en detrimento de otras formas de creación que también son socialmente deseables.²²⁸

244. En resumen, me parece que la ponderación que debe efectuarse es notablemente más compleja de lo que afirman los titulares de los derechos.²²⁹

245. En este contexto, las Directivas 2000/31 y 2001/29 reflejan un equilibrio entre estos distintos derechos e intereses, que fue buscado por el legislador de la Unión en el momento de su adopción. Mediante la Directiva 2000/31, el legislador de la Unión pretendía favorecer el desarrollo de los prestadores de servicios intermediarios, 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, se pretendía evitar imponerles una obligación general de diligencia que pudiera poner en peligro la rentabilidad de sus servicios. Se debían salvaguardar los intereses de los titulares de los derechos y ponderarlos con la libertad de expresión de los usuarios de dichos servicios en el marco de mecanismos de notificación y retirada.²³⁰ El legislador de la Unión reiteró esta lógica y este equilibrio, en la Directiva 2001/29, al considerar que los prestadores de servicios intermediarios son quienes están en mejor situación de poner fin a las vulneraciones de los

²²⁵ Sentencia de 16 de febrero de 2012 (C-360/10, EU:C:2012:85).

²²⁶ Reitero, a este respecto, que no todos los prestadores de servicios disponen de las mismas capacidades y recursos que YouTube.

²²⁷ Véase la sentencia de 16 de febrero de 2012, SABAM (C-360/10, EU:C:2012:85), apartados 44 a 52. Así pues, aun suponiendo que los operadores de plataformas no estén comprendidos en el ámbito de aplicación de los artículos 14 y 15 de la Directiva 2000/31, la obligación de controlar *ex ante* la totalidad de los archivos puestos en línea por los usuarios sería, en todo caso, contraria a los derechos fundamentales garantizados por la Carta.

²²⁸ Así sucede con los vídeos como los tutoriales en línea y otros vídeos con una finalidad de entretenimiento o informativa, que en principio pueden utilizar obras protegidas, en ciertas condiciones, con arreglo a determinadas excepciones previstas en el artículo 5 de la Directiva 2001/29. A este respecto, cabe observar que el programa que Content ID de YouTube plantea algún que otro interrogante, dado que, al parecer, ya ha tomado en alguna ocasión vídeos inocentes por obras protegidas ilegalmente puestas en línea y ha bloqueado vídeos por el uso de extractos de algunos segundos de tales obras (véase, en particular, Signoret, P.: «Sur YouTube, la détection automatique des contenus soumis à droit d'auteur ne satisfait personne», Le Monde, blog Pixels, 5 de julio de 2018). Sobre este particular, YouTube reconoce que Content ID no detecta la eventual aplicación de excepciones al derecho de autor (véase el vídeo YouTube Creators, «Content ID sur YouTube», accesible en la dirección <https://youtu.be/9g2U12SsRns>).

²²⁹ Asimismo, la complejidad de esta cuestión se ve reforzada, en mi opinión, por el carácter ambivalente de Internet, y muy en particular de las plataformas como YouTube, en lo tocante a la infracción de los derechos de autor. En efecto, si bien YouTube ofrece herramientas que se pueden utilizar para infringir los derechos de autor, estas herramientas, en particular su motor de búsqueda, *facilitan al mismo tiempo el descubrimiento de tales infracciones*.

²³⁰ Véanse los considerandos 40, 41 y 45 a 49 de la Directiva 2000/31, así como la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos jurídicos del comercio electrónico en el mercado interior, pp. 4, 12 y 16.

derechos de autor cometidas por los usuarios de sus servicios y que los intereses de los titulares de los derechos serían protegidos suficientemente por la posibilidad de obtener medidas cautelares contra esos prestadores.²³¹

246. Es indudable que las circunstancias han cambiado desde la adopción de estas Directivas. Los prestadores de servicios intermediarios ya no tienen las mismas características y es posible que este equilibrio ya no esté justificado. En todo caso, si bien el Tribunal de Justicia puede tener en cuenta, en cierta medida, que se ha producido un cambio de circunstancias, cuando emplea el margen de interpretación que le conceden los textos del Derecho de la Unión, corresponde sobre todo al legislador de la Unión apreciarlo y, en su caso, hacer evolucionar estos textos, sustituyendo el equilibrio inicialmente establecido por otro nuevo.

247. Pues bien, debo recordar que el legislador de la Unión precisamente acaba de reevaluar de cara al futuro el equilibrio de los derechos e intereses en materia de derecho de autor. En efecto, en el transcurso de los presentes procedimientos prejudiciales ha entrado en vigor la Directiva 2019/790.²³² El artículo 17, apartado 1, de esta Directiva obliga actualmente a los Estados miembros a establecer que los «prestadores de servicios para compartir contenidos en línea»²³³ 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». En consecuencia, como precisa el apartado 2 de este artículo, el propio «prestador» debe obtener una autorización de los titulares de derechos, por ejemplo, mediante la celebración de un acuerdo de licencia, para las obras puestas en líneas por sus usuarios. Asimismo, el apartado 3 de dicho artículo precisa que cuando tal «prestador» sea responsable de actos de comunicación al público o de puesta a disposición del público en las condiciones establecidas por esta Directiva, no se aplicará la exención de responsabilidad prevista en el artículo 14, apartado 1, de la Directiva 2000/31.

248. El artículo 17, apartado 4, de la Directiva 2019/790 dispone también que, en caso de que no obtengan tal autorización, los «prestadores de servicios para compartir contenidos en línea» serán (directamente) responsables de los actos ilícitos de comunicación al público efectuados mediante su plataforma. No obstante, esta disposición prevé que estos «prestadores» no serán responsables si demuestran que (a) han hecho los «mayores esfuerzos» por obtener una autorización, (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 los 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)». ²³⁴ Los apartados 5 y 6 del mismo artículo establecen que la intensidad de las obligaciones de medios que recaen de este modo en dichos

²³¹ Véanse los considerandos 16 y 59, así como el artículo 8, apartado 3, de la Directiva 2001/29.

²³² Véase el artículo 31 de la Directiva 2019/790.

²³³ El artículo 2, punto 6), de la Directiva 2019/790 dispone que, a los efectos de esta Directiva, un «prestador de servicios para compartir contenidos en línea» es un «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». Véanse también los considerandos 62 y 63 de esta Directiva.

²³⁴ Como he indicado, mientras que el artículo 14, apartado 1, letra b), de la Directiva 2000/31 prevé, a mi juicio, una obligación de «take down», el artículo 17, apartado 4, letra c), de la Directiva 2019/790 impone actualmente, de manera general y *ex ante*, una obligación de «stay down».

«prestadores» varía en función de diversos parámetros, incluidos «el tipo, la audiencia y la magnitud del servicio», mientras que, por otro lado, los «pequeños» prestadores disfrutan de obligaciones simplificadas.²³⁵

249. Debe examinarse un último punto. El Sr. Peterson y el Gobierno francés han alegado, en la vista, que, como indica el considerando 64 de la Directiva 2019/790,²³⁶ al adoptar el artículo 17 de esta Directiva, el legislador de la Unión pretendía simplemente «aclar[ar]» la manera en que el concepto de «comunicación al público», en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29, debería haberse entendido en todo momento y haberse aplicado respecto de operadores de plataformas como YouTube. Deduzco de su alegación que consideran que este mismo artículo 17 se limita también a «aclar[ar]» que el artículo 14, apartado 1, de la Directiva 2000/31 nunca ha sido aplicable a tales operadores. Así pues, según el Sr. Peterson y el Gobierno francés, el artículo 17 de la Directiva 2019/790 constituye una especie de «ley interpretativa», que se limita a precisar el sentido que siempre deberían haber tenido las Directivas 2000/31 y 2001/29. Por lo tanto, las soluciones que se desprenden de este nuevo artículo 17 deben aplicarse, antes incluso de la expiración del plazo de transposición de la Directiva 2019/790, fijado en el 7 de junio de 2021,²³⁷ retroactivamente, incluso a los litigios principales.

250. No comparto tal alegación. Considero que sería contrario al principio de seguridad jurídica deducir tal aplicación retroactiva del mero uso de un término ambiguo en un considerando desprovisto de fuerza jurídica vinculante.²³⁸

251. Por lo demás, debo señalar que, aparte del considerando 64, ninguna disposición de la Directiva 2019/790 parece indicar que el legislador de la Unión pretendiera dar una interpretación retroactiva del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29 y del artículo 14 de la Directiva 2000/31 y ello a pesar de que, por lo demás, se ha preocupado de precisar el ámbito de aplicación temporal de la Directiva 2019/790 respecto de las obras y prestaciones protegidas²³⁹ y de prever una disposición transitoria para la aplicación de otro de sus artículos.²⁴⁰ Por lo demás, el artículo 17 de la Directiva 2019/790 precisa, en sus apartados 1 y 3, que el concepto de «comunicación al público» que ofrece es válido «a efectos de la presente Directiva» y «en las condiciones establecidas en la presente Directiva». La responsabilidad directa de los «prestadores» por los actos de comunicación cometidos por los usuarios de sus plataformas, contemplada en el referido artículo 17, no es la mera consecuencia de la manera en que el artículo 3 de la Directiva 2001/29 se debería haber interpretado en todo momento, sino que «se

²³⁵ Más concretamente, del artículo 17, apartado 6, de la Directiva 2019/790 se desprende, en esencia, que en cuanto a los «prestadores» de menos de tres años y cuya cifra de negocios sea inferior a 10 millones de euros, estos deben únicamente probar sus mayores esfuerzos para obtener una autorización de los titulares de derechos y solo tienen una obligación de «take down».

²³⁶ Con arreglo a este considerando: «Conviene que la presente Directiva aclare que los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea realizan un acto de comunicación al público o de puesta a la disposición del público cuando dan acceso a obras protegidas por derechos de autor u otras prestaciones protegidas cargados por sus usuarios. [...]»

²³⁷ Véase el artículo 29 de la Directiva 2019/790.

²³⁸ Véase en particular la sentencia de 11 de junio de 2015, Zh. y O. (C-554/13, EU:C:2015:377), apartado 42 y jurisprudencia citada. Por lo demás, si bien, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, tal considerando puede precisar el contenido *del acto al que pertenece*, en el presente asunto no se trata de aclarar el significado de las disposiciones de la Directiva 2019/790, sino de las Directivas 2000/31 y 2001/29.

²³⁹ Véase el artículo 26 de la Directiva 2019/790, que especifica que esta se aplicará con respecto a todas las obras y otras prestaciones que estén protegidas por el Derecho nacional en materia de derechos de autor a 7 de junio de 2021 o con posterioridad y que lo será sin perjuicio de los actos celebrados y de los derechos adquiridos antes de esa fecha.

²⁴⁰ Véase el artículo 27 de la Directiva 2019/790, que especifica que los acuerdos de licencia o cesión de derechos de autores y artistas intérpretes o ejecutantes estarán sujetos a la obligación de transparencia establecida en el artículo 19 de esa Directiva a partir del 7 de junio de 2022.

deriva» de ese mismo artículo 17.²⁴¹ Así pues, aun suponiendo que el legislador de la Unión pueda dar una interpretación auténtica de una directiva, casi 20 años después de su adopción, considero que esta cuestión no se plantea en el caso de autos.

252. Como alegó la Comisión en la vista, el legislador de la Unión no ha «aclarado» el Derecho tal como debería haberse entendido en todo momento. Por el contrario, ha creado un *nuevo régimen de responsabilidad* para determinados intermediarios en línea en el ámbito del derecho de autor. La idea era «adaptar y completar» el marco actual de la Unión en la materia.²⁴² Como ha destacado dicha institución, el artículo 17 de la Directiva 2019/790 refleja una elección política del legislador de la Unión en favor de las industrias creativas.²⁴³

253. El artículo 17 de la Directiva 2019/790 se enmarca asimismo en la línea de una serie de consultas públicas,²⁴⁴ de comunicaciones de la Comisión²⁴⁵ y de nuevas normativas sectoriales²⁴⁶ que, con el fin de «adaptar» y de «modernizar» el Derecho de la Unión a las nuevas circunstancias mencionadas anteriormente, pretende exigir una implicación más *proactiva* de los intermediarios para evitar la proliferación de los contenidos ilícitos en línea, al imponerles nuevas obligaciones de diligencia en la detección y supresión de tales contenidos.²⁴⁷

254. A mayor abundamiento, es preciso tener presentes las consecuencias que se derivarían de la aplicación retroactiva sugerida por el Sr. Peterson y el Gobierno francés. A tenor de la «aclaración» realizada por el artículo 17, apartados 1 y 3, de la Directiva 2019/790, los operadores de plataformas serían responsables de manera general de la totalidad de los actos de comunicación al público realizados por sus usuarios y no podrían acogerse a la exención prevista en el artículo 14, apartado 1, de la Directiva 2000/31. En cambio, los apartados 4 y siguientes de este

²⁴¹ Véase el considerando 65 de la Directiva 2019/790.

²⁴² Véanse los considerandos 3 y 4 de la Directiva 2019/790.

²⁴³ Al prever que los operadores como YouTube realizan la «comunicación al público» de las obras que los usuarios de sus plataformas ponen en línea en estas, el legislador de la Unión pretendía subsanar el *value gap* denunciado por los titulares de derechos (véase el punto 47 de las presentes conclusiones). Véanse, a este respecto, los considerandos 3 y 61 de la Directiva 2019/790, así como la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de septiembre de 2016, sobre los derechos de autor en el mercado único digital [COM(2016) 593 final], pp. 2 y 3.

²⁴⁴ Véanse, en particular, en 2010, «Public Consultation on the Future of Electronic Commerce in the Internal Market and the Implementation of the Directive on Electronic Commerce (2000/31/EC)»; en 2012, «A Clean and Open Internet: Public Consultation on Procedures for Notifying and Acting on Illegal Content Hosted by Online Intermediaries» y, en 2015 «Public Consultation on the Regulatory Environment for Platforms, Online Intermediaries, Data and Cloud Computing and the Collaborative Economy». De forma similar, en los Estados Unidos, la *United States Copyright Office* (Oficina de Derechos de Autor de los Estados Unidos), a raíz de una consulta pública efectuada en 2015, emitió, el 21 de mayo de 2020, un informe por el que se recomendaba al *United State Congress* (Congreso de los Estados Unidos) que modernizara las disposiciones del artículo 512 introducido por la DMCA (véase Oficina de Derechos de Autor de los Estados Unidos, *Section 512 Study*, que puede consultarse en la dirección <https://www.copyright.gov/policy/section512/>).

²⁴⁵ Véanse las Comunicaciones de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 11 de enero de 2012, «Un marco coherente para aumentar la confianza en el mercado único digital del comercio electrónico y los servicios en línea» [COM(2011) 942 final], pp. 13 a 16; 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 9 de diciembre de 2015, «Hacia un marco moderno y más europeo de los derechos de autor» [COM(2015) 626 final], pp. 2, 3 y 10 a 12; 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. 8-10.

²⁴⁶ Véase la Directiva 2018/1808, que incluye a las plataformas de intercambio de vídeos en el ámbito de la normativa de los «servicios de comunicación audiovisual» y obliga a los operadores de tales plataformas a adoptar medidas adecuadas, realizables y proporcionadas para proteger a los menores de los vídeos que puedan perjudicar su desarrollo y al público en general de los vídeos que inciten a la violencia, al odio o al terrorismo [véanse el artículo 1, apartado 1, letra b), y los artículos 28 *bis* y 28 *ter* de la Directiva 2010/13, añadidos por la Directiva 2018/1808]. Véase también la Recomendación 2018/334 sobre medidas para combatir eficazmente los contenidos ilícitos en línea. Véase asimismo la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de septiembre de 2018, para la prevención de la difusión de contenidos terroristas en línea [COM(2018) 640 final].

²⁴⁷ Véase también, respecto de los avances en este sentido, Consejo de Europea, Recomendación CM/Rec(2018) 2 del Comité de Ministros a 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, con ocasión de la 1309.^a reunión de los Delegados de los Ministros), así como TEDH, 16 de junio de 2015, *Delfi AS c. Estonia*, CE:ECHR:2015:0616JUD0006456909.

artículo 17, que prevén en particular, como ya he indicado, un régimen de exención para estos operadores, no se aplicarían, por su parte, de forma retroactiva. Pues bien, al prever estos últimos apartados, el legislador de la Unión pretendía, a mi juicio, lograr un «justo equilibrio» entre los distintos derechos e intereses en juego.²⁴⁸

255. De este modo, efectuar una aplicación retroactiva del artículo 17, apartado 1, de la Directiva 2019/790 en asuntos como los de los procedimientos principales no solo no respetaría el equilibrio pretendido por el legislador de la Unión al adoptar las Directivas 2000/31 y 2001/29, sino que tampoco respetaría el buscado por este al adoptar la Directiva 2019/790. En realidad, considero que esta solución *no reflejaría ningún equilibrio*.

VI. Conclusión

256. Habida cuenta del conjunto de las consideraciones anteriores, propongo al Tribunal de Justicia que responda a las cuestiones prejudiciales planteadas por el Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo de lo Civil y Penal, Alemania) en los asuntos C-682/18 y C-683/18 de la siguiente manera:

- «1) El artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, 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, debe interpretarse en el sentido de que el operador de una plataforma de intercambio de vídeos y el operador de una plataforma de alojamiento y de intercambio de archivos no realizan un acto de “comunicación al público”, en el sentido de esta disposición, cuando un usuario de sus plataformas pone en línea en estas una obra protegida.
- 2) El artículo 14, apartado 1, de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (“Directiva sobre el comercio electrónico”), debe interpretarse en el sentido de que el operador de una plataforma de intercambio de vídeos y el operador de una plataforma de alojamiento y de intercambio de archivos pueden, en principio, acogerse a la exención prevista en esta disposición respecto de toda responsabilidad que pueda derivarse de los archivos que almacenan a petición de los usuarios de sus plataformas.
- 3) El artículo 14, apartado 1, letra a), de la Directiva 2000/31 debe interpretarse en el sentido de que los supuestos contemplados en esta disposición, a saber, aquel en el que un prestador de servicios tenga “conocimiento efectivo de que la actividad [o] la información es ilícita” y aquel en el que tal prestador tenga “conocimiento de hechos o circunstancias por los que la actividad o la información revele su carácter ilícito”, se refieren, en principio, a una información ilícita concreta.

²⁴⁸ En particular, parece que con las normas previstas en los apartados 4 y siguientes del artículo 17 de la Directiva 2019/790 se desea ofrecer ciertas garantías a los operadores de que se trate y a los usuarios de su plataforma. Sin embargo, debo precisar que los detalles del nuevo régimen de responsabilidad previsto en el referido artículo 17 exceden del objeto de las presentes conclusiones. Tampoco me propongo expresar, en estas conclusiones, una opinión sobre la compatibilidad de este nuevo régimen con los derechos fundamentales garantizados por la Carta. A este respecto, el Tribunal de Justicia conoce de un recurso de anulación (asunto C-401/19, Polonia/Parlamento y Consejo) que le ofrecerá la oportunidad de pronunciarse sobre la cuestión.

- 4) El artículo 8, apartado 3, de la Directiva 2001/29 debe interpretarse en el sentido de que se opone a que los titulares de los derechos únicamente puedan solicitar medidas cautelares contra un prestador a cuyo servicio, consistente en almacenar información facilitada por un usuario, recurran terceros para infringir un derecho de autor o un derecho afín a los derechos de autor, cuando, tras haber denunciado una clara infracción de sus derechos, se haya vuelto a producir otra infracción del mismo tipo.»