Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
presentadas el 8 de diciembre de 2016 [1]

Asunto C-527/15

Stichting Brein
contra
Jack Frederik Wullems, que interviene bajo el nombre de Filmspeler

[Petición de decisión prejudicial planteada por el Rechtbank Midden-Nederland (Tribunal de primera instancia de Midden-Nederland, Países Bajos)]

«Derecho de autor y derechos afines — Sociedad de la información — Concepto de "comunicación al público" — – Derecho de reproducción — Excepciones y límites»

1. El derecho de los autores a permitir la comunicación pública de sus obras, protegido por el artículo 3 de la Directiva 2001/29/CE, [2] puede ser perturbado por los enlaces o vínculos que envían de unas páginas webs a otras, si no se logra el debido equilibrio entre el respeto a la propiedad intelectual y el libre desarrollo de la sociedad de la información. Los hipervínculos [3] representan, en este contexto, uno de los elementos esenciales de Internet, indispensables para la navegación a través de sus páginas o sitios webs, pero también pueden facilitar la infracción de los derechos de autor.

2. El Tribunal de Justicia, que se había pronunciado en varias ocasiones sobre la noción de comunicación pública, [4] ha dictado muy recientemente una sentencia clave [5] para dilucidar si se da esta última, en el sentido de la Directiva 2001/29, en la inserción de un hipervínculo en una página web, que remite a otras páginas o sitios en los que se muestran contenidos digitales [6] expuestos sin autorización de sus titulares, a los que el usuario accede con solo pulsar en el hipervínculo.

3. Las preguntas prejudiciales primera y segunda suscitadas por el Rechtbank Midden-Nederland (Tribunal de primera instancia de Midden-Nederland, Países Bajos) en este reenvío coinciden, en parte, con las que dieron lugar a la sentencia de 8 de septiembre de 2016, GS Media. El órgano jurisdiccional neerlandés, conocedor de la pendencia de dicho asunto ante el Tribunal de Justicia, había sopesado suspender el proceso que se tramitaba ante él hasta que se resolviera el primero. Sin

1 — Lengua original: español.

2 — Directiva 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 (DO 2001, L 167, p. 10).

3 — Los términos «hiperenlace» e «hipervínculo» se emplean como sinónimos de «enlace» y «vínculo». Unos y otros se refieren, en el marco de los lenguajes de programación y de los documentos en formato electrónico, al lazo que se establece entre distintos segmentos de información, de modo que, al activarlos, interconectan nodos o bloques de texto, imágenes, audio o vídeo.

4 — En particular, sobre los enlaces y la noción de comunicación pública cuando se trata de obras que pueden consultarse en otras páginas webs, véase la sentencia de 13 de febrero de 2014, Svensson y otros (C-466/12, EU:C:2014:76). El auto de 21 de octubre de 2014, BestWater International (C-348/13, EU:C:2014:2315), aplica los razonamientos de aquella sentencia a la técnica denominada *framing*, por la que los usuarios, al pulsar el enlace, son dirigidos al portal de un tercero en el que aparece la obra, dando la impresión de que pertenece a los contenidos de esa página.

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

6 — Aunque en los textos vigentes sobre esta materia se utiliza el término «obras», emplearé también, indistintamente, la expresión «contenidos digitales», refiriéndome, con unas y otros, en este contexto, a los protegidos por derechos de autor.

embargo, optó por dirigirse al Tribunal de Justicia antes de que se dictara la sentencia GS Media, porque, según sus palabras,[7] hay algunas diferencias entre ambos asuntos: la más destacada es que «en el caso de autos no se incorporan hipervínculos en un sitio web propio, sino que se instalan extensiones con hipervínculos en el reproductor audiovisual de Wullems […]».

4. Si, como propugno, la sentencia GS Media fuera extrapolable a este asunto, bastará con recurrir a la doctrina por la que aboga y, acto seguido, analizar si también hay comunicación pública cuando se comercializa un reproductor multimedia que incorpora una modalidad de software (con extensiones o *add-ons*), mediante la que se redirige al usuario final hacia páginas webs que difunden contenidos digitales sin el consentimiento del titular del derecho de autor.

5. El juez *a quo* ha expresado, además, otras dudas (preguntas tercera y cuarta) que conciernen no tanto al medio técnico o dispositivo de reproducción, como a la salvaguarda del derecho de autor —y la correlativa ilicitud de la conducta opuesta— cuando el usuario final recibe, en flujo continuo (*streaming*)[8] y sin autorización de su titular, contenidos digitales protegidos, a los que accede a través del hipervínculo.

I. Marco normativo Directiva 2001/29

6. La aproximación de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros en materia de propiedad intelectual se ha llevado a cabo principalmente a través de la Directiva 93/98/CEE,[9] modificada después y derogada por la Directiva 2006/116/CE,[10] que codifica las versiones precedentes. Una de esas modificaciones tuvo como objetivo regular la protección de los derechos de autor y afines en la llamada sociedad de la información mediante la Directiva 2001/29.

7. Con arreglo al vigesimotercer considerando:

«La presente Directiva debe armonizar en mayor medida el derecho de autor de la comunicación al público. Este derecho debe entenderse en un sentido amplio que incluya todo tipo de comunicación al público no presente en el lugar en el que se origina la comunicación. Este derecho debe abarcar cualquier tipo de transmisión o retransmisión de una obra al público, sea con o sin hilos, incluida la radiodifusión. Este derecho no debe abarcar ningún otro tipo de actos.»

8. En el vigesimoséptimo considerando se lee:

«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 la presente Directiva.»

9. Según el trigesimoprimer considerando:

«Debe garantizarse un justo equilibrio entre los derechos e intereses de las diferentes categorías de titulares de derechos, así como entre las distintas categorías de titulares de derechos y usuarios de prestaciones protegidas. Las actuales excepciones y limitaciones a los derechos previstas en los Estados miembros deben revaluarse a la luz de los avances logrados en la electrónica. […]»

7 — Apartado 6.14 del auto de reenvío.

8 — Sobre la recepción de contenidos digitales, generalmente de audio o de vídeo, en flujo continuo o *streaming* (esto es, sin grabarlos o copiarlos en las memorias de los diversos dispositivos, sino solo en el *buffer* de datos) versaba la sentencia de 7 de marzo de 2013, ITV Broadcasting y otros (C-607/11, EU:C:2013:147).

9 — Directiva del Consejo, de 29 de octubre de 1993, relativa a la armonización del plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines (DO 1993, L 290, p. 9).

10 — Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa al plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines (DO 2006, L 372, p. 12).

10. El trigesimotercer considerando reza:

«Conviene establecer una excepción al derecho exclusivo de reproducción para permitir determinados actos de reproducción provisionales, que sean reproducciones transitorias o accesorias, que formen parte integrante y esencial de un proceso tecnológico desarrollado con la única finalidad de permitir una transmisión eficaz en una red entre terceras partes, a través de un intermediario, o bien la utilización lícita de una obra o prestación. Tales actos de reproducción deben carecer en sí de valor económico. En la medida en que cumplan estas condiciones, la excepción mencionada debe cubrir asimismo los actos que permitan hojear o crear ficheros de almacenamiento provisional, incluidos los que permitan el funcionamiento eficaz de los sistemas de transmisión, siempre y cuando el intermediario no modifique la información y no interfiera en la utilización lícita de tecnología ampliamente reconocida y utilizada por el sector con el fin de obtener datos sobre la utilización de la información. La utilización se considerará lícita en caso de que la autorice el titular del derecho o de que no se encuentre restringida por la ley.»

11. El artículo 2, bajo el rótulo «Derecho de reproducción», prescribe:

«Los Estados miembros establecerán el derecho exclusivo a autorizar o prohibir la reproducción directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, de la totalidad o parte:

a) los autores, de sus obras;

[…]».

12. Bajo el título «Derecho de comunicación al público de obras y derecho de poner a disposición del público prestaciones protegidas», el artículo 3, apartado 1, de la Directiva recoge:

«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.»

13. Dentro de la regulación de las «Excepciones y limitaciones» (encabezamiento del precepto) a los derechos de reproducción, de comunicación al público y de distribución, los apartados 1 y 5 del artículo 5 tienen el siguiente tenor:

«1. Los actos de reproducción provisional a que se refiere el artículo 2, que sean transitorios o accesorios y formen parte integrante y esencial de un proceso tecnológico y cuya única finalidad consista en facilitar:

a) una transmisión en una red entre terceras partes por un intermediario, o

b) una utilización lícita

de una obra o prestación protegidas, y que no tengan por sí mismos una significación económica independiente, estarán exentos del derecho de reproducción contemplado en el artículo 2.

[…]

5. Las excepciones y limitaciones contempladas en los apartados 1, 2, 3 y 4 únicamente se aplicarán en determinados casos concretos que no entren en conflicto con la explotación normal de la obra o prestación y no perjudiquen injustificadamente los intereses legítimos del titular del derecho.»

II. Hechos que originaron el litigio y cuestiones prejudiciales

14. Stichting Brein es una fundación dedicada a la defensa de los derechos de autor y de otros derechos afines. Entre sus patronos se encuentran asociaciones de fabricantes e importadores de soportes audiovisuales, de productores cinematográficos, de distribuidores de películas, de productores multimedia y de editores.

15. El Sr. Jack Frederik Wullems ofrecía al público, a través de varios sitios webs (entre ellos, el suyo propio, www.filmspeler.nl) distintos modelos [11] de un reproductor audiovisual multimedia, con el nombre comercial de «*filmspeler*». El aparato actúa como instrumento de conexión entre una fuente de imagen o de señales de audio y una pantalla de televisión. Las diferencias entre los modelos son de carácter técnico, pero su funcionamiento es, en sustancia, el mismo: cuando el reproductor audiovisual se conecta a Internet, por un lado, y a una pantalla (por ejemplo, de televisión) del usuario, por otro, este último puede reproducir en flujo continuo o *streaming* la imagen y el sonido procedente de un portal o sitio web.

16. El hardware del reproductor audiovisual puede adquirirse en diversos proveedores. El Sr. Wullems había instalado en sus aparatos el software de fuente abierta XBMC, que permite iniciar archivos en una interfaz de usuario (*user interface*) de fácil empleo por medio de estructuras de menú y que puede ser utilizada por cualquier persona. También añadió extensiones (*add-ons*), es decir, archivos de software individuales elaborados por terceros y libremente asequibles en Internet, integrándolas en el interfaz de usuario del software XBMC.

17. Estas extensiones incorporan hipervínculos que, al ser pulsados, llevan a sitios webs de flujo continuo, gestionados por terceros, en los que se disfruta sin pago alguno de películas, series televisivas y competiciones deportivas (en directo), con o sin la autorización de los titulares de los derechos. Los contenidos digitales comienzan a reproducirse de forma automática en cuanto se pulsa sobre el correspondiente hipervínculo. [12]

18. En catorce de esas extensiones [13] los vínculos conducían a películas, series y competiciones deportivas (en directo) *sin* la autorización de los titulares del derecho de reproducción. Otras, por el contrario, remitían a sitios webs de flujo continuo cuyos contenidos digitales gozaban de la autorización de los titulares. [14]

19. El Sr. Wullems no ejercía ninguna influencia en las extensiones ni tampoco las modificaba y el propio usuario también puede instalarlas en su reproductor audiovisual. Tanto en su portal (www.filmspeler.nl) como en otros sitios de terceros, el Sr. Wullems hacía publicidad de sus productos mediante los lemas promocionales siguientes:

— No pagues nunca más por películas, series, deportes: velos directamente sin publicidad ni tiempos de espera (sin cuotas de abono, ¡conéctate y dale al play!) ¡Netflix es cosa del pasado!

— ¿Quieres ver gratis películas, series o retransmisiones deportivas? ¡¿Quién no?!

— No vayas al cine nunca más gracias a nuestro software XBMC optimizado. Películas y series gratis en HD, incluyendo películas que se han pasado recientemente por las salas de cine, gracias a XBMC.»

11 — Bajo las denominaciones Filmspeler X5 fully loaded, Filmspeler Compleet (Raspberry pi), Minix Neo X7, Filmspeler X90 fully loaded y Turbo Sd/usb configuratie.

12 — Son, pues, en la jerga electrónica, los denominados «enlaces profundos» (*deep hyperlinks*) y no meros enlaces a la página inicial de los sitios webs de destino.

13 — Se trata de las extensiones 1Channel, Glow movies HD, Go Movies, Icefilms, Mashup, Much Movies, Much Movies HD, Istream, Simply Movies, Simply Player, Yify Movies HD, Ororo.tv, Teledunet.com y Go TV.

14 — Tales como Youtube, Sports illustrated, uitzending gemist, Music video box, Vimeo, ESPN 3, RTLXL, SkyFM y Soundcloud.

20. El 22 de mayo de 2014, Stichting Brein requirió al Sr. Wullems para que dejara de vender los reproductores audiovisuales. El 1 de julio de 2014, lo citó ante el órgano jurisdiccional de reenvío, al que instó a que ordenara el cese de la comercialización de los aparatos, así como de la oferta de hiperenlaces que proporcionaban a los usuarios acceso ilegal a obras protegidas por derechos de autor.

21. La fundación demandante alegó, en apoyo de su pretensión, que mediante la venta del reproductor *filmspeler*, el Sr. Wullems efectuaba una «comunicación al público», conculcando los artículos 1 y 12 de la *Auteurswet* (Ley neerlandesa sobre el derecho de autor), así como los artículos 2, 6, 7a y 8 de la *Wet op de Naburige Rechten* (Ley sobre los derechos afines).

22. Para el Rechtbank Midden-Nederland (Tribunal de primera instancia de Midden-Nederland), las disposiciones del derecho nacional invocadas en el litigio han de interpretarse a la luz del artículo 3 de la Directiva 2001/29, que aquellas incorporan al ordenamiento neerlandés. Dado que las partes en el procedimiento principal discrepan sobre si la venta del reproductor multimedia del Sr. Wullems trata de alcanzar a un «público nuevo», en el sentido de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el juez remitente estima que ni la sentencia Svensson y otros [15] ni el auto BestWater International [16] aportan los elementos suficientes para zanjar esa controversia. Subsiste, pues, a su parecer, una duda razonable sobre si hay comunicación al público cuando la obra ha sido publicada previamente, pero sin la autorización del titular del derecho de autor.

23. En segundo lugar, el órgano jurisdiccional de remisión se ve confrontado con el argumento del Sr. Wullems, a cuyo juicio la escucha y la visualización en flujo continuo de obras protegidas por derechos de autor desde una fuente ilícita queda comprendida en la excepción del artículo 13, letra a), de la Ley neerlandesa sobre el derecho de autor. Como ese precepto ha de interpretarse conforme al artículo 5, apartado 1, de la Directiva 2001/29, el juez de reenvío destaca que el Tribunal de Justicia aún no se ha pronunciado sobre el significado del requisito de «utilización lícita» del artículo 5 de la Directiva.

24. En estas circunstancias, el Rechtbank Midden-Nederland (Tribunal de primera instancia de Midden-Nederland) decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones con carácter prejudicial:

«1) ¿Debe interpretarse el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29/CE sobre derechos de autor, en el sentido de que existe una “comunicación al público” a efectos de la citada disposición cuando una persona vende un producto (reproductor audiovisual) en el que ha instalado extensiones que contienen hiperenlaces que conducen a sitios web en los que puede accederse directamente a obras protegidas por derechos de autor tales como películas, series y emisiones en directo sin la autorización de los titulares?

2) ¿Tiene alguna incidencia sobre la respuesta el hecho de que:

— las obras protegidas por derechos de autor en su conjunto nunca hayan sido publicadas en Internet con autorización de los titulares o lo hayan sido exclusivamente por medio de un abono,

— las extensiones que contienen hiperenlaces a sitios web en los que puede accederse directamente a obras protegidas por derechos de autor sin autorización de los titulares se hallen a libre disposición y también puedan ser instaladas por los propios usuarios en el reproductor audiovisual,

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

16 — Auto de 21 de octubre de 2014 (C-348/13, EU:C:2014:2315).

— el público también pueda utilizar los sitios web y, por tanto, las obras protegidas por derechos de autor a las que puede accederse en los mismos —sin el consentimiento de los titulares— sin el reproductor audiovisual?

3) ¿Debe interpretarse el artículo 5 de la Directiva […] en el sentido de que no se da una "utilización lícita" a efectos del apartado 1, letra b), de dicha disposición si un usuario final realiza una reproducción provisional de una obra protegida por derechos de autor obtenida en flujo continuo desde el sitio web de un tercero en el que se ofrece esa obra sin autorización del titular o de los titulares?

4) En caso de respuesta negativa a la tercera cuestión, ¿resulta contraria al "examen en tres fases" mencionado en el artículo 5, apartado 5, de la Directiva […] que un usuario final realice una reproducción provisional de una obra protegida por derechos de autor obtenida en flujo continuo desde el sitio web de un tercero en el que se ofrece esa obra sin autorización del titular o de los titulares?»

III. Procedimiento ante el Tribunal de Justicia y alegaciones de las partes

A. *Procedimiento*

25. El auto de remisión tuvo entrada en la Secretaría del Tribunal de Justicia el día 5 de octubre de 2015.

26. Las partes en el procedimiento principal, los Gobiernos de España, Francia, Italia y Portugal, así como la Comisión Europea, han depositado observaciones escritas, dentro del plazo señalado por el artículo 23, segundo párrafo, del Estatuto del Tribunal de Justicia.

27. En la vista oral, celebrada el 29 de septiembre de 2016, comparecieron los representantes de Stichting Brein, del Sr. Wullems, del Gobierno de España y de la Comisión Europea.

B. *Alegaciones*

1. Sobre las preguntas prejudiciales primera y segunda

28. Stichting Brein, así como los Gobiernos español, francés, italiano y portugués, proponen responder afirmativamente a la primera pregunta y consideran que carecen de pertinencia los elementos de juicio mencionados en los tres guiones de la segunda. Estiman que en este caso se reúnen los dos requisitos exigidos de manera acumulativa por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, a saber, un «acto de comunicación» y un «público».[17]

29. Como esa misma jurisprudencia ha reiterado la necesidad de interpretar de modo amplio el concepto de «acto de comunicación»,[18] Stichting Brein y los referidos Gobiernos entienden que el aparato *filmspeler* produce el efecto de «puesta a disposición» del público y, por consiguiente, de «acto de comunicación» en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29. El Tribunal

17 — Sentencia de 7 de marzo de 2013, ITV Broadcasting y otros (C-607/11, EU:C:2013:147), apartados 21 y 31.

18 — Sentencias de 7 de diciembre de 2006, SGAE (C-306/05, EU:C:2006:764), apartado 36; y de 4 de octubre de 2011, Football Association Premier League y otros (C-403/08 y C-429/08, EU:C:2011:631), apartado 186.

de Justicia ya ha juzgado que facilitar en una página web enlaces sobre los que se puede pulsar y que conducen a obras protegidas, publicadas sin ninguna restricción de acceso en otra página web, brinda a los usuarios de la primera página un acceso directo a esas obras,[19] sin que sea decisivo que dichas personas utilicen o no esa posibilidad.[20]

30. Para Stichting Brein es irrelevante que no haya sido el propio Sr. Wullems, sino el operador que ofrece los archivos de software individuales, quien puso a disposición del público los hiperenlaces. El Gobierno francés incide en dos aspectos: a) el público al que iban dirigidas las obras protegidas inicialmente comunicadas se componía únicamente de los abonados a las cadenas de televisión autorizadas a emitir los correspondientes programas; y b) el sitio web en el que se hallaban las obras objeto del litigio estaba protegido por diversas restricciones de acceso, según se desprende del auto de renvío. En este mismo contexto, el Gobierno español destaca la necesidad de tener en cuenta a los usuarios potenciales, actuales y futuros.[21]

31. En cuanto al público «nuevo» (es decir, el público que los autores de las obras protegidas no tuvieron en cuenta cuando autorizaron la comunicación al público de origen),[22] Stichting Brein subraya la importancia de la autorización otorgada por los titulares de los derechos para la comunicación inicial por hiperenlace. El Gobierno portugués añade que, en la medida en que el acto representa la puesta a disposición de obras protegidas mediante un procedimiento técnico específico distinto del original, no se precisaría examinar, según la jurisprudencia, el requisito del «público nuevo», ya que cada nueva transmisión habría de poseer la autorización individual y separada de los autores interesados.[23]

32. El Sr. Wullems y la Comisión creen, por el contrario, que en este caso no hay un «acto de comunicación». El Sr. Wullems centra su defensa en que las extensiones con los hiperenlaces no se encuentran en el aparato cuando se vende al usuario final. Además, agrega, un hiperenlace no puede constituir, por sí solo, un acto de comunicación al público.

33. Para la Comisión, el *filmspeler* comercializado por el Sr. Wullems responde al concepto de «instalación material» (recogido en el vigesimoséptimo considerando de la Directiva 2001/29), en cuanto permite, pero no es en sí mismo, una comunicación. Si equipar una instalación con un programa hiciera perder a aquella su condición de tal, el vigesimoséptimo considerando de la Directiva 2001/29 carecería de efecto útil, al no aplicarse más que a un número muy reducido de casos. De aceptarse la tesis contraria, las disposiciones del capítulo III de la Directiva 2001/29 estarían desprovistas de sentido.

34. En suma, la Comisión teme que una interpretación excesivamente laxa del concepto de «comunicación al público» altere y ponga en peligro el justo equilibrio entre los derechos y los intereses de todas las partes implicadas, que juzga un objetivo general inherente a la Directiva 2001/29.

19 — Sentencia de 13 de febrero de 2014, Svensson y otros (C-466/12, EU:C:2014:76), apartado 18.

20 — *Ibidem*, apartado 19 y jurisprudencia citada.

21 — Sentencia de 7 de diciembre de 2006, SGAE (C-306/05, EU:C:2006:764), apartados 37 a 39.

22 — Sentencias de 7 de marzo de 2013, ITV Broadcasting y otros (C-607/11, EU:C:2013:147), apartado 37; y de 4 de octubre de 2011, Football Association Premier League y otros (C-403/08 y C-429/08, EU:C:2011:631) apartado 197.

23 — Por referencia a la sentencia de 7 de marzo de 2013, ITV Broadcasting y otros (C-607/11, EU:C:2013:147), apartados 22 a 26 y 39.

2. Sobre las preguntas prejudiciales tercera y cuarta

35. Stichting Brein y los Gobiernos español y francés niegan que la excepción del artículo 5 de la Directiva 2001/29 sea aplicable a la reproducción en flujo continuo de una obra protegida por derechos de autor, desde el sitio web de un tercero en el que se ofrece. Aducen que el apartado 1 de dicho artículo únicamente concierne a reproducciones provisionales transitorias o accesorias, cualidades de las que carece la que proporciona el *filmspeler*, siendo así que no constituye «una parte integrante y esencial de un proceso tecnológico cuya única finalidad sea facilitar la utilización lícita de una obra o prestación protegidas», como demanda el citado artículo 5, apartado 1, en particular, su letra b).

36. Además, en respuesta a la cuarta pregunta prejudicial, Stichting Brein y el Gobierno español [24] advierten que el razonamiento del Tribunal de Justicia al interpretar la llamada «excepción de copia privada» del artículo 5, apartado 2, letra b), de la Directiva 2001/29 [25] se puede extrapolar a la autorización del flujo continuo procedente de una fuente ilícita. Ese método de reproducción desde fuentes ilícitas, por carecer de la autorización de los derechohabientes, iría manifiestamente en contra de las tres etapas acumulativas previstas en el artículo 5, apartado 5, de la Directiva 2001/29 y en el Convenio de Berna. [26]

37. En esa misma línea, destacan que el eventual empleo masivo del flujo continuo desde fuentes ilegales excluye que se aplique solo para «determinados casos concretos» y amenaza, además, la «explotación normal» de las obras protegidas, con el subsiguiente perjuicio a los intereses legítimos de los titulares de los derechos de autor y afines.

38. El Sr. Wullems se limita a recordar que el flujo continuo es un acto provisional, transitorio o accesorio, y que forma parte integrante y esencial de un proceso técnico. El Gobierno portugués y la Comisión, que solo lo alega con carácter subsidiario, [27] arrancan de esa misma premisa y añaden que la mera recepción de las transmisiones (de obras protegidas) a través del método controvertido no supone una utilización ilícita, en el sentido del artículo 5, apartado 1, de la Directiva. Dicen encontrar sustento en la jurisprudencia [28] según la que las copias en caché y en pantalla reunían los requisitos acumulativos del artículo 5, apartado 1, de la Directiva 2001/29, así como de los de su apartado 5.

39. El Gobierno portugués incide en que los actos de reproducción provisional en flujo continuo no generan ninguna ventaja económica adicional a la derivada de la mera recepción de las obras. Por último, esgrime que, cuando los actos de reproducción cumplen las condiciones del artículo 5, apartado 1, de la Directiva 2001/29, también reúnen las de aplicación del apartado 5 de ese mismo artículo, lo que deduce de cierta jurisprudencia del Tribunal de Justicia. [29]

24 — El Gobierno francés no ha formulado observaciones a la cuarta pregunta prejudicial, subsidiaria de la tercera, dada la solución que propone para esta.

25 — Sentencia de 10 de abril de 2014, ACI Adam y otros (C-435/12, EU:C:2014:254), apartados 37 y 39.

26 — Convenio para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, firmado en Berna el 9 de septiembre de 1886 (Acta de París de 24 de julio de 1971), en la versión modificada el 28 de septiembre de 1979.

27 — La Comisión duda de la necesidad de responder a las cuestiones prejudiciales tercera y cuarta, ya que: a) están planteadas no en relación con la venta del *filmspeler*, sino con la tecnología de flujo continuo o *streaming*; y b) no se refieren a la conducta de quien vende el reproductor multimedia, sino a la del usuario final.

28 — Sentencia de 5 de junio de 2014, Public Relations Consultants Association (C-360/13, EU:C:2014:1195).

29 — Auto de 17 de enero de 2012, Infopaq International (C-302/10, EU:C:2012:16), apartado 57; y sentencia de 4 de octubre de 2011, Football Association Premier League y otros (C-403/08 y C-429/08, EU:C:2011:631), apartado 181.

IV. Análisis de las preguntas prejudiciales

A. *Sobre las preguntas prejudiciales primera y segunda*

40. Creo que las dos primeras cuestiones prejudiciales deben examinarse conjuntamente, dada su estrecha relación. La respuesta a ambas está, en buena parte, influida por unos presupuestos que delimitan el objeto de la controversia en los siguientes términos: a) el Sr. Wullems vende (con ánimo de lucro) un reproductor audiovisual multimedia en el que ha instalado hiperenlaces que remiten a sitios webs que ofrecen acceso libre y gratuito a contenidos digitales protegidos por derechos de autor;[30] b) los titulares de estos derechos o no han autorizado su comunicación al público, o lo han hecho solo respecto de determinados sitios a los que se entra por abono o suscripción; c) los usuarios pueden adquirir por sí mismos las extensiones (*add-ons*) que incorporan los hiperenlaces a los sitios webs en los que, sin el consentimiento de los titulares de los derechos, se proporciona el libre acceso a las obras protegidas; y d) esos sitios webs están disponibles en Internet sin necesidad de un reproductor audiovisual como el ofrecido por el Sr. Wullems.

41. Aunque estaría tentado de exponer el desarrollo de la jurisprudencia, formada a partir de una nutrida serie de sentencias, sobre la interpretación del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29, no me parece preciso reiterar el análisis de la expresión «comunicación al público» ni el de sus dos elementos singulares, esto es, el «acto de comunicación» de una obra y el del «público» al que se dirige. Prefiero remitirme a las puntualizaciones del Tribunal de Justicia en la sentencia GS Media, con mención de sus propios precedentes.[31] La certeza en la aplicación del derecho impone a los órganos jurisdiccionales si no la aplicación del *stare decisis* en términos absolutos, sí la prudencia de atenerse a lo que ellos mismos hayan decidido, tras madura reflexión, sobre un problema jurídico dado. Y así debe ocurrir, a mi juicio, con la doctrina fijada (o corroborada) en la sentencia GS Media respecto de la relación entre los hipervínculos y la comunicación pública, en el contexto de la Directiva 2001/29.

42. En consecuencia, adoptaré como premisas de mis observaciones las que el Tribunal de Justicia ya ha sentado, a saber: a) debe calificarse de «puesta a disposición» el hecho de facilitar enlaces sobre los que se puede pulsar y que llevan a obras protegidas, representando esa conducta un «acto de comunicación»;[32] b) dicho concepto incluye toda transmisión de las obras protegidas, con independencia del medio o del proceso técnico utilizado;[33] y c) se presume *iuris tantum* que la colocación de un hipervínculo que dirija a una obra publicada ilegalmente (esto es, sin la autorización de sus titulares) en Internet supone una «comunicación al público» en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/79, cuando se realice con ánimo de lucro.

30 — Ese mismo acceso libre y gratuito se ofrece a otros contenidos, cuya difusión pública tampoco está autorizada por quien los retransmite originalmente, pero que no cuentan con la protección de los derechos de autor *stricto sensu*. Es el caso, por ejemplo, de las retransmisiones en directo de ciertos acontecimientos deportivos que no tienen la naturaleza de obras originales a los efectos de la Directiva 2001/29 (aunque los derechos de reproducción adjudicados mediante licencias exclusivas a ciertos operadores de televisión puedan ampararse en la protección de otras normas). El Tribunal de Justicia ya se pronunció al respecto en 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), apartado 98, afirmando que «los encuentros deportivos no pueden considerarse creaciones intelectuales calificables de obras en el sentido de la Directiva sobre los derechos de autor».

31 — Sentencia GS Media, en particular, el apartado 32 y la jurisprudencia citada. Tras su pronunciamiento empiezan a aparecer, como es lógico y habitual, comentarios —unos críticos, otros elogiosos— en los medios especializados. Véanse, por ejemplo, entre los más próximos temporalmente a la fecha de la sentencia, la entrada del *European Law Blog*, de 20 de septiembre de 2016, *Saving the Internet or linking limbo? CJEU clarifies legality of hyperlinking (C-160/15, Gs Media v Sanoma)*; o el debate en la sesión plenaria, de 20 de septiembre de 2016, del 47.º Congreso mundial de la *International Association for the Protection of Intellectual Property (AIPPI)*, sobre *The CJEU case law on hyperlinking* y el previo informe del grupo de trabajo dedicado al tema *Linking and making available on the Internet*.

32 — Sentencia de 13 de febrero de 2014, Svensson y otros (C-466/12, EU:C:2014:76), apartado 20. En aquel asunto se descartó finalmente que hubiera comunicación a un público «nuevo», porque los destinatarios de la comunicación inicial eran los internautas en general, ya que los enlaces dirigían a obras protegidas publicadas sin ninguna restricción de acceso en otra página de Internet (apartados 18, 25 y 26).

33 — Sentencia de 31 de mayo de 2016, Reha Training (C-117/15, EU:C:2016:379), apartado 38.

43. En esa misma línea, recordaré que para el Tribunal de Justicia la noción de comunicación pública de la obra protegida requiere bien que se practique mediante una técnica específica, diferente de las empleadas hasta entonces, o bien, en su defecto, que se difunda a un «público nuevo», reputando por tal al público que no tuvieron en cuenta los titulares de derechos sobre las obras protegidas cuando autorizaron su (limitada) difusión en origen. [34]

44. Si se analizan los hechos del litigio a la luz de las premisas que acabo de enumerar, no es difícil concluir que les es aplicable la doctrina expuesta en la sentencia GS Media sobre la relación entre los hipervínculos y la noción de comunicación pública, lo que, en gran medida, determina el cariz de la respuesta a las dos primeras preguntas prejudiciales.

45. En efecto, como ya he avanzado, el Sr. Wullems instalaba en la interfaz de usuario del software XBMC las extensiones (*add-ons*) con hiperenlaces a sitios webs que dan libre acceso a obras protegidas por derechos de autor. El Sr. Wullems, además de facilitar el enlace, era —o debía ser— consciente de que catorce de esas extensiones incluían vínculos hacia contenidos digitales subidos a internet sin la autorización de los titulares del derecho de autor o con autorizaciones condicionadas a que solo ciertas personas pudieran disfrutarlos, por medio de abonos, de suscripciones o de otras fórmulas de pago por visión. Ni que decir tiene que el Sr. Wullems actuaba con ánimo de lucro, en la medida en que vendía su reproductor audiovisual multimedia.

46. La controversia se centra, pues, en la relevancia que haya de darse a un factor adicional, ausente del asunto GS Media, al que se refieren el Sr. Wullems y la Comisión en sus observaciones, cuando destacan que el asunto versa sobre la venta de un reproductor audiovisual multimedia y no sobre el suministro de hipervínculos. Para uno y otra, esa venta y la instalación de hipervínculos en un sitio web son fenómenos no asimilables y, aunque se interprete con amplitud el concepto de «comunicación al público», no puede estirarse ilimitadamente hasta abarcar incluso la venta de un reproductor multimedia. [35]

47. En la vista, el Sr. Wullems y la Comisión subrayaron el carácter «no crucial» de la intervención del primero, quien se limitaría a «facilitar» al público el acceso a unos contenidos que se pueden descargar desde otros sitios webs. El *filmspeler* no sería, pues, «esencial» en el proceso que conduce desde la página web en la que se encuentra disponible, ilegalmente, el contenido protegido hasta el usuario final. En esa misma línea, la venta del aparato del Sr. Wullems no proporcionaría un acceso directo, sino indirecto, a los mencionados contenidos, de modo que el nexo o trazo de unión entre él y la puesta a disposición del público de las obras protegidas sería tenue, como parte de una cadena de transmisión más amplia.

34 — Según el apartado 31 de la sentencia de 13 de febrero de 2014, Svensson y otros (C-466/12, EU:C:2014:76), «[…] en el caso de que el enlace sobre el que se puede pulsar permitiera a los usuarios de la página en la que se encuentra dicho enlace eludir las medidas de restricción adoptadas en la página en la que se encuentra la obra protegida para limitar el acceso a esta a los abonados y constituyera, de este modo, una intervención sin la cual dichos usuarios no podrían disfrutar de las obras difundidas, habría que considerar que el conjunto de esos usuarios es un público nuevo que no fue tomado en consideración por los titulares de los derechos de autor cuando autorizaron la comunicación inicial, de modo que tal comunicación al público exigiría la autorización de los titulares». En la misma idea profundiza el auto de 21 de octubre de 2014, BestWater International (C-348/13, EU:C:2014:2315), apartado 14. Lo decisivo es que quienes compongan el público puedan acceder al contenido digital, no que esas personas utilicen realmente esa posibilidad, según advierte la sentencia de 7 de diciembre de 2006, SGAE (C-306/05, EU:C:2006:764), apartado 43.

35 — La Comisión llama la atención sobre el hecho de que el presente asunto trata precisamente sobre la «venta» del reproductor multimedia *filmspeler*, que, a su juicio, responde al concepto de «instalación material» aludido en el vigesimoséptimo considerando de la Directiva 2001/29. El *filmspeler*, afirma, permite la comunicación, pero no es equiparable a esta.

48. La tesis del Sr. Wullems y de la Comisión resulta, en un primer momento, sugerente. La venta, en cuanto contrato de entrega de un reproductor audiovisual multimedia a cambio del precio pagado, parecería «neutra», esto es, carecería de relación directa con la transmisión de obras protegidas. Además, afirma la Comisión, la ampliación del perímetro del concepto «comunicación pública» debe tener algún límite. [36]

49. Sin embargo, esa tesis es, en realidad y según mi opinión, demasiado reduccionista. La comercialización del *filmspeler* va más allá de la simple venta de un accesorio técnico, que, según la Comisión, podría encajar en la noción de «instalaciones materiales necesarias para facilitar o efectuar una comunicación», cuya «puesta a disposición […] no equivale, en sí misma, a una comunicación en el sentido de la presente Directiva». [37]

50. En efecto, el Sr. Wullems ofrece en aquel aparato, de manera inescindible, el *hardware* y el *software* precisos y directamente encaminados [38] a que los compradores accedan en Internet, sin el consentimiento de sus titulares, a obras protegidas por derechos de autor. Facilitar ese acceso inmediato a un público indeterminado es parte del valor añadido de la prestación del Sr. Wullems, por la que recibe el precio pagado —o al menos una parte sustancial de este— a cambio del reproductor audiovisual.

51. Creo que no hay diferencias significativas entre colocar en un sitio web hipervínculos que remiten a obras protegidas [39] y, como en el presente caso, colocarlos en un aparato multimedia concebido precisamente para su empleo en Internet (en concreto, para que gracias a él los usuarios accedan sin complicaciones, de manera directa e inmediata, a contenidos digitales cuyo disfrute no está consentido por sus autores). El suministro de enlaces a esos contenidos protegidos, su puesta a disposición del público, es un rasgo común a ambos comportamientos, cuyo carácter en apariencia accesorio o auxiliar no puede ocultar su condición de actividades dirigidas a que cualquiera goce, con la mera activación del hipervínculo, de las obras protegidas. [40]

52. Los hipervínculos sirven, sea cual sea el modo o la vía técnica con que se instalen, para facilitar a terceros el acceso a contenidos digitales ya «subidos» —en este caso, ilícitamente— a la red. Lo relevante en la comunicación al público que se produce mediante ellos es que aumenta el perímetro o el radio de alcance de potenciales usuarios, a quienes se facilita, repito, una funcionalidad en la que previamente se han seleccionado los sitios webs que permiten la visión de contenidos digitales, sin pagar por ella.

36 — La Comisión, tras reconocer en la vista que no estaba satisfecha con las sentencias de 13 de febrero de 2014, Svensson y otros (C-466/12, EU:C:2014:76) y GS Media, alertaba de la incertidumbre jurídica que puede conllevar esa orientación jurisprudencial. Desde otras perspectivas, diversas voces han reprochado al Tribunal de Justicia que con sus pronunciamientos en esta materia esté creando derecho, más que interpretando el existente. No comparto esta última crítica, pues el Tribunal de Justicia se circunscribe a poner de relieve la virtualidad, hasta entonces no suficientemente advertida, de una noción jurídica (la «comunicación pública») de contornos imprecisos, adaptando su aplicación al desarrollo de unas tecnologías de muy rápida evolución con las que, en cada momento, se realiza la puesta a disposición del público de las obras protegidas por derechos de autor.

37 — Vigesimoséptimo considerando de la Directiva 2001/29.

38 — La visualización y la escucha de las obras protegidas es posible merced a la instalación de las extensiones con hipervínculos a los sitios Internet, que el Sr. Wullems ha realizado en el software XBMC. Gracias a los menús instalados en el interface del software XBMC con las extensiones que le llevan a tales sitios, el telespectador que utiliza el *filmspeler* se convierte en internauta que puede visitarlos.

39 — Como sucedía en los hechos que se hallan en el origen de las sentencias de 13 de febrero de 2014, Svensson y otros (C-466/12, EU:C:2014:76); y GS Media, así como del auto de 21 de octubre de 2014, BestWater International (C-348/13, EU:C:2014:2315).

40 — Desde otra perspectiva, la conducta del Sr. Wullems se acerca, aunque no se identifica plenamente con ella, a la del asunto C-306/05 (EU:C:2006:764), resuelto por la sentencia de 7 de diciembre de 2006, SGAE. La señal distribuida por un establecimiento hotelero mediante los televisores disponibles en sus habitaciones representaba, según el Tribunal de Justicia, una comunicación al público, conforme a la Directiva 2001/29.

53. Puede hablarse, pues, del papel ineludible, en el sentido de la jurisprudencia,[41] que desempeña el Sr. Wullems en la comunicación al público de obras protegidas, intervención que lleva a cabo de manera deliberada y con pleno conocimiento de las consecuencias que implica. Así se desprende, en particular, de los ejemplos de publicidad con los que promocionaba su artículo.[42]

54. En suma, el *filmspeler* no puede reputarse una mera «instalación técnica» en la acepción del vigesimoséptimo considerando de la Directiva 2001/29, sino una modalidad de comunicación pública de obras protegidas por derecho de autor, que antes han sido ilícitamente «subidas» a Internet. La conducta del Sr. Wullems al instalar en sus aparatos, con obvio ánimo de lucro y consciencia de su ilicitud, los hipervínculos a esas obras ayuda a los compradores del *filmspeler* a sortear las contrapartidas exigibles a su legítimo disfrute, esto es, el pago de la remuneración debida a sus titulares, que usualmente se efectúa mediante fórmulas como los abonos, las suscripciones u otros medios de pago por visión.

55. Una vez sentado que el *filmspeler* realiza una comunicación al público, cubierta por el artículo 3, apartado 1, de la Directiva,[43] queda por dilucidar si ese público merece el atributo de «nuevo», tal y como se ha interpretado hasta la fecha.

56. Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el requisito del «público nuevo» solo se demanda *en defecto* de que la comunicación de la obra protegida se haga *mediante una técnica específica, diferente de las utilizadas hasta entonces*.[44] Aunque esta apreciación de hecho compete al juez *a quo*, la técnica empleada por el Sr. Wullems no parece mostrar ningún rasgo innovador, siendo más bien una agregación de otras ya existentes. Podría, pues, aceptarse, para simplificar el debate, que en este caso no concurría una «técnica específica y diferente», en el sentido de la jurisprudencia, lo que aboca a analizar si los potenciales compradores del *filmspeler* pueden calificarse de «público nuevo».

57. Consta en autos, y el Gobierno francés tiene razón al subrayarlo, que o bien las obras protegidas carecían de la autorización de los titulares de los derechos para ser divulgadas en Internet, o bien esa autorización se había concedido únicamente a sitios para abonados, es decir, en acceso restringido. Por tanto, el aparato audiovisual multimedia vendido por el Sr. Wullems amplía el círculo de destinatarios respecto de los previstos por sus autores, en la medida en que enlaza tanto a sitios Internet que difunden, sin autorización, aquellos contenidos digitales, como a sitios que albergan obras protegidas y las ofrecen solo a ciertos usuarios que han de pagar por su disfrute.

58. Además, no obstante la eventualidad de encontrar las extensiones en el mercado y los propios hipervínculos gratis en la red, el *filmspeler* incorpora una innegable ventaja para un segmento no desdeñable de ese público: el que no está especialmente versado como internauta en el descubrimiento de sitios ilícitos para ver películas y series televisivas, entre otros contenidos digitales. Ese segmento de público posiblemente preferirá el fácil manejo del menú que el *filmspeler* le muestra en su pantalla a la, a veces tediosa, búsqueda de los sitios webs que ofrecen aquellos contenidos.

41 — Sentencia GS Media, apartado 35 y jurisprudencia citada.

42 — Véase el punto 19 de estas conclusiones.

43 — Sentencia GS Media, apartado 51.

44 — Auto de 21 de octubre de 2014, BestWater International (C-348/13, EU:C:2014:2315), apartado 14 y jurisprudencia citada.

59. Sea como sea, la difusión de las obras protegidas que el Sr. Wullems propicia se realiza para un público al que no tuvieron en cuenta los titulares de derechos sobre ellas cuando no autorizaron su contemplación o lo hicieron solo en los circuitos de pago, con lo que concurre la condición de un «público nuevo». [45]

60. Propongo, pues, responder a las dos primeras cuestiones prejudiciales del Rechtbank Midden-Nederland (Tribunal de primera instancia de Midden-Nederland) que constituye una «comunicación al público», en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29, la venta de un reproductor audiovisual (multimedia) en el que el propio vendedor ha instalado hiperenlaces que facilitan el acceso directo a obras protegidas, tales como películas, series y programas en directo, disponibles en otros sitios de Internet sin la autorización del titular de los derechos de autor.

B. *Sobre las preguntas prejudiciales tercera y cuarta*

61. El tribunal de reenvío plantea en estas dos preguntas sendas dudas que, como ya he avanzado, no conciernen al dispositivo multimedia sino al ajuste a la Directiva 2001/29 de la conducta del usuario final que, mediante aquel aparato, realiza la «reproducción provisional de una obra protegida por derechos de autor obtenida en flujo continuo desde el sitio web de un tercero en el que se ofrece dicha obra sin autorización del titular o de los titulares». En concreto, quiere saber si este género de conductas podría estar amparado por el artículo 5, apartados 1 y 5, de aquella Directiva.

62. Así formuladas, las dos preguntas han suscitado algunas objeciones de inadmisibilidad, pues parecerían desbordar los límites del litigio que enfrenta a Stichting Brein y al Sr. Wullems. Sin embargo, tras las explicaciones del tribunal *a quo*, esas objeciones deben rechazarse, ya que una de las pretensiones de Stichting Brein en el pleito principal era que el Sr. Wullems fuese condenado como autor de publicidad engañosa y de prácticas comerciales desleales, por haber expresado en sus anuncios, como reclamo para incrementar las ventas, que es lícita la mera reproducción en flujo continuo de obras procedentes de fuentes ilícitas (a diferencia de lo que sucede con las descargas de esas obras). De ahí que el tribunal de reenvío, abocado a resolver sobre esa concreta pretensión, necesite la respuesta del Tribunal de Justicia en interpretación del artículo 5 de la Directiva 2001/29.

63. Las reflexiones que a continuación expondré han de entenderse referidas a los hechos del litigio principal, en el contexto de la pretensión actora que acabo de reseñar, y a la aplicación del artículo 5 de la Directiva 2001/29.

1. Sobre la excepción del artículo 5, apartado 1, de la Directiva 2001/29

64. Dentro del catálogo de excepciones al derecho de reproducción, el artículo 5, apartado 1, de la Directiva 2001/29 incluye los «actos de reproducción provisional […] que sean transitorios o accesorios y formen parte integrante y esencial de un proceso tecnológico y cuya única finalidad consista en facilitar […] una utilización lícita de una obra o prestación protegidas […]». La excepción incumbe también al usuario final y no solo a los proveedores de servicios en línea o a los intermediarios, como podría pensarse tras la lectura del trigesimotercer considerando de la Directiva 2001/29. [46]

45 — Ha de puntualizarse, sin embargo, que únicamente acusará los perfiles de «comunicación al público», en la interpretación del Tribunal de Justicia, la difusión que el *filmspeler* proporciona al usuario final a través de los hiperenlaces reunidos en las catorce extensiones que dirigen específicamente a sitios de Internet donde se pueden descargar en flujo continuo obras protegidas sin el consentimiento de los titulares de los derechos de autor. En cuanto a los vínculos a películas, series y competiciones deportivas autorizadas por dichos titulares, sin estar sujetas a ninguna restricción, el acceso es libre y sería aplicable la sentencia de 13 de febrero de 2014, Svensson y otros (C-466/12, EU:C:2014:76), apartados 25 y 26.

46 — Así se deduce, implícitamente, de la sentencia de 5 de junio de 2014, Public Relations Consultants Association (C-360/13, EU:C:2014:1195).

65. No creo imprescindible, para lo que interesa en este asunto, dilucidar si la visualización de una obra en flujo continuo, a la que se llega mediante los hipervínculos del *filmspeler*, carece de las notas de «transitoriedad» y «accesoriedad» a las que alude el texto normativo antes transcrito. [47] Decidir la controversia en un sentido o en otro reclamaría unas previas apreciaciones de marcado carácter técnico (respecto del almacenamiento en el *buffer* de datos y de la obtención de copias en la memoria *caché* o en pantalla), [48] en cuyo análisis me parece innecesario detenerme [49] cuando, a mi juicio, falta otra de las exigencias capitales para la exención: facilitar «una utilización lícita» de la obra protegida.

66. En efecto, no puede hablarse de «utilización lícita» de las obras protegidas cuando el usuario final accede a ellas en las condiciones del litigio de autos, esto es, concierne a contenidos digitales cuya difusión o bien la han rechazado o bien la han restringido los titulares de los correspondientes derechos de autor, quienes no han autorizado su libre comunicación al público en los sitios webs a los que enlazan los hipervínculos incluidos en el *filmspeler*.

67. No se trata, pues, de establecer un juicio generalizado sobre el *streaming*, pero sí de evaluar, a la luz del precepto antes citado, el comportamiento del usuario que, en las condiciones de este asunto, reproduce en su pantalla con aquella técnica películas y series protegidas.

68. El desarrollo de las telecomunicaciones (entre otros factores, la extensión de las redes de fibra óptica que proporcionan muy altas velocidades de conexión) ha propiciado que el fenómeno de las descargas ilegales en soportes informáticos —al que tanta atención se ha prestado hasta hace pocos años— vaya siendo paulatinamente desplazado, si no sustituido, por la reproducción de contenidos digitales en flujo continuo, hasta convertir esta modalidad en una de las más solicitadas. La visión en *streaming* procedente de las plataformas de pago no presenta mayores problemas, desde el ángulo de la propiedad intelectual, y tampoco se suscitan cuando el usuario contempla o escucha contenidos digitales de acceso no restringido, a partir de sitios webs que los ofrecen gratuita y lícitamente.

69. La perspectiva cambia, sin embargo, cuando entran en juego sitios webs que ponen a disposición de los usuarios versiones piratas [50] de aquellos contenidos. La respuesta del Tribunal de Justicia en la sentencia GS Media atiende a quien inserta en la red un hipervínculo que dirige a contenidos protegidos, sin licencia de su titular. La conducta de quien así actúa debe ser evaluada en función, por un lado, del ánimo de lucro (de existir, se presume *iuris tantum* que esa persona es consciente de que la obra está en la red de modo ilícito) y, por otro, de que no sepa, y no pueda saber razonablemente, que no existe autorización para su publicación en Internet. [51]

47 — Resulta significativo que en las versiones inglesa y alemana aparezcan las palabras «transient» y «flüchtig», respectivamente, que evocan un lapso de tiempo fugaz o efímero. La neerlandesa emplea el término «voorbijgaande» y la española, «transitorio», más acordes con el carácter pasajero de un acto.

48 — Las copias en *caché* y las copias en pantalla cumplen los requisitos del artículo 5, apartados 1 y 5, de la Directiva 2001/29, según la sentencia de 5 de junio de 2014, Public Relations Consultants Association (C-360/13, EU:C:2014:1195), apartados 26 y 27.

49 — En esta modalidad de reproducción, en la que la copia de archivos se sustituye por el almacenamiento del flujo de descarga en el *buffer* del usuario, este último «consume» el producto en paralelo a su visualización, con lo que evita los problemas derivados de la mayor lentitud de la copia de archivos por descarga. Podría sostenerse que esa reproducción, aunque no se fije en un soporte informático determinado y solo aparezca en pantalla, tiene (en el caso de las películas o series televisivas, por ejemplo) una duración demasiado prolongada como para calificarse de transitoria. En esa misma línea, si se admitiera hipotéticamente el carácter transitorio de la reproducción en flujo continuo, sería discutible si «forma parte integrante y esencial de un proceso tecnológico», que es otro de los requisitos inexcusables de la exención recogida en el artículo 5, apartado 1, de la Directiva 2001/29.

50 — Las expresiones «piratería» y «pirata», en este contexto, no solo son sugestivas, sino que van adquiriendo carta de naturaleza en la terminología legal de los derechos de autor. El Tribunal de Justicia se ha referido a las «obras piratas» que menoscaban la explotación normal de las protegidas por los derechos de autor, según la Directiva 2001/29, en la sentencia de 10 de abril de 2014, ACI Adam y otros (C-435/12, EU:C:2014:254), apartado 39.

51 — La justificación de esta postura atiende a la dificultad de comprobar si el sitio de Internet al que llevan los vínculos da acceso a obras que están protegidas y si los titulares de los derechos de autor sobre ellas han autorizado su publicación en Internet. Así se deduce de los apartados 46, 47 y 48 de la sentencia GS Media.

70. A mi juicio, si el factor clave es, para quien inserta el hipervínculo sin ánimo de lucro, el conocimiento —al menos, su posibilidad razonable— de que la obra protegida se halla de modo ilícito en la red, sería difícil no extender este criterio a quien únicamente hace uso de aquel hipervínculo, también sin ánimo de lucro. [52]

71. Creo, sin embargo, que el componente subjetivo es más apropiado para excluir la responsabilidad de una persona que para juzgar sobre la antijuridicidad objetiva y, en su caso, sobre la tipicidad de la conducta. Para facilitar una interpretación adecuada del artículo 5, apartado 1, de la Directiva 2001/29, no cabe olvidar que, conforme a su trigesimotercer considerando, la licitud, en términos objetivos, depende más bien de la autorización del titular del derecho de autor o de su licenciatario. [53] La ignorancia excusable o el desconocimiento razonable, por parte del usuario final, de la inexistencia de esa autorización podría, sin duda, eximirlo de responsabilidad, [54] pero no elimina —insisto, desde la óptica estrictamente objetiva— el carácter ilícito de la «utilización» a la que alude el artículo 5, apartado 1, de la Directiva 2001/29.

72. Como consta en autos que las obras protegidas a las que remiten los hipervínculos instalados en el *filmspeler* del Sr. Wullems carecían de la autorización de los titulares del derecho de autor, incluido el de reproducción del artículo 2 de la Directiva 2001/29, la descarga en flujo continuo por un usuario final mediante tal aparato no concuerda con la «utilización lícita» en el sentido del artículo 5, apartado 1, letra b), de dicha Directiva.

2. Sobre la aplicación del artículo 5, apartado 5, de la Directiva 2001/29

73. Si, en términos puramente dialécticos, el empleo del *filmspeler* del Sr. Wullems pudiera acogerse a la excepción del artículo 5, apartado 1, de la Directiva 2001/29, aún habría de superar el *test* del apartado 5 de ese mismo precepto, sobre el que el tribunal *a quo* formula su cuarta pregunta prejudicial. Habría, pues, que analizar si se reúnen en este caso los requisitos del artículo 5, apartado 5, de aquella Directiva. [55]

74. Este precepto recoge que la excepción contemplada en el apartado 1 (entre otros) respecto de la reproducción provisional únicamente se aplicará «en determinados casos concretos que no entren en conflicto con la explotación normal de la obra o prestación y no perjudiquen injustificadamente los intereses legítimos del titular del derecho».

75. Pues bien, a mi juicio no se satisface en este asunto ninguno de los tres requisitos. En primer lugar, el aparato que vende el Sr. Wullems dará lugar a una cantidad innumerable de descargas de películas, series, eventos deportivos y otros tipos de emisiones, sin el consentimiento de los titulares de los derechos de reproducción. Por tanto, como mantienen Stichting Brein y el Gobierno español, no se puede sostener que estemos ante meros «casos concretos», según exige la norma en liza.

52 — A medida que los internautas tomen mayor conciencia de la necesidad de respetar los derechos de los creadores de contenidos y se amplíen, simultáneamente, las ofertas de las plataformas que los ponen lícitamente a su disposición, resultará más difícil amparar la reproducción de obras piratas, a partir de hipervínculos, en el desconocimiento de la falta de autorización de los titulares de los derechos de autor.

53 — En la exposición de motivos de la Posición Común n.º 48/2000, aprobada por el Consejo el 28 de septiembre de 2000, con vistas a la adopción de la Directiva 2000/.../CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de ..., 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 (DO 2000, C 344, p.1) se lee: «[…] En el considerando 33, el Consejo ha añadido una *definición* del término "utilización legal" […]». La cursiva es mía.

54 — Se trataría de «actos realizados por los consumidores finales de buena fe», en el sentido del decimocuarto considerando de la Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual

55 — Según la sentencia de 5 de junio de 2014, Public Relations Consultants Association (C-360/13, EU:C:2014:1195), apartado 53, «[…] para poder invocar la excepción establecida por la referida disposición [el artículo 5, apartado 1, de la Directiva 2001/29], tal como se ha interpretado en el apartado anterior de la presente sentencia, es necesario además que estas copias cumplan los requisitos del artículo 5, apartado 5, de la [misma] Directiva […]».

76. En segundo lugar, desde el punto de vista técnico, no cabe equiparar la conducta de quien navega por Internet y consulta páginas webs con la de quien reproduce en *streaming* películas y series protegidas. En el primero de esos comportamientos, la copia transitoria que el proceso tecnológico obliga a efectuar puede entrañar una explotación normal de las obras, que permite a los internautas beneficiarse de la comunicación al público hecha por el editor del sitio de Internet del que se trate. [56] En cambio, en el supuesto del internauta que contempla obras protegidas en su pantalla, en visión de flujo continuo, no se practica una «explotación normal» de la obra, impuesta por la tecnología imprescindible para navegar por Internet, sino un acto de cariz «anormal», en términos jurídicos, que obedece al propósito deliberado del usuario de disfrutar de los contenidos digitales sin abonar ninguna contrapartida económica, gracias a la ayuda del *filmspeler*.

77. En esas circunstancias, iría en contra de la Directiva 2001/29 aceptar reproducciones indiscriminadas o generalizadas a partir de fuentes ilícitas, o llevadas a cabo en fraude de los límites de acceso. Admitir su validez significaría tanto como fomentar la circulación de contenidos digitales piratas y, en esa misma medida, socavar gravemente la protección de los derechos de autor y propiciar formas ilegales de comercialización, en detrimento del buen funcionamiento del mercado interior. [57]

78. En tercer lugar, habiéndose concedido el derecho de reproducción, según consta en autos, únicamente para circuitos de los que el usuario final se beneficia previo pago (sea de una suscripción, de un abono o de otra fórmula similar), esa cantidad innumerable de visualizaciones en flujo continuo, sin contrapartida económica para el titular de los derechos, implica, por la fuerza de las cosas, una simultánea disminución del volumen de abonados a aquellos circuitos, con el consiguiente «menoscabo de la explotación normal de las obras protegidas», por acudir a los términos de la sentencia de 10 de abril de 2014, ACI Adam y otros. [58]

79. En efecto, encajan aquí las consideraciones del Tribunal de Justicia en la sentencia ACI Adam y otros, en las que mantuvo, al interpretar los requisitos del artículo 5, apartado 5, de la Directiva 2001/29, que «admitir que tales reproducciones pueden realizarse a partir de una fuente ilícita fomentaría la circulación de obras falsificadas o piratas, disminuyendo de este modo necesariamente el volumen de ventas u otras transacciones legales relativas a las obras protegidas, de modo que se menoscabaría la explotación normal de éstas». [59] La venta del *filmspeler* choca, pues, con los «intereses legítimos del titular del derecho de autor», que no había autorizado una divulgación abierta de sus obras.

80. En suma, opino que la descarga en flujo continuo de contenidos digitales protegidos, sin el permiso de los titulares de los derechos de autor, no reúne los requisitos del artículo 5, apartado 5, de la Directiva 2001/29, ya que no representa un caso concreto, entra en conflicto con la explotación normal de la obra y perjudica injustificadamente los intereses legítimos de aquellos titulares.

81. Teniendo en cuenta el carácter acumulativo de las condiciones que se acaban de reseñar, al que ha aludido el Tribunal de Justicia, [60] es aplicable en este asunto la triple contraexcepción del artículo 5, apartado 5, de la Directiva 2001/29. No cabe, pues, invocar la exención del derecho de reproducción.

82. Sugiero, pues, contestar a las preguntas prejudiciales tercera y cuarta que, en las circunstancias del litigio principal, la reproducción en flujo continuo de una obra protegida por derechos de autor no puede acogerse a la excepción del artículo 5, apartado 1, de la Directiva 2001/29, en la medida en que no encaja en el concepto de «utilización lícita» de la letra b) de dicha disposición y, en todo caso, resulta contraria al examen en tres fases previsto en el artículo 5, apartado 5, de dicha Directiva.

56 — *Ibidem*, apartado 61.

57 — Sentencia de 10 de abril de 2014, ACI Adam y otros (C-435/12, EU:C:2014:254), apartados 35 y 36.

58 — *Ibidem*, apartado 39.

59 — *Ibidem*.

60 — Sentencia de 5 de junio de 2014, Public Relations Consultants Association (C-360/13, EU:C:2014:1195), apartado 53 y jurisprudencia citada.

V. Conclusión

83. A tenor de los argumentos expuestos, propongo al Tribunal de Justicia responder a las cuestiones planteadas por el Rechtbank Midden-Nederland (Tribunal de primera instancia de Midden-Nederland, Países Bajos) de la siguiente manera:

«La venta de un reproductor audiovisual multimedia, como el que es objeto del litigio principal, en el que el vendedor ha instalado hipervínculos que remiten a sitios de Internet que, sin la autorización del titular de los derechos de autor, ofrecen acceso libre a obras protegidas por derechos de autor, tales como películas, series y programas en directo,

— constituye una "comunicación al público" en el sentido del 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; y

— no puede acogerse a la excepción del artículo 5, apartado 1, de la Directiva 2001/29, en la medida en que no responde al concepto de "utilización lícita" de la letra b) de dicha disposición y, en todo caso, no respeta las condiciones de aplicación del artículo 5, apartado 5, de dicha Directiva».