

Seminario: «Online Service Providers liability in the EU and USA: Art. 17 Directive CDSM and Sec. 512 USCA»

Pol Olivé Busquets

Fecha de publicación: septiembre de 2019

La profesora Jane C. Ginsburg comparó la situación de las plataformas de contenidos en la UE y EE. UU. frente a la responsabilidad de proteger los derechos de autor.

El 2 de julio de 2019, el grupo de investigación INTERDRET (Dret d'internet - 2017SGR1711) de los Estudios de Derecho y Ciencia Política de la UOC organizó un seminario a cargo de la Prof.^a Jane C. Ginsburg, de la Columbia University Law School de Nueva York. El seminario examinó las novedades europeas en el ámbito de la responsabilidad de los **proveedores de servicios de internet** (en adelante ISP) –y, en concreto, de las denominadas «**plataformas de contenidos**»– derivadas de la nueva Directiva de derechos de autor en el mercado único digital (en adelante CDSM), en comparación con el régimen de responsabilidad vigente en la sección 512 de la DMCA de los Estados Unidos de América. Sin duda, se trata de un tema que despierta un gran interés por el largo y controvertido proceso de aprobación de la Directiva y por la incertidumbre existente con relación a su transposición nacional, que deberá realizarse en los próximos dos años.

Definición jurídica de «proveedores de servicios de internet» -ISP-

En la primera parte de la conferencia, la Prof.^a Ginsburg destacó la importancia de la **definición jurídica de la nueva figura del «prestador de servicios para compartir contenidos en línea»** (en adelante OCSSP) que encontramos en el artículo 2 (6) de la Directiva CDSM. Esta definición hace referencia a aquellos ISP que almacenan y dan acceso público a una **gran cantidad** de contenidos protegidos que han sido subidos por sus usuarios, organizándolos y promocionándolos **con fines lucrativos**. Indudablemente, se trata de una definición mucho más estricta que la de los ISP regulada en la anterior regulación (Directiva de e-commerce de 2000), y se debe pensar en YouTube, Instagram, Twitter, TikTok, etc. Además de excluir explícitamente las plataformas sin ánimo de lucro, las plataformas de código abierto, los mercados en línea B2C, entre otras, esta definición también dejaría fuera de la definición las plataformas intermediarias de venta en línea aunque sean terceros los vendedores (p. ej. Amazon), o los motores de búsqueda, sobre todo a la luz del considerando 62, que expone que se deberían excluir aquellos **proveedores de servicios** cuya «finalidad principal no sea la de permitir que los usuarios carguen y compartan tales contenidos». Por último, también se establece que aquellos OCSSP que lleven menos de tres años con un volumen de negocios inferior a diez millones de euros, tendrán un régimen de responsabilidad menos estricto. Parece altamente probable que en el futuro sea el TJUE quien acabe de concretar el sentido y ámbito de aplicación de esta disposición, a partir de casos concretos que se planteen.

No obstante, la conferenciante subrayó que la definición que la **Digital Millennium Copyright Act de los EE. UU.** (en adelante DMCA) hace de los proveedores de servicios de internet no distingue entre entidades con o sin ánimo de lucro, ya que la norma está planteada para ofrecer a los ISP un **régimen general de exención de la responsabilidad**, siempre supeditada al cumplimiento de ciertos requisitos, como veremos.

Régimen de responsabilidad de los ISP frente a la infracción de los derechos de autor

El foco principal fue el ya muy debatido **cambio en el régimen de responsabilidad** operado por la nueva Directiva CDSM: el paso de un sistema de «safe harbour» o puerto seguro para todos los ISP y de forma transversal (para cualquier tipo de responsabilidad derivada de infracciones de diversa naturaleza, no solo de propiedad intelectual), tal como establecía la Directiva de e-commerce, hacia uno de responsabilidad específica de ciertos ISP (léase, plataformas de contenido con ánimo de lucro) para infracciones exclusivamente de propiedad intelectual. Técnicamente, la nueva Directiva considera que existe un acto de comunicación pública que realizan estas plataformas cuando dan acceso a contenidos infractores subidos por los usuarios, y establece la obligación general de estas plataformas de obtener una licencia de tales contenidos (licencia que cubrirá no solo la explotación que realizan, sino también la comunicación pública que realizan los usuarios que suben tales contenidos). Cuando los contenidos subidos sean infractores (no hayan sido licenciados o queden amparados por un límite legal, como por ejemplo la cita o la parodia), estas plataformas solo podrán quedar exentas de responsabilidad por tal infracción (artículo 17.4), si están en condiciones de probar que han hecho los mayores esfuerzos para obtener una licencia, para asegurar diligentemente la indisponibilidad de tales contenidos y para garantizar que los contenidos infractores notificados por los titulares no se vuelvan a subir (el llamado sistema de «take down and stay down»). Aunque, en principio, el texto de la Directiva solo habla de asegurar la indisponibilidad de contenidos que han sido identificados como infractores por los titulares, aparece la duda sobre si las plataformas preferirán directamente evitar la disponibilidad de cualquier contenido que no haya sido licenciado, para evitar la eventual responsabilidad por infracción y los costes derivados de este sistema probatorio.

Excepciones y límites a los derechos de autor

Este nuevo contexto nos lleva directamente a pensar en otro sujeto: el usuario. No se le escapó a la Prof.^a Ginsburg la oportunidad de hablar sobre el papel de las **excepciones y límites** a los **derechos de autor** y de los usuarios que suben contenido a las plataformas. Con la obligación de filtrado y el sistema de «take down and stay down», es cierto que existe cierto riesgo de que los titulares de derechos acaben prohibiendo todo uso de sus contenidos, incluso aquellos usos amparados por una excepción o límite legal. Y es que no todos los usos de material protegido son infracciones. El artículo 17.7 establece un intento de corregir esta situación: la cooperación entre plataformas y titulares de derechos no debe resultar en la exclusión de contenidos legítimos, y los estados miembros deben garantizar que los usuarios puedan ampararse, como mínimo, en la excepción de cita (o crítica, reseña) y la de parodia (o caricatura, pastiche). La pregunta que surgió en el debate final y que todavía está sin resolver, es el cómo. Posiblemente la respuesta pueda llegar desde la propia tecnología, aunque hoy en día aún parece imposible imaginar un sistema de reconocimiento de citas o parodias automático basado en algoritmos.

Otra disposición que persigue el equilibrio efectivo entre los derechos exclusivos y el sistema de límites la encontramos en el artículo 17.9. En ella se trata el **mecanismo de oposición a la eliminación de contenidos** subidos por los usuarios, es decir, es necesario que los usuarios tengan la posibilidad de defender su actuación frente a la eliminación de sus contenidos. En especial, el mecanismo está pensado para que el usuario pueda alegar fácilmente y eficazmente la concurrencia de una excepción o límite que ampare la legitimidad de sus contenidos.

Sistema de notificación, contranotificación y retirada

El procedimiento que instaura la Directiva recuerda el régimen vigente y la jurisprudencia de los EE. UU. en cuanto al **sistema de notificación, contranotificación y retirada** (*notice and take down*). El ISP debe notificar al usuario la eliminación de su contenido a petición del titular de derechos, para que este pueda formular una contrareclamación. En caso de formularse, se notifica al titular informándole de que el contenido será subido nuevamente, pudiendo este acudir a los tribunales. En este sentido, la Prof.^a Ginsburg apuntó a una especificidad jurisprudencial del sistema norteamericano que podría servir de inspiración a los estados europeos a la hora de transponer el artículo 17.9 de la Directiva. En concreto, se trata de penalizar cualquier uso fraudulento o abusivo de este sistema por parte de los titulares, cuando lo utilicen para eliminar contenidos legítimos desde el punto de vista de la **propiedad intelectual** (por ejemplo, por tratarse de «fair use») que causan un perjuicio empresarial o de imagen. El abuso consciente por parte de los titulares de derechos del sistema de «notice and take down» genera responsabilidad por los daños y perjuicios causados por la eliminación de contenidos no infractores mediante la jurisprudencia estadounidense reciente. Sin duda, se trata de una posibilidad que los legisladores nacionales europeos podrían valorar si quieren construir efectivamente un sistema equitativo y frenar eventuales abusos y fraudes de los titulares, que en definitiva también perjudicarán al desarrollo cultural y la libertad de expresión en internet.

Cita recomendada

OLIVÉ, Pol (2019). «Seminario: "Online Service Providers liability in the EU and USA: Art. 17 Directive CDSM and Sec. 512 USCA"». *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*. N.º 29. UOC [Fecha de consulta: dd/mm/aa]

<<http://dx.doi.org/10.7238/idp.v0i29.3215>>



Los textos publicados en esta revista están –si no se indica lo contrario– bajo una licencia Reconocimiento-Sin obras derivadas 3.0 España de Creative Commons. Puede copiarlos, distribuirlos y comunicarlos públicamente siempre que cite su autor y la revista y la institución que los publica (*IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*; UOC); no haga con ellos obras derivadas. La licencia completa se puede consultar en: <http://creativecommons.org/licenses/by-nd/3.0/es/deed.es>.

Sobre el autor

Pol Olivé Busquets