

EL ARTÍCULO 17 DE LA DIRECTIVA SOBRE LOS DERECHOS DE AUTOR EN EL MERCADO ÚNICO DIGITAL Y LA PERSPECTIVA DE FUTURO

ARTICLE 17 OF THE COPYRIGHT IN THE DIGITAL SINGLE MARKET DIRECTIVE AND WHAT DOES THE FUTURE HOLD FOR AUTHORS' RIGHTS

Burak Özgen*

Fecha de recepción: 21-07-2020

1. INTRODUCCIÓN

El artículo 17 (anterior artículo 13) ha sido una de las disposiciones más discutidas, si no la más, de la última reforma de la normativa de la Unión Europea sobre derechos de autor. La nueva Directiva (UE) 2019/790 sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital (la «Directiva sobre derechos de autor» o la «Directiva») se ha fijado un objetivo hercúleo: establecer con carácter definitivo la responsabilidad en materia de derechos de autor de los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea, que se han convertido en el principal punto de acceso a las obras culturales y creativas. Durante años, estos

1. INTRODUCTION

Article 17 (previously known as Article 13) has been one of the most, if not the most, discussed provisions of the recent review of copyright/authors' rights in the European Union. The new Directive (EU) 2019/790 on copyright in the digital single market (the "Copyright Directive" or "Directive" hereinafter) has set an herculean objective to finally establish the copyright liability of the online content sharing service providers that have become the primary access point to cultural and creative works. These services have been growing exponentially in a legal vacuum for

* *Director Jurídico en GESAC / General Counsel at GESAC.*

© *De la obra | Of the text: Burak Özgen.*

© *De la traducción | Of the translation: Javier Frutos y Guillermo Frutos.*

© *De la edición | Of the edition: Instituto de Derecho de Autor, 2020.*

Reservados todos los derechos. El editor no se hace responsable de las opiniones, comentarios y declaraciones vertidas por el autor como manifestación de su derecho de libertad de expresión.

All rights reserved. The publisher is not responsible for the opinions, comments and statements made by the author in the exercise of his right to freedom of expression.

servicios han ido creciendo exponencialmente en un vacío legal, haciendo prácticamente imposible que los creadores se ganen la vida con sus obras en un entorno digital que poco a poco va desplazando a otras formas de explotación.

Como cabía esperar, aunque de forma dramática, las plataformas de intercambio de contenidos no han encajado pacíficamente este nuevo objetivo legislativo, sino que le han declarado públicamente la guerra. Han utilizado todos sus recursos, incluido su estatus y su ventaja como plataformas mediáticas más grandes del mundo, para evitar la aprobación de la Directiva sobre derechos de autor en general y su artículo 17 en particular. Las propias plataformas lanzaron una campaña sin precedentes para desviar la atención del instrumento normativo y pintar un panorama sombrío sobre los objetivos —perfectamente justificados— de la nueva disposición. Con el fin de influir en el debate político, la estrategia incluyó la tergiversación, la manipulación y la intimidación a creadores y legisladores¹.

La tormenta mediática acabó por amainar y todo el ruido que rodeaba al debate se apaciguó tras la adopción formal de la Directiva sobre derechos de autor por el Parlamento Europeo y el Consejo. Ahora que solo queda un año para que los Estados miembros transpongan la Directiva a sus ordenamientos internos, conviene detenerse en su contenido y en cómo cambiará la situación para los creadores en virtud del artículo 17. Este trabajo ofrece una perspectiva general de los motivos que llevaron a proponer el artículo 17 y lo que efectivamente aporta dicho precepto, especialmente para los autores o creadores.

2. ¿POR QUÉ ES NECESARIA LA REGULACIÓN DE LAS PLATAFORMAS DE INTERCAMBIO DE CONTENIDOS PARA PROTEGER LOS DERECHOS DE AUTOR?

El considerando 61 de la Directiva sobre derechos de autor señala con acierto que «los servicios para compartir contenidos en línea que facilitan acceso a una gran cantidad de contenidos protegidos por derechos de autor cargados por sus usuarios se han convertido en una fuente principal de acceso a los contenidos en línea». Sin embar-

¹ *Vid.*, a este respecto, algunas de las estrategias adoptadas por YouTube para influir en la opinión pública a través de su propia plataforma: <https://www.article13.org/blog/lettertocoofyoutube>.

years, making it practically impossible for creators to earn a living from their creative works in an online environment that is gradually replacing other forms of exploitation.

Unsurprisingly, yet quite dramatically, the aforementioned content sharing platforms have not taken this legislative objective lying down and declared a public fight against it. Using all their resources, including their status and advantages of being the world's biggest media platforms, they seek to avoid the adoption of the Copyright Directive in general and its Article 17 in particular. An unprecedented media campaign was launched on the very platforms of the concerned services to deviate focus away from the legal instrument and paint a dark image of the justified objectives of the new law through biased, manipulative and intimidating messages against the creators and policy makers, with an intention to influence the political debate.¹

The storm of the campaign period receded and the dust around the debate settled after the formal adoption of the Copyright Directive by the European Parliament and the Council. With one year left for Member States to transpose the Directive into national law, it is worth having a closer look at what has been enacted and how the Article 17 will change the situation for creators. This piece intends to give an overview of the reasons that led to the proposal of Article 17 and what the Article actually provides, in particular for authors/creators.

2. WHY A NEED FOR COPYRIGHT RULES ON CONTENT SHARING PLATFORMS?

As Recital 61 of the Copyright Directive rightly outlines “*online content-sharing services providing access to a large amount of copyright-protected content uploaded by their users have become a main source of access to content online*”, however “*legal uncertainty exists as to whether the providers of such services engage in copyright-relevant acts, and*

¹ See in this respect some of the ways, for instance, YouTube used for influencing public opinion through its own platform: <https://www.article13.org/blog/lettertocoofyoutube>

go, «hay incertidumbre jurídica en cuanto a si los prestadores de tales servicios intervienen en actos sujetos a derechos de autor y precisan de autorización de los titulares de los derechos por lo que se refiere a contenidos cargados por sus usuarios».

El periodo anterior al artículo 17 supuso una grave amenaza para el futuro de la industria cultural y creativa, y en particular para los creadores. Muchas plataformas de intercambio rechazaban cualquier responsabilidad por el contenido que circulaba en ellas, amparándose en el régimen de «puerto seguro» establecido en la Directiva sobre comercio electrónico². Así, la mayoría de esas plataformas se negaron a firmar acuerdos de licencia basados en la legislación sobre derechos de autor, mostrándose reacias a velar por el respeto de los derechos y a monetizar el contenido en sus redes. Además, en muchos casos se sirvieron de esta situación para negociar unas cantidades ridículamente bajas, imponiendo en la práctica un sistema de acuerdos de adhesión en el que la única alternativa era tomarlo o dejarlo.

El régimen de «puerto seguro» previsto en la Directiva sobre comercio electrónico se basaba en la asunción de que esos intermediarios virtuales tenían un conocimiento como mucho limitado de lo que pasaba por su red. Ahora sabemos que el modelo de negocio de los intermediarios en línea se basa precisamente en el conocimiento de lo que ocurre en sus redes para adaptar y mejorar la experiencia de los usuarios, maximizando así los ingresos publicitarios y la comprensión de la conducta de los consumidores, que a su vez la plataforma explota de muchas formas distintas³.

El artículo 14 de la Directiva sobre comercio electrónico definía de forma muy precisa el régimen de exención de responsabilidad para los interme-

need to obtain authorisation from rightholders for content uploaded by their users”.

Indeed, the pre-Article 17 period posed a serious threat to the future of the cultural and creative industries, in particular for creators. Many such content sharing platforms asserted that they are not responsible for the content that is trafficked/circulated on their platforms on the basis of the safe harbour regime set up by the E-commerce Directive². Therefore, most of them refused to enter into licensing agreements based on copyright laws, showed reluctance to enforce rights or monetise the content on their networks, and in several cases used it as a tool to negotiate dramatically low amounts of revenues, practically imposing take-it or leave-it deals.

When the “safe harbour” regime was set up by the E-Commerce Directive, it was based on the assumption that such online intermediaries’ knowledge of what was passing through their network was limited at best. Today, it is a known fact that online intermediaries’ business model is based on knowing what is happening on their networks in order to adapt to and to enhance their users’ experience, to maximise their advertising revenues and to understand their consumers’ behaviour, which is used in many different ways by the platform.³

Indeed, Article 14 of the E-Commerce Directive establishes precisely defined limitations on the liability of concerned internet intermediaries providing services consisting of hosting, which apply to certain clearly delimited activities carried out by internet inter-

2 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.

3 *Vid.* «Cultural Content in the Online Environment: Analyzing the Value Transfer in Europe», Roland Berger, 2015, para un análisis de mercado exhaustivo sobre cómo los distintos servicios que se presentan como intermediarios se benefician del acceso a contenidos culturales y creativos, así como la comparación con algunas empresas que operan legítimamente en Internet, disponible en <https://authorsocieties.eu/content/uploads/2016/02/report-for-gesac-online-intermediaries-2015-nov-eur.pdf>.

2 Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market.

3 See “Cultural Content in the Online Environment: Analyzing the Value Transfer in Europe”, Roland Berger, 2015, for a comprehensive market analysis on how different services that claim intermediary status benefit from access to cultural and creative content and their comparison with some of the legitimate online businesses, retrievable from <https://authorsocieties.eu/content/uploads/2016/02/report-for-gesac-online-intermediaries-2015-nov-eur.pdf>

diarios de Internet que ofrecían servicios de alojamiento (*hosting*). Se trata de un régimen previsto para determinadas actividades —claramente delimitadas— que desarrollan los intermediarios, más que para categorías de proveedores de servicios.⁴ Sin embargo, varios de esos sedicentes intermediarios —cuyo modelo de negocio principal consiste en facilitar el acceso a contenidos creativos cargados por los usuarios— se han prevalido de los privilegios que confiere el artículo 14 de la Directiva sobre comercio electrónico basándose en la estructura de su servicio, consistente en la carga de contenido por los usuarios. Todo ello, a pesar de su profunda implicación y de su conocimiento sobre el uso de contenido protegido por parte de sus consumidores para así no retribuir a los creadores adecuadamente (si es que se los retribuye en absoluto). La Comisión Europea también reconoció en su evaluación de impacto que algunos proveedores de estos servicios se han convertido en la práctica en actores fundamentales en el proceso de distribución de contenidos en línea, con un gran número de usuarios y un valor de mercado considerable, sin que los titulares de derechos hayan tenido necesariamente la posibilidad de celebrar acuerdos para el uso de su contenido. Lógicamente, esto afecta a la capacidad de los titulares de derechos para decidir sobre la disponibilidad (y las condiciones) de sus contenidos en estos servicios, además de para negociar una remuneración adecuada⁵.

Los titulares de derechos han intentado impugnar las prácticas de estos autoproclamados intermediarios ante los tribunales nacionales. Sin embargo, los jueces de los países europeos han ido adoptando

mediaries, rather than to categories of service providers.⁴ However, several ‘self-proclaimed’ intermediaries, whose main business model is providing access to user-uploaded creative content to consumers have been using the privileges of the Article 14 of the E-Commerce Directive, based on the user-uploaded structure of their service, despite their deep involvement in and knowledge on the use of protected content by their consumers, to avoid appropriately remunerating creators, if remunerating them at all. It was also recognised by the European Commission in its Impact Assessment that some of the providers of these services have become de facto major actors of online content distribution and have a substantial number of users and significant market valuations, while rightsholders have not necessarily been able to enter into agreements with them for the use of their content. This, as a result, affected rightsholders’ possibility to determine whether, and under which conditions, their content is made available on the services and to receive appropriate remuneration for it.⁵

Rightsholders have tried to challenge the practices of the referred self-proclaimed intermediaries at national courts, however the courts across Europe came with a differing interpretations of the same EU laws and their application at national level, adding an extra layer of complexity and unpredictability to the problem at hand. For instance, prior to the proposals, after refusing to consider

4 Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo-Primer informe sobre la aplicación 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), COM/2003/0702 final, 4.6.

5 Documento de trabajo de los Servicios de la Comisión relativa a la modernización de la normativa sobre derechos de autor de la UE que acompaña al documento Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los derechos de autor en el mercado único digital [*Impact Assessment on the modernisation of EU copyright rules Accompanying the document Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on copyright in the Digital Single Market (Impact Assessment)*], p. 138.

4 Report from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee - First Report on the application of Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market (Directive on electronic commerce), COM/2003/0702 final, 4.6.

5 Commission Staff Working Document Impact Assessment on the modernisation of EU copyright rules Accompanying the document Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on copyright in the Digital Single Market (Impact Assessment), p.138.

distintas interpretaciones de las mismas normas de derecho de la UE, añadiendo un nuevo elemento de complejidad e incertidumbre al problema. Sin ir más lejos, antes de que se plantearan estas nuevas propuestas normativas, los tribunales franceses decidieron aplicar el régimen de «puerto seguro»⁶ a estos operadores después de negar que pudieran considerarse proveedores de servicios de *hosting*⁷. En España también se dictaron sentencias habilitando a YouTube a acogerse a dicho régimen⁸, mientras que el Tribunal de casación italiano describió a Google Videos como *host*⁹. A su vez, el Tribunal de apelación de Milán revocó una decisión anterior en el caso *Yahoo vs. RTI*, rechazando la distinción entre proveedores de servicios activos y pasivos. En una línea similar, los tribunales de Turín calificaron a YouTube y Dailymotion como proveedores de *hosting* que, como mucho, estarían obligados a impedir que se volvieran a cargar contenidos ilegales previamente retirados conforme al derecho nacional¹⁰.

such operators as hosting service providers,⁶ French courts decided to apply to them the safe harbour regime.⁷ In Spain, the courts also handed down decisions enabling YouTube to benefit from such a regime⁸, while the Italian Court of cassation described Google Videos as a host.⁹ The court of Appeal of Milan reversed a previous decision in the case *Yahoo v. RTI*, denying the differentiation between active and passive service provider; similarly Turin courts qualified YouTube and Dailymotion as host provider which could at most be subject to preventing re-upload of the removed illegal content, provided by the national law.¹⁰ In Germany, local courts gave con-

6 *Vid.*, por ejemplo, C Cass, Civ. 1, 17 de febrero de 2011, *Société Nord-Ouest vs. Dailymotion*, donde los servicios estaban únicamente sujetos a un procedimiento de «notificación y retirada», mientras que la relevancia de la comunicación al público se consideró para los servicios en casos paralelos; Civ. 1, 12 de julio de 2012, *Google vs. Bac Films* y *Google vs. Bac Films*.

7 *Vid.*, por ejemplo, Tribunal de apelación de París, 7 de junio de 2006, *Tiscali vs. Dargaud Lombard*.

8 *Vid.* Juzgado de lo Mercantil de Madrid de 20 de septiembre de 2010, *Telecinco vs. YouTube*, confirmada por la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 14 de enero de 2014.

9 *Vid.* Corte di Cassazione, decisión de 17 de diciembre de 2013 – 3 de febrero de 2014.

10 Tribunal de apelación de Milán n.º 29/2015 *Yahoo! vs. R.T.I.*, de 10 de julio de 2014; Tribunal de Turín en el caso *Delta TV vs. Google/YouTube*, de 5 de mayo de 2014; Tribunal de Turín en *Delta TV vs. Dailymotion*, de 3 de junio de 2015. Nótese, no obstante, que la jurisprudencia italiana fue evolucionando durante el periodo de negociación de la Directiva sobre derechos de autor; las sentencias más recientes siguen los principios consagrados en el artículo 17. Los tribunales italianos se ocuparon de esta cuestión en una serie de casos. En primer lugar, en la sentencia del Tribunal de primera instancia de Roma, decisión 3512/2019, Facebook se consideró responsable por la infracción cometida por un tercero en su plataforma debido a la falta de medidas adoptadas, aunque el tribunal no entró a valorar su responsabilidad directa. Más tarde, en otra decisión del Tribunal de Roma, RG 24711-2012, decisión 14757/2019, el tribunal consideró que un «proveedor de *hosting*

6 See, for example, Court of appeals of Paris, 7 June 2006, *Tiscali v. Dargaud Lombard*.

7 See for instance C Cass, Civ. 1, 17 February 2011, *Société Nord-Ouest v. Dailymotion* where the services was subject only to notice and takedown, while the relevance of communication to the public was also considered for the service in parallel cases; Civ. 1, 12 July 2012, *Google v. Bac Films* and *Google v. Bac Films*.

8 See Juzgado de lo Mercantil de Madrid of 20 September 2010, *Telecinco v. YouTube*, confirmed by Audiencia Provincial de Madrid of 14 January 2014.

9 See Corte di Cassazione, decision of 17 December 2013 – 3 February 2014.

10 Court of Appeal of Milan n.29/2015 *Yahoo! Vs. R.T.I.* of 10 July 2014; Court of Turin in case *Delta TV v Google/YouTube* of 5 May 2014; Court of Turin in case *Delta TV v Dailymotion* of 3 June 2015. Please note however that the Italian jurisprudence has developed further during the period of the negotiations on the Copyright Directive, and the most recent judgements follow the principles that are adopted in Article 17. In a series of cases the Italian courts dealt with this question. Firstly in the judgment of a first instance court Tribunale di Roma, decision 3512/2019, Facebook was found liable for the third party infringement on its platforms due to its lack of measures but the court did not deal with the direct liability. Then, in particular, in the decision of again Tribunale di Roma RG 24711-2012, decision 14757/2019, the court found that a “*hosting provider (Dailymotion in that case) would be directly liable for content uploaded by its users; used an equitable criterion to calculate damages based on what would be the ‘price of consent’ (prezzo del consenso), (in this case, over EUR 5.5 million); imposed filtering and monitoring obligations on the platform, so to*

En Alemania, los tribunales de primera instancia dictaron sentencias contradictorias en relación con YouTube¹¹ y los tribunales de apelación solo lo han considerado responsable —en cuanto proveedor de *hosting*— de retirar y filtrar el contenido cuyo carácter ilícito (infractor) haya quedado acreditado, pero sin ninguna obligación de retribuir a los titulares de derechos¹². El Polonia, la Cámara de Libros demandó al portal local de contenido generado por el usuario (UGC) Chomikuj.pl (música, literatura, vídeos) exigiendo que bloqueara determinados contenidos y reembolsara a los titulares de derechos, pero los tribunales desestimaron el caso en virtud del principio de «puerto seguro».

[Dailymotion] era directamente responsable por el contenido cargado por sus usuarios; utilizó un criterio de equidad para calcular los daños basándose en lo que sería el “precio del consentimiento” (*prezzo del consenso*), (en este caso, más de 5,5 millones de euros); e impuso obligaciones de filtrado y supervisión a la plataforma para evitar que volviera a cargarse el contenido litigioso». Para más información, *vid.* <http://ipkitten.blogspot.com/2019/07/rome-court-finds-vid-eosharing-platform.html>. El mismo tribunal de Roma también dictó una sentencia similar contra *Vimeo* justo después de su pronunciamiento en el caso *Dailymotion*.

- 11 LG Hamburg Urteil, 03.09.2010 - 308 0 27/09 y LG Hamburg, Urteil 20.04.2012 – 310 0 461/10.
- 12 Uno de los principales procedimientos iniciados por GEMA contra YouTube en Alemania acabó con un acuerdo extrajudicial. Esto se debió, fundamentalmente, a la voluntad de YouTube de celebrar un contrato mejor después de que se publicara la propuesta de la Comisión Europea y, probablemente, porque una solución judicial suponía una amenaza mayor para sus prácticas. Conviene señalar que un titular de derechos individual que había planteado otro asunto contra YouTube en Alemania siguió adelante y está ahora pendiente ante el TJUE (C-682/18). El asunto de GEMA contra YouTube describía de forma particularmente interesante el problema de las plataformas, puesto que GEMA había sido una de las primeras entidades de gestión colectiva en celebrar un acuerdo con YouTube en su fase inicial. Sin embargo, cuando trataron de renegociar las tarifas para que reflejaran el volumen y el alcance del uso en YouTube después de varios años, la plataforma se negó y prefirió rechazar cualquier responsabilidad. A partir de entonces, tuvo que ser la vía legislativa la que aportara la solución para poner fin a las prácticas arbitrarias de esas plataformas, que evitaban ofrecer una remuneración adecuada amparándose en los privilegios de un régimen de «puerto seguro» que en cualquier caso no se les debía haber aplicado.

tradicting judgments as regards YouTube¹¹ and appeal courts have found YouTube only liable as a host provider for taking down and filtering unlawful content where the unlawfulness (infringement) has been substantiated, but not for remuneration of rightholders.¹² In Poland, the Polish Chamber of Books sued the local UGC portal Chomikuj.pl (music, literature, video) to block certain content and to reimburse right holders, however courts rejected the case because of the safe harbour principle.

In this respect, it is also useful to mention that the UK courts looked at the legal status of user-uploaded content services in relation to copyright in a number of site-blocking cases. Those cases involved a determination of whether websites are in-

prevent any future uploads of the content subject to the proceedings.”, please see <http://ipkitten.blogspot.com/2019/07/rome-court-finds-vid-eosharing-platform.html> for more information. The same court in Rome also gave a similar decision against Vimeo, just after its decision on Dailymotion.

- 11 LG Hamburg Urteil, 03.09.2010 - 308 0 27/09 and LG Hamburg, Urteil 20.04.2012 – 310 0 461/10.
- 12 Please note here that one of the main proceedings against YouTube initiated by GEMA in Germany was settled. This was mainly due to YouTube’s willingness to agree on a better contract, after the European Commission proposal was published and most probably because a legal solution to the problem seemed more threatening for their practices. It is to be noted that another case started by an individual rightholder in Germany against YouTube continued and is now at the CJEU (C-682/18). The case of GEMA against YouTube was particularly interesting in describing the problem with the concerned platforms, since GEMA was one of the first collective management organisations that entered into an agreement with YouTube at its early stages. However, when they intended to renegotiate the tariffs in a way to reflect the volume and scope of usages on YouTube over the years, the latter refused to agree and preferred claiming non-liability. A legislative solution has therefore been the only way to end the arbitrary practices of such platforms relying on safe harbour privileges, which, in any case, should not have applied to them, to avoid appropriate remuneration.

A este respecto, conviene mencionar que los tribunales británicos analizaron la situación jurídica de los servicios de contenidos generados o cargados por los usuarios en relación con los derechos de autor en el contexto de ciertos casos sobre bloqueo de sitios web. En esos casos se planteaba si los sitios web estaban infringiendo los derechos de autor. Pese a que los tribunales afirmaron en varias ocasiones que «la comunicación al público implica tanto a los operadores de los sitios web, que proporcionan un mecanismo específicamente diseñado para tal fin, como a los usuarios, que suministran las grabaciones», esos sitios web no eran partes en el procedimiento y, por tanto, las decisiones no condicionaron sus acciones ni cuestionaron su situación.^{13,14}

Todas esas decisiones crearon un vacío legal para los servicios de contenidos generados por los usuarios, lo que les permitió eludir cualquier

fringing copyright. Although the courts said on several occasions that “*the communication to the public involves both the operators of websites, who provide a mechanism specifically designed to achieve this, and the users, who provide the actual recordings*”, those websites were not party to the case and therefore neither impacted by the decisions for their own acts, nor did they challenge this position^{13, 14}

All these created a legal vacuum for those user-uploaded content services that intend to avoid any liability and the appropriate remuneration of creators. Moreover, new services that initially tried to enter into an agreement then started to claim non-liability to negotiate lower tariffs or to not pay at all. The impact that this situation had on the market can be outlined under three points:

i) creators and rightsholders were either not able to get anything or had to accept payments way below the market rate for the biggest us-

13 *Dramatico Entertainment vs. BSKyB [2012]*: se consideró que los usuarios de Pirate Bay habían infringido los derechos de autor por la comunicación del contenido al público; los operadores de Pirate Bay, a su vez, habían violado los derechos de autor al autorizar la infracción de los usuarios; *EMI vs. BSKyB [2013]*: un caso sobre tres sitios web de intercambio de archivos P2P en el que se consideró que los usuarios habían infringido los derechos de autor al copiar el contenido protegido o comunicarlo al público; los operadores de los sitios se consideraron responsables por la comunicación al público, la autorización y la generación de daños de forma conjunta; *Football Association Premier League vs. BSKyB [2013]*: FirstRow, un sitio web que alojaba hipervínculos —publicados por los usuarios— a contenido de *streaming* fue considerado responsable por la comunicación al público; *Paramount Home Entertainment International vs. BSKyB [2013]*: dos sitios web que alojaban archivos o hipervínculos publicados por los usuarios fueron considerados responsables por la comunicación al público y la autorización; *Paramount Home Entertainment International vs. BSKyB [2014]*: ciertos sitios web que alojaban hipervínculos a contenido de *streaming* se consideraron responsables por la comunicación al público; *Twentieth Century Fox vs. Sky UK [2015]*: unos sitios web de contenido generado por el usuario (UGC) que alojaban hipervínculos y otros sitios web de intercambio de archivos P2P BitTorrent fueron considerados responsables.

14 *Vid.* también A. Lucas-Schloetter, «Transfer of Value Provisions of the Draft Copyright Directive (recitals 38, 39, article 13)», para un análisis exhaustivo de la jurisprudencia nacional y del TJUE anterior a la propuesta de la Comisión, disponible en <https://authorsocieties.eu/content/uploads/2019/10/lucas-schloetter-analysis-copyright-directive-en.pdf>.

13 *Dramatico Entertainment v BSKyB [2012]*: users of the Pirate Bay held to infringe copyright by communication to the public; operators of the Pirate Bay infringe copyright by authorising users' infringements; *EMI v BSKyB [2013]*: three P2P file-sharing sites – users held to infringe copyright by copying or communication to the public; operators of the sites liable for communication to the public, authorisation and joint tortfeasance; *Football Association Premier League v BSKyB [2013]*: FirstRow, a website hosting hyperlinks to streams, posted by users, held liable for communication to the public; *Paramount Home Entertainment International v BSKyB [2013]*: two sites hosting files or hyperlinks posted by users were held liable for communication to the public and authorisation; *Paramount Home Entertainment International v BSKyB [2014]*: sites hosting hyperlinks to streams found liable for communication to the public; *Twentieth Century Fox v Sky UK [2015]*: UGC hyperlink sites and P2P BitTorrent sites held liable.

14 See also A. Lucas-Schloetter, “Transfer of Value Provisions of the Draft Copyright Directive (recitals 38, 39, article 13)”, for a comprehensive analysis of national and EU case law prior to the proposal of the Commission; retrievable from <https://authorsocieties.eu/content/uploads/2019/10/lucas-schloetter-analysis-copyright-directive-en.pdf>

responsabilidad sin ofrecer una remuneración adecuada a los creadores. Además, algunos servicios que en su momento habían intentado celebrar acuerdos pasaron a rechazar su responsabilidad con el objetivo de reducir las tarifas o directamente para no pagar ninguna cantidad en absoluto. Esta situación ha afectado al mercado en tres sentidos:

I) Los creadores y titulares de derechos se quedaron sin ninguna remuneración o se vieron obligados a aceptar pagos muy por debajo del valor de mercado por el principal uso de sus obras en Internet¹⁵. Esto provocó no solo que se eludieran los pagos, sino la imposibilidad de fijar el valor real del contenido en el mercado digital. Al mismo tiempo, en la medida en que los ingresos publicitarios se fueron desplazando mayoritariamente a esas plataformas, que ofrecen todo tipo de contenidos y que atraen cada vez más consumidores, los ingresos procedentes de otras formas de explotación tradicional también se vieron afectados¹⁶.

age of their works on internet¹⁵. This caused not only lack of payment but also the inability to set the real value of content in the online market. Moreover, as most of the advertising revenues move to such platforms and they offer all sorts of content which attracts more attention from all consumers, the earnings from other traditional exploitations are also impacted.¹⁶

ii) other online services (such as subscription services, e.g. Spotify and Apple Music) are put at a competitive disadvantage when competing with user-uploaded content platforms. Moreover, it made entry to the market considerably more difficult for new legitimate online services, since they need to compete on the one hand with quite established and consolidated major services like Spotify and Apple Music, and on the other hand with the likes of YouTube, Soundcloud and Facebook, each of which generates significantly more user traffic than all legitimate

15 Según la evaluación de impacto de la Comisión Europea: «En octubre de 2015, YouTube tenía 1300 millones de usuarios, es decir, el 33 % de los usuarios de Internet. Es la mayor plataforma de vídeo en línea del mundo, con 400 horas de contenido de vídeo cargado cada minuto (<https://www.youtube.com/yt/press/statistics.html> y <http://www.statisticbrain.com/youtube-statistics/>). Dailymotion se anuncia como una de las mayores plataformas de vídeo y entre los sitios web más populares de Europa, atrayendo 300 millones de usuarios que ven 3500 millones de reproducciones de vídeo al mes (<http://www.dailymotion.com/be-fr/about>). Vimeo, otra plataforma global de vídeo, tiene una audiencia mensual de más de 170 millones de personas y 35 millones de usuarios registrados (<http://iac.com/brand/vimeo>). Actualmente, SoundCloud tiene aproximadamente 250 millones de usuarios registrados, mientras que en 2015 tenía unos 150 millones (y 11 millones en 2011) (<http://www.bloomberg.com/news/features/2015-07-10/can-soundcloud-be-the-facebook-of-music->). Pinterest afirma que cuenta con más de 100 millones de usuarios activos al mes (<http://venturebeat.com/2015/09/16/pinterest-finally-shares-its-size-100m-monthly-active-users-and-counting/>).

16 *Vid.*, a este respecto, el análisis exhaustivo de S. Liebowitz, «Economic Analysis of Safe Harbor Provisions», 2018, disponible en <https://www.cisac.org/Media/Studies-and-Reports/Publications/Transfer-of-Value-Study/Dr.-Stan-Liebowitz-Economic-Analysis-of-Safe-Harbor-Provisions>.

15 According to the Impact Assessment of the European Commission: “As of October 2015, Youtube had 1.3 billion users, i.e. 33 % of internet users. It is the world’s largest online video platform with 400 hours of video content uploaded every minute, <https://www.youtube.com/yt/press/statistics.html> and <http://www.statisticbrain.com/youtube-statistics/>. Daily Motion advertises itself as one of the biggest video platforms and most popular European sites attracting 300 million users watching 3.5 billion video views every month, <http://www.dailymotion.com/be-fr/about>. Vimeo, another global online video platform, has a monthly audience of more than 170 million people and 35 million registered users, <http://iac.com/brand/vimeo>. SoundCloud currently has approximately 250 million registered users while it had about 150 million registered users in 2015 (and 11 million in 2011), <http://www.bloomberg.com/news/features/2015-07-10/can-soundcloud-be-the-facebook-of-music->. Pinterest states that it has more than 100 million monthly active users, <http://venturebeat.com/2015/09/16/pinterest-finally-shares-its-size-100m-monthly-active-users-and-counting/>

16 See in this respect the comprehensive analysis of S. Liebowitz, “Economic Analysis of Safe Harbor Provisions”, 2018, retrievable from <https://www.cisac.org/Media/Studies-and-Reports/Publications/Transfer-of-Value-Study/Dr.-Stan-Liebowitz-Economic-Analysis-of-Safe-Harbor-Provisions>

II) Otros servicios de internet (p. ej., los servicios de suscripción como Spotify y Apple Music) quedan en situación de desventaja competitiva en relación con las plataformas de contenidos generados por los usuarios. Además, esta situación hizo mucho más difícil la entrada en el mercado para nuevos servicios digitales lícitos: por un lado, tenían que competir con servicios muy consolidados y establecidos como Spotify y Apple Music; y por el otro, con los servicios del tipo YouTube, SoundCloud y Facebook, que generan un tráfico muy superior a la suma de todos los servicios lícitos de música en línea y que operan con pagos extraordinariamente bajos o directamente sin ninguna remuneración a los titulares de derechos¹⁷.

III) En la práctica, se redujo el margen de decisión de los creadores sobre el uso de su trabajo en el mercado digital. Por ejemplo, hubo algunos músicos que no consintieron las condiciones de los servicios de música en línea y decidieron retirar su contenido de dichas plataformas por distintos motivos¹⁸; sin embargo, sus obras siguieron estando ampliamente disponibles en YouTube o en plataformas similares no porque ofrecieran mejores condiciones, sino simplemente porque los creadores no tenían medios efectivos para impedirlo.

En este contexto, era fundamental establecer la responsabilidad en materia de derechos de autor de determinados servicios de contenidos generados por los usuarios de cara a que este mercado en crecimiento exponencial proporcionara un flujo de ingresos sostenible para los creadores y, en los términos del considerando 61 de la Directiva, para «fomentar el desarrollo del mercado de licencias entre titulares de derechos y prestadores de servicios para compartir contenidos en línea».

3. ¿QUÉ SE HA APROBADO EN VIRTUD DEL ARTÍCULO 17 Y QUÉ CAMBIARÁ PARA LOS AUTORES?

Conviene detenerse en lo que finalmente se adoptó en virtud del artículo 17 de la nueva Directiva sobre derechos de autor y analizar si (y en qué medida) dicha disposición cambiará la situación

online music services combined and operates with either extremely low or no payments at all to rightsholders.¹⁷

iii) creators' choice about the use of their work in the online market was practically diminished. There were occasions where some musicians did not agree with the conditions of some of the online music services and decided to withdraw their content from those platforms, for one reason or another.¹⁸ However their works were widely available on YouTube or other similar platforms, not because the latter offered better conditions but simply because they could not stop the use of their works effectively.

Against this background, a copyright liability for certain user-upload services was absolutely crucial in order to create a sustainable revenue stream for creators from this exponentially growing market and, as the Recital 61 of the Copyright Directive underlines, “to foster the development of the licensing market between rightsholders and online content-sharing service providers”.

3. WHAT HAS BEEN ADOPTED UNDER ARTICLE 17 AND WHAT WILL IT CHANGE FOR AUTHORS?

It is worth looking into what was finally adopted under Article 17 of the new Copyright Directive and if and how this will change the situation that creators were experiencing before the adoption. Article 17 with its 10 separate provisions and 11 recitals provides a comprehensive structure dealing with the different elements of establishing copyright liability for certain user-upload platforms, while providing new legal guarantees for the consumers using those platforms and certain safeguards to avoid a negative impact on the development of new services and growth of this business model. In the end the very purpose of

17 *Vid. supra* nota 3.

18 *Vid.* algunos ejemplos de músicos que retiraron sus contenidos de varios servicios en distintos momentos y por diferentes razones: <https://www.ranker.com/list/musicians-against-spotify/ranker-music>.

17 See *supra* note 3.

18 See here some examples of musicians who pulled their content from different services at different times for various reasons <https://www.ranker.com/list/musicians-against-spotify/ranker-music>

en la que se encontraban los creadores antes de su aprobación. El artículo 17, con sus diez disposiciones independientes y sus once considerandos, establece una estructura exhaustiva que aborda los diferentes elementos para establecer un régimen de responsabilidad en materia de derechos de autor para las plataformas de contenido generado por los usuarios. Al mismo tiempo, ofrece nuevas garantías legales para los consumidores que utilizan esas plataformas y determinadas salvaguardias para no perjudicar el desarrollo de nuevos servicios ni el crecimiento de este modelo de negocio. En última instancia, el objetivo de la iniciativa es asegurar que los servicios que crean un tráfico masivo de usuarios en torno a contenidos creativos puedan seguir creciendo, pero generando ingresos para los creadores y reconociendo adecuadamente sus derechos.

Sin entrar a analizar todas y cada una de las disposiciones de este importante instrumento normativo, el presente trabajo se centra en sus principales logros para los autores.

Ante todo, el artículo 17 aporta tres grandes conquistas para los creadores:

- Aclara que los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea (OCSSP) llevan a cabo un acto de comunicación al público.
- Aclara que los OCSSP no están cubiertos por un régimen de «puerto seguro» en relación con sus actos sujetos a derechos de autor.
- Crea la obligación para los OCSSP de informar de forma precisa y transparente sobre los usos que se producen en sus plataformas.

3.1 LOS PRESTADORES DE SERVICIOS PARA COMPARTIR CONTENIDOS EN LÍNEA (OCSSP) LLEVAN A CABO UN ACTO DE COMUNICACIÓN AL PÚBLICO

Uno de los principales argumentos aducidos por los OCSSP para rechazar cualquier responsabilidad o el pago a los creadores y titulares de derechos consistía en negar su participación en ningún acto sujeto a derechos de autor. Solían defender que no eran ellos, sino sus usuarios, quienes comunicaban o ponían a disposición del público las obras protegidas. Esta era una de las cuestiones más problemáticas a las que se enfrentaban los tribunales nacionales¹⁹. El TJUE tampoco se había pronunciado al respecto de forma directa, aunque había analizado el problema

the initiative is to make sure that the services that create massive usage traffic around creative content can continue to grow, while also generating revenues for creators and properly recognising their rights.

This paper intends to focus on the main achievements for authors in this important piece of legislation, instead of going into analysis of each and every different provision.

At the outset, Article 17 provides three main achievements for creators:

- Clarifying that the online content sharing service providers (OCSSPs) carry out an act of communication to the public
- Clarifying that OCSSPs are not covered by a “safe harbour” regime when it comes to their copyright relevant acts
- Creating an obligation on OCSSPs to accurately and transparently report the usages on their platforms

3.1 CLARIFYING THAT THE ONLINE CONTENT SHARING SERVICE PROVIDERS (OCSSPs) CARRY OUT AN ACT OF COMMUNICATION TO THE PUBLIC

One of the two main arguments that OCSSPs used to refuse any payment or liability towards creators and rightholders was denying their involvement in any copyright relevant act. They usually argued that it is not them but their users, who communicate or make the protected works available to the public. This has been one of the most difficult questions for national courts.¹⁹ Case law of the CJEU had also not dealt with this issue directly, although it analysed the third party trademark infringements on online market places²⁰ and communication to the public by a service indexing and allowing sharing of content in the context of a peer-to-peer net-

¹⁹ *Vid. supra* notas 4 a 8 sobre las decisiones contradictorias de los tribunales nacionales a este respecto.

¹⁹ See *supra* note 4 to 8 for contradicting decisions of the national courts in this respect.

²⁰ *L’Oreal v EBay* Case C-324/09, EU:C:2011:474. Although giving useful elements on the possible “active role” played by the platforms and their liability for infringements, this case was primarily focused on the liability of the platforms for third party infringement and not for the own act of the platform under trademark law.

de las infracciones de marcas por parte de terceros en los mercados en línea²⁰, así como el de la comunicación al público por parte de un servicio que indexaba y permitía compartir contenidos en el marco de una red entre pares (*peer-to-peer*)²¹. Además, y por lo que se refiere al concepto de «un único acto de comunicación al público con la participación de dos partes», la jurisprudencia del TJUE era contradictoria²². Nadie discute el acto de comunicación al público que realiza quien carga el contenido, pero los tribunales nacionales albergaban muchas más dudas con respecto a las plataformas.

Para atajar este problema, el artículo 17.1 establece claramente que «los Estados miembros dispondrán que los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea realizan un acto de

work.²¹ Moreover, as regards the concept of “one act of communication to the public with two parties involved”, CJEU’s case law was contradictory.²² Although the uploaders’ act of communication to the public has been clear for everyone, that of the platforms was not so to all national courts.

To tackle this problem, Article 17.1 clearly provides that: “Member States shall provide that an online content-sharing service provider performs an act of communication to the public or an act of making available to the public for the purposes of this Directive when it gives the public access to copyright-protected works or other protected subject matter uploaded by its users.”

Considering that the definition of an OCSSP as provided in Article 2.6 of the Directive includes “giving access” as an essential element, it is an automatic conclusion that any service that falls under this definition would be

- 20 *L'Oréal vs. eBay*, caso C-324/09, EU:C:2011:474. Aunque aporta elementos útiles sobre el posible «papel activo» desempeñado por las plataformas y su responsabilidad por los incumplimientos, este caso se centró esencialmente en la responsabilidad de las plataformas por las infracciones cometidas por terceros y no por la propia actuación de la plataforma en virtud de la normativa sobre marcas.
- 21 *Stichting Brein vs. Ziggo BV*, caso C-610/15, EU:C:2017:456. El Tribunal identificó algunas funcionalidades como la organización y la clasificación de los contenidos para afirmar el papel indispensable de Pirate Bay en la comunicación de las obras al público, pero no entró a analizar la posible consideración de Pirate Bay como prestador de servicios de alojamiento (*hosting*) en relación con la retirada del contenido infractor. De hecho, el abogado general Szpunar sí valoró esa posible condición de prestador de servicios de alojamiento en sus conclusiones, pero consideró que el servicio no podía llevar a cabo la retirada del contenido, ya que se almacenaba en los ordenadores personales y los dispositivos de los usuarios individuales en lugar de en el servidor del servicio.
- 22 *Vid.* también nota 435 de la evaluación de impacto de la Comisión: por un lado, el TJUE ha señalado que pueden participar dos partes en un único acto de comunicación al público, como por ejemplo la emisora y el distribuidor (*vid.* sentencia de 13 de octubre de 2011, *Airfields et al.* [C-431/09 y C-432/09, (EU:C:2011:648)]; por otro lado, el TJUE ha concluido que solo una parte comunica al público, apuntando al distribuidor (*vid.* sentencia de 13 de noviembre de 2015, *SBS Belgium et al.* [C-325/14, (EU:C:2015:764)]. El AG del caso *Ziggo BV* también se basó en este concepto para afirmar en sus conclusiones que existía un acto de comunicación al público originado de forma simultánea y conjunta por parte de Pirate Bay y sus usuarios, pero el TJUE dejó de lado ese concepto y se centró únicamente en el acto del servicio.

- 21 *Stichting Brein v Ziggo BV* Case C-610/15, EU:C:2017:456. Although functionalities like organising and categorising content were found as Pirate Bay’s indispensable role in communicating the works to the public, the Court did not analyse a possible host status of the Pirate Bay in removing infringing content. In fact, Advocate General Szpunar in its Opinion looked at a possible host status evaluation, but concluded that a possible removal of the content cannot be undertaken by the service since the content in question was stored in the personal computers and devices of individual users, rather than on the server of the service.
- 22 See also in the Commission Impact Assessment, footnote 435: In one instance, it has indicated that there can be two parties involved in one single act of communication to the public, i.e. the broadcaster and the distributor (see judgment of 13 October 2011, in *Airfields and others* (C-431/09 and C-432/09, (EU:C:2011:648)) while in another instance, it has ruled that only one party is communicating to the public, suggesting that it was likely to be the distributor (see judgment of 13 November 2015, in *SBS Belgium and Others* (C-325/14, EU:C:2015:764)). This concept was also the basis of AG’s Opinion on *Ziggo BV* case to establish an act of communication to the public that is simultaneously and jointly originated by the Pirate Bay and its users, the judgment of the Court however did not touch on this concept and focused only on the act of the service.

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».

Teniendo en cuenta que uno de los elementos esenciales de la definición de OCSSP en virtud del artículo 2.6 de la Directiva consiste en «dar acceso», la conclusión inmediata es que cualquier servicio que quede cubierto por esa definición realiza un acto de comunicación al público a los efectos del artículo 3.1 y 3.2 de la Directiva sobre la sociedad de la información de 2001²³. En este sentido, la expresión «cuando ofrecen al público» del artículo 17.1 debe entenderse como «al ofrecer al público» y no en términos condicionales, puesto que refleja la definición más que crear una condición susceptible de valoración. Cualquier OCSSP, por su naturaleza, da acceso a obras protegidas.

De hecho, el TJUE ha señalado que «para apreciar si un usuario realiza un acto de “comunicación al público” en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29, deben tenerse en cuenta varios criterios complementarios de naturaleza no autónoma y dependientes unos de otros. Por consiguiente, procede aplicarlos tanto individualmente como en sus interacciones recíprocas, bien entendido que, en las diferentes situaciones concretas, pueden darse con intensidad muy variable». En sus más de veinte sentencias sobre esta cuestión, el TJUE ha utilizado varios criterios, algunos sistemáticamente y otros de forma ocasional, para determinar si existe un acto de comunicación al público.

Uno de los criterios que ha utilizado ocasionalmente en sus pronunciamientos más recientes sobre usos en línea ha sido el del «acceso» al que se refiere el artículo 17.1. En varias ocasiones, el TJUE consideró el «acceso directo» como un requisito básico de un acto de comunicación²⁴. Es evidente que los

considered to be undertaking an act of communication to the public within the meaning of Article 3.1 or 3.2 of the Information Society Directive of 2001²³. In this respect the meaning of the wording “when” in Article 17.1 is more akin to “as” here, than “if”, since it reflects the definition rather than creating a condition to be assessed. Any OCSSP, as a matter of fact gives access to protected works.

Indeed, the CJEU has indicated that “in order to determine whether a user is making a ‘communication to the public’ within the meaning of Article 3(1) of Directive 2001/29, it is necessary to take into account several complementary criteria, which are not autonomous and are interdependent. Consequently, those criteria must be applied both individually and in their interaction with one another, since they may, in different situations, be present to widely varying degrees.” The CJEU used a number of criteria, some of which are referred to systematically, some occasionally, to establish whether there is an act of communication to the public in its more than 20 rulings on this issue.

One of the occasional criteria that has been used in most recent cases regarding online usages has been “access” as referred to in Article 17.1. The Court considered “direct access” as a basic requirement of an act of communication on several occasions.²⁴ It is obvious that OCSSPs through their different functionalities and huge user base have become the go-to destination for most people, when they think, for instance, of a song or a TV show and would like to directly access them on their different devices. The Court in its *Filmspeler* C-527/15 ruling made this link even in relation to software installed on a device, “which makes it possible to play files through a

23 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.

24 *Svensson et al.*, C-466/12, EU:C:2014:76, apartado 18; *vid.* también, a este respecto, *BestWater International*, C-348/13, EU:C:2014:2315, apartado 15; *GS Media*, C-160/15, EU:C:2016:644, apartado 43; *Filmspeler*, C-527/15, EU:C:2017:300, apartados 41 y 42; *Ziggo BV* C-610/15, EU:C:2017:456 apartados 32.

23 Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society.

24 *Svensson and Others*, C-466/12, EU:C:2014:76, paragraph 18; see also, to that effect, *BestWater International*, C-348/13, EU:C:2014:2315, paragraph 15; *GS Media*, C-160/15, EU:C:2016:644, paragraph 43; *Filmspeler*, C-527/15, EU:C:2017:300, paragraphs 41 and 42; *Ziggo BV* C-610/15, EU:C:2017:456 paragraph 32.

OCSSP, a través de sus distintas funcionalidades y con su inmensa base de usuarios, se han convertido en un punto de referencia para mucha gente que piensa en una canción o un programa de televisión y quiere acceder a ellos directamente en sus dispositivos. En su sentencia *Filmspeler*, caso C-527/15, el TJUE extendió esta conexión al *software* instalado en un reproductor «que permite leer archivos en una interfaz de fácil empleo por medio de estructuras de menú y ha integrado en él, sin modificarlas, extensiones disponibles en Internet creadas por terceros, algunas de las cuales reenvían específicamente a sitios de Internet en los que se ponen a disposición de los internautas obras protegidas» y concluyó que «puesto que esta operación permite establecer una conexión directa entre los sitios de Internet que difunden obras pirateadas y los compradores del reproductor multimedia, sin la cual estos últimos difícilmente podrían disfrutar de las obras protegidas, la referida actividad no se confunde con la mera puesta a disposición de instalaciones materiales mencionada en el considerando 27 de la Directiva 2001/29»²⁵. Por tanto, este elemento surge claramente como factor decisivo, teniendo en cuenta la naturaleza del servicio prestado por los OCSSP.

Un criterio utilizado sistemáticamente por el TJUE para determinar si se ha producido un acto de comunicación al público es el «papel indispensable» desempeñado por el usuario. En el apartado 31 de la sentencia *Filmspeler*, el TJUE hace hincapié en «el papel ineludible del usuario. En efecto, este usuario lleva a cabo un acto de comunicación cuando interviene, 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, en principio, disfrutar de la obra difundida»²⁶. Parece difícil que un OCSSP como YouTube pueda negar que desempeña un papel indispensable en la comunicación de obras protegidas al público a través de su plataforma, pero esa ha sido siempre su postura, señalando a los consumidores como responsables de los actos sujetos a derechos de autor. Por eso, la definición

user-friendly interface via structured menus, and integrated into it, without alteration, add-ons available on the internet, created by third parties, some of which specifically link to websites on which protected works are made available to internet users” and concluded that “*That intervention enabling a direct link to be established between websites broadcasting counterfeit works and purchasers of the multimedia player, without which the purchasers would find it difficult to benefit from those protected works, is quite different from the mere provision of physical facilities, referred to in recital 27 of Directive 2001/29.*”²⁵ It seems therefore obvious to use this element as a decisive factor, considering the nature of the service provided by OCSSPs.

As a systematic criterion of communication to the public, the CJEU has referred to “indispensable role” played by the user in many of its rulings. *Filmspeler* paragraph 31 emphasises the “*the indispensable role played by the user and the deliberate nature of his intervention. That user makes an act of communication when he intervenes, in full knowledge of the consequences of his action, to give his customers access to a protected work, particularly where, in the absence of that intervention, those customers would not be able to enjoy the broadcast work, or would be able to do so only with difficulty.*”²⁶ Even though one might think that it is difficult for an OCSSP, for instance like YouTube, to argue that they do not play an indispensable role in communicating protected works to the public on their platforms, it always did so and pointed to its consumers as the ones who carry out copyright relevant acts. Thus, the definition of OCSSP in Article 2.6 and explanations in Recital 62 cover the services, “*the main or one of the main purposes of which is to store and enable users to upload and share a large amount of copyright-protected content with the purpose of obtaining profit therefrom, either directly or indirectly, by organising it and promoting it in order to attract a larger audience, including by categorising it and us-*

25 *Filmspeler*, C-527/15, EU:C:2017:300, apartado 41.

26 *Vid.*, en una línea similar, *SGAE*, apartado 42; *FAPL*, apartados 195-196; *Del Corso*, apartado. 82; *PPL*, apartado 31; *OSA*, apartado 31; *Sociedade Portuguesa*, apartados 14-17; *Reha Training*, apartados 47-48; *Ziggo*, apartado 26.

25 *Filmspeler*, C-527/15, EU:C:2017:300, paragraphs 41.

26 See, similarly, *SGAE* para. 42; *FAPL* paras. 195-196; *Del Corso* para. 82; *PPL* para. 31; *OSA* para. 31; *Sociedade Portuguesa* paras. 14-17; *Reha Training* paras. 47-48; *Ziggo* para. 26.

de OCSSP en el artículo 2.6 y su explicación en el considerando 62 cubren los servicios «cuya finalidad principal o una de cuyas finalidades principales es almacenar y permitir que los usuarios descarguen y compartan una gran cantidad de contenidos protegidos por derechos de autor con la finalidad de obtener beneficios de ello, bien directa o bien indirectamente, organizándolos y promocionándolos a fin de atraer una audiencia mayor, también mediante la introducción en ellos de categorías y de una promoción personalizada». Al menos, ahora se considera que aquellos servicios implicados de forma evidente en el contenido están realizando actos sujetos a derechos de autor.²⁷

En este sentido, el artículo 17 crea una «presunción legal» sobre la existencia de un «acto de comunicación al público» en los términos del artículo 3.1 de la Directiva sobre la sociedad de la información, una vez el servicio está comprendido dentro de la definición de OCSSP. El primer inciso del considerando 64 establece claramente que «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 cargadas por sus usuarios»²⁸. Los tribunales no necesitan analizar cada vez si las prácticas del servicio en cuestión constituyen un acto de comunicación al público cuando haya quedado establecido que el servicio está cubierto por la definición de OCSSP.

El segundo inciso del considerando 64 también subraya la importancia de esta aclaración al afirmar que, «por consiguiente, los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea deben obtener una autorización, también mediante un acuerdo de licencia, de los correspondientes titulares de derechos», algo que encuentra refrendo en el considerando 61: «Los titulares de derechos deben

ing targeted promotion within it». As such, at least such services whose involvement in content is apparent are considered as carrying out copyright relevant acts.²⁷

In this respect, Article 17 creates a so-called ‘legal presumption’ on the existence of an ‘act of communication to the public’ as provided in Article 3.1 of the Information Society Directive, once a service falls under the OCSSP definition. The first sentence of Recital 64 clearly states that “*It is appropriate to clarify in this Directive that online content-sharing service providers perform an act of communication to the public or of making available to the public when they give the public access to copyright-protected works or other protected subject matter uploaded by their users.*”²⁸ The Courts would not need to analyse each time if the practices of the service in question qualify as an act of communication to the public, if they establish that the service falls under the OCSSP definition.

Recital 64’s second sentence also outlines the significance of this important clarification by saying that “*Consequently, online content-sharing service providers should obtain an authorisation, including via a licensing agreement, from the relevant rightholders*” and elaborates in Recital 61 that “*Rightholders should receive appropriate remuneration for the use of their works or other subject matter*”.

It is important to reiterate in this respect that Article 17 first and foremost intends “*to foster the development of the licensing market between rightholders and online content-sharing service providers*”. Indeed, the ability to license is always the most desired option for authors, as it allows wider access to their works and remuneration for their creative effort. Following this objective, even the so-called ‘mit-

27 El considerando 64 salva la aplicación de actos de comunicación al público adoptados por servicios ajenos a los OCSSP al señalar que «esto no afecta al concepto de comunicación al público o de puesta a disposición del público en otros ámbitos en virtud del derecho de la Unión ni tampoco afecta a la posible aplicación del artículo 3, apartados 1 y 2, de la Directiva 2001/29/CE a otros prestadores de servicios que usan contenidos protegidos por derechos de autor».

28 Énfasis añadido.

27 Recital 64 reserves the application of the communication to the public acts undertaken by the services that are not OCSSPs by noting that “*This does not affect the concept of communication to the public or of making available to the public elsewhere under Union law, nor does it affect the possible application of Article 3(1) and (2) of Directive 2001/29/EC to other service providers using copyright-protected content.*”

28 Emphasis added.

recibir una remuneración adecuada por el uso de sus obras y otras prestaciones».

Conviene insistir en que el propósito fundamental del artículo 17 es «fomentar el desarrollo del mercado de licencias entre titulares de derechos y prestadores de servicios para compartir contenidos en línea». De hecho, la capacidad de conceder licencias es siempre la opción preferida por los autores, puesto que permite un mayor acceso a sus obras y la remuneración por su esfuerzo creativo. Siguiendo este objetivo, incluso las «medidas atenuantes» desarrolladas en el artículo 17.4 de la Directiva dan prioridad a la concesión de licencias cuando el mercado ofrezca esa posibilidad. Así ocurre siempre con las licencias colectivas otorgadas por las sociedades de autores, por lo que no cabría atenuar la plena responsabilidad de los OCSSP.²⁹ El hecho de no obtener una licencia implicaría una infracción de los derechos de autor, y en ese caso los OCSSP deben asumir las consecuencias previstas en la legislación correspondiente, incluidas las indemnizaciones de daños y perjuicios.

Los autores y sus sociedades han visto durante años cómo se explotaban sus obras sin obtener ninguna remuneración, bien porque las plataformas rechazaban cualquier responsabilidad y se negaban a celebrar acuerdos de licencia, o bien porque intencionadamente retrasaban y prolongaban las negociaciones antes de firmar dichos acuerdos y empezar a pagar las cantidades correspondientes. El artículo 17 viene a resolver este problema.

3.2 LOS OCSSP NO ESTÁN CUBIERTOS POR EL RÉGIMEN DE «PUERTO SEGURO» EN RELACIÓN CON SUS ACTOS SUJETOS A DERECHOS DE AUTOR

El segundo argumento aducido por muchos servicios para evitar celebrar acuerdos de licencia o para no remunerar adecuadamente a los creadores consistía en que ofrecían un servicio de alojamiento (*hosting*) y estaban cubiertos por el artículo 14 de la Directiva sobre comercio electrónico. Ahora, esos servicios están comprendidos dentro de la definición de OCSSP.

El artículo 14 de la Directiva sobre comercio electrónico establece las condiciones para que un proveedor de *hosting* pueda acogerse a un régimen de res-

igation measures' developed in Article 17.4 of the Directive prioritise licensing. It means where licences are available in the market, for instance, this is always the case for the collective licences provided by authors' societies, the full liability of OCSSPs would not be mitigated²⁹ and failing to obtain a licence would now lead to an infringement of copyright. OCSSPs must bear the consequences of copyright infringement under the relevant laws, including damages, if they do not obtain a licence.

After many years of authors and their societies enduring a situation where their works were exploited without any remuneration, either because the concerned platforms claimed non liability and refused to conclude licensing agreements, or because they intentionally delayed and lengthened the negotiations before concluding such agreements and starting to pay, Article 17 is now in place to solve this problem.

3.2 CLARIFYING THAT OCSSPs ARE NOT COVERED BY "SAFE HARBOUR" REGIME WHEN IT COMES TO THEIR COPYRIGHT RELEVANT ACTS

Providing a hosting service and falling under Article 14 of the E-Commerce Directive has been the second systematic argument of many services, which will now fall under OCSSP definition, to avoid any licensing agreement or providing appropriate remuneration for creators.

Article 14 of the E-Commerce Directive sets out the conditions under which a hosting provider qualifies for a limited liability regime, whereby when obtaining knowledge or awareness of the illegal nature of the activity, the hosting provider must act expeditiously to remove or disable access to the information. It is to be noted here that the concept of knowledge is not a component of

29 Claramente, los OCSSP solo podrían ver atenuada su obligación de obtener una licencia cuando la identificación y localización de los titulares de derechos requirieran un esfuerzo extraordinario o cuando, pese a sus mejores esfuerzos, resultara imposible identificarlos y localizarlos.

29 Clearly, OCSSPs could only mitigate their licensing obligation, where they have to give an extraordinary effort to identify and locate the relevant rightsholders to obtain necessary licences or when they cannot identify and locate relevant rightsholders, despite their best efforts.

ponsabilidad limitada. En cualquier caso, el proveedor de *hosting* deberá actuar con prontitud para retirar o impedir el acceso a la información en cuanto tenga conocimiento del carácter ilícito de la actividad. Conviene señalar que el concepto de «conocimiento» no forma parte de la definición de la actividad de *hosting*, sino que más bien es un criterio para la aplicación de la exención de responsabilidad³⁰. Así, según estableció el TJUE en *L'Oréal vs. eBay*, caso C-324/09 (apartado 124), el operador puede ser un proveedor de *hosting* que pierde su derecho a la exención de responsabilidad cuando, por ejemplo, almacena o aloja datos suministrados por usuarios de su servicio teniendo conocimiento de su carácter ilícito³¹.

El hecho de que las plataformas responsables de actos no autorizados de comunicación al público no puedan acogerse al régimen de «puerto seguro» previsto en el artículo 14 de la Directiva sobre comercio electrónico para los proveedores de *hosting* quizá no sea una sorpresa para los especialistas en la materia³². Sin embargo, la cuestión nunca estuvo clara para los tribunales nacionales (según se ha explicado anteriormente) ni era el enfoque de la Comisión Europea en su propuesta inicial para la Directiva^{33, 34}. El propio servicio jurídico del Consejo, que se pronunció en un momento inicial del debate legislativo a instancia de varios Estados miembros, concluyó que la cuestión no estaba clara y que debía dilucidarse adecuadamente en este nuevo instrumento normativo.

El artículo 17.3 y el considerando 65 de la Directiva sobre derechos de autor establecen a este respecto que «cuando los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea sean respon-

the definition of the activity of hosting but rather a criterion for the application of the liability exemption.³⁰ Thus, as also provided by the CJEU in its *L'Oréal v eBay* C-324/09 ruling (paragraph 124), the provider may be a hosting provider without qualifying for the liability exemption when, for example, it stores data provided by users of its service but knows and/or is aware of the illegal nature of such data.³¹

Although the unavailability of the safe harbour for hosting providers within Article 14 of the E-Commerce Directive to platforms liable for unauthorised acts of communication to the public might not come as a surprise to some commentators,³² this was neither a clear fact for the national courts (as explained above), nor was it the approach taken by the European Commission in its initial proposal for the Directive^{33, 34}. Even the legal service of the Council opined at the early stages of legislative discussions on this, at the request of certain Member States, and concluded that this point is currently not clear and should be usefully clarified by this legislation.

Article 17.3 and Recital 65 of the Copyright Directive provides for this purpose that “*When online content-sharing service providers are liable for acts of communication to the public or making available to the public under the conditions laid*

30 A. Lucas-Schloetter, *supra*, nota 14, página 12.

31 *Ibid.* página 13.

32 E. Rosati, «The value gap proposal in the JURI Committee Report as a consolidation of the existing framework (not the end of the internet)», disponible en <http://ipkitten.blogspot.com/2018/07/the-value-gap-proposal-in-juri.html>.

33 <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52016PC0596>.

34 *Id.* M. Leistner, «Is the CJEU outperforming the Commission? An analysis of the recent developments of the concept of communication to the public in the CJEU's case law and in the Commission's Copyright in the Digital Single Market Directive Proposal with particular regard to online content services», páginas 16-18, para un análisis de la propuesta de la Comisión y la aplicación de responsabilidad primaria a los servicios cubiertos por el artículo 14 de la Directiva sobre comercio electrónico.

30 A. Lucas-Schloetter, *supra* note 14, page 12.

31 *Ibid.* page 13.

32 E. Rosati, “The value gap proposal in the JURI Committee Report as a consolidation of the existing framework (not the end of the internet)”, retrievable from <http://ipkitten.blogspot.com/2018/07/the-value-gap-proposal-in-juri.html>

33 <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52016PC0596>

34 M. Leistner, “Is the CJEU outperforming the Commission? An analysis of the recent developments of the concept of communication to the public in the CJEU's case law and in the Commission's Copyright in the Digital Single Market Directive Proposal with particular regard to online content services”, pages 16-18 has an analysis of the Commission proposal and the implementation of primary liability to services covered by Art 14 of the E-Commerce Directive.

sables de actos de comunicación al público o de puesta a disposición del público en las condiciones establecidas en la presente Directiva, el artículo 14, apartado 1, de la Directiva 2000/31/CE no debe aplicarse a la responsabilidad derivada de la disposición de la presente Directiva relativa al uso de contenido protegido por prestadores de servicios para compartir contenidos en línea». A continuación, explican que «esto no debe afectar a la aplicación del artículo 14, apartado 1, de la Directiva 2000/31/CE a estos prestadores de servicios para fines ajenos al ámbito de aplicación de la presente Directiva». Con ello se subraya que se trata de una aclaración sectorial específica en relación con la responsabilidad en materia de derechos de autor y que el régimen de «puerto seguro» aplicado a esos mismos servicios puede ser objeto de un análisis individualizado por otros motivos.

Por tanto, estamos ante otra «presunción legal» como la prevista en el artículo 17.1 para los actos de comunicación al público (*vid. supra*, apartado 3.1). En este caso, la presunción se establece en el artículo 17.3 para aquellos servicios comprendidos dentro de la definición de OCSSP. En la medida en que la definición incluye elementos distintivos de un acto de comunicación al público y de la implicación del servicio en el contenido más allá del papel de intermediario pasivo, los OCSSP son los responsables principales —no solo de hecho, sino también de derecho— por los actos sujetos a derechos de autor que se producen en sus plataformas, y ya no pueden ampararse en los privilegios del régimen de «puerto seguro» establecido en el artículo 14.1 de la Directiva sobre comercio electrónico.

Esta aclaración normativa debería poner a los creadores y a los OCSSP en un plano de igualdad. Aunque el tamaño de la compañía puede afectar considerablemente al poder de negociación, siempre habrá fundamento jurídico para demandar al servicio por los posibles daños y perjuicios si se resiste a remunerar a los creadores. Se trata de una mejora notable frente a la dinámica totalmente ineficaz de aviso y retirada que las plataformas imponían hasta ahora como única forma de proteger los derechos en sus servicios.

3.3 LA OBLIGACIÓN DE LOS OCSSP DE INFORMAR DE FORMA PRECISA Y TRANSPARENTE SOBRE LOS USOS QUE SE PRODUCEN EN SUS PLATAFORMAS

En general, los acuerdos para todos los tipos de usos en línea, especialmente en el ámbito mu-

down in this Directive, Article 14(1) of Directive 2000/31/EC should not apply to the liability arising from the provision of this Directive on the use of protected content by online content-sharing service providers.” It then continues to explain that “*That should not affect the application of Article 14(1) of Directive 2000/31/EC to such service providers for purposes falling outside the scope of this Directive*” to stress that this is a sector-specific clarification regarding copyright liability and the same services might still be subject to case-by-case analysis of their ‘safe harbour’ status for other purposes.

Therefore, this is another ‘legal presumption’, like the one provided in Article 17.1 for the act of communication to the public (see above point 3.1), created by Article 17.3, for the services that fall under OCSSP definition. As the definition includes distinctive elements of an act of communication to the public and involvement of the service with the content that goes beyond a passive intermediary, OCSSPs are, not only as a matter of fact but also by the provision of law, primarily liable for acts of copyright taking place on their platforms and can no longer claim the so-called safe harbour privileges provided under the Article 14.1 of the E-Commerce Directive.

This clarification in the law is expected to put creators and OCSSPs on an equal basis. Although the size of a company can play an important role in the power of negotiation, there will still be the legal basis to successfully sue the service for possible damages, if it does not want to remunerate creators. It is a considerable improvement vis-à-vis the totally ineffective whack-a-mole game of notice and takedowns the platforms were imposing as the only way to protect rights on their services.

3.3) CREATING AN OBLIGATION ON OCSSPs TO ACCURATELY AND TRANSPARENTLY REPORT THE USAGES ON THEIR PLATFORMS

In general, deals made for all types of online usages, especially in the field of music, primarily rely on reports from the services regarding the usage of protected

sical, se basan principalmente en la información suministrada por los servicios con respecto al uso de obras protegidas y sus ingresos globales, lo que a su vez permite calcular los importes que se abonan como derechos de licencia. Esto significa que, incluso cuando se celebran dichos acuerdos, cada uso del que no se informa o que se excluye de las correspondientes herramientas de reconocimiento y gestión de contenidos supone una explotación sin remuneración para los creadores y, por tanto, una infracción de los derechos de autor y de las obligaciones contractuales de los OCSSP. En la mayor parte de los casos, los OCSSP rechazaban los acuerdos de licencia, y algunos como YouTube establecían determinados mecanismos de monetización (negando su responsabilidad en materia de derechos de autor) a un valor muy bajo y con total opacidad. Del mismo modo que rechazaban cualquier responsabilidad en materia de derechos de autor, también se negaban a informar de forma precisa y transparente sobre los usos que se producían en su plataforma y sobre los distintos mecanismos que utilizaban para monetizar o beneficiarse económicamente de los contenidos.

Teniendo en cuenta el impresionante volumen de uso en dichas plataformas, la transparencia y la precisión en la información de los OCSSP son tan importantes como aclarar su responsabilidad en materia de derechos de autor. En respuesta a esta cuestión, el artículo 17.8 crea una obligación específica de transparencia e información para los OCSSP.

El considerando 68 subraya que «los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea [OCSSP] deben ser transparentes con los titulares de derechos por lo que se refiere a las medidas tomadas en el contexto de la cooperación». También señala que los OCSSP, previa solicitud de los titulares de derechos, deben proporcionar suficiente transparencia con información adecuada y suficientemente específica sobre el tipo de medidas tomadas y el modo en que se emprenden en el marco de la obligación de cooperación impuesta a los OCSSP. A los efectos de identificar las diferencias en el nivel de detalle o granularidad de la información sobre las medidas adoptadas dentro de la cooperación prevista en el artículo 17.4 (p. ej., concesión de licencias, prevención, mecanismos de notificación y retirada), el considerando 68 aclara que cuando se concluyan acuerdos entre prestadores de servicios y titulares de derechos, la

works and services' overall revenue creation to calculate the amounts to be paid as licensing fee. This means that, even where you have a deal, every usage that is not reported or that is excluded from the appropriate content recognition and management tools is exploitation without remuneration for creators, hence, in fact, infringement of copyright and contractual obligations of OCSSPs. OCSSP were in most cases refusing licensing agreements, or some like YouTube were entering into certain types of monetisation arrangements (by denying their copyright liability) at very low value and with total opacity. The same way they refused copyright liability, they also refused accurate and transparent reporting on the usage that takes place on their platform and the different ways they monetise or financially benefit from the content.

Especially considering the huge amount of usages on such platforms, the transparency and accuracy of information from OCSSPs are as important as clarification of their copyright liability. In order to address this aspect, Article 17.8 creates a dedicated transparency and information obligation for OCSSPs.

Recital 68 underlines that “*OSCCPs should be transparent with rightsholders with regard to the steps taken in the context of cooperation*”. It also notes that OSCCPs shall provide enough transparency, at the request of rightsholders, with adequate and sufficiently specific information on the type of actions undertaken and the way in which they are undertaken within the cooperation obligation of the OCSSPs. It is important to underline that in order to note the possible differences in the detail and granularity of such information regarding different actions to be taken as part of the cooperation under Article 17.4 (e.g. licensing, prevention and notice and stay-down), Recital 68 clarifies that where agreements are concluded by the parties for the use of protected works, the obligation of OCSSPs to provide information can (and actually should) be more specific under the contractual arrangements in order to fulfil this transparency requirement.

obligación de proporcionar información puede (y de hecho debería) ser más específica.

A este respecto, las tecnologías de reconocimiento automático de contenidos musicales u otras herramientas para otros contenidos resultan absolutamente esenciales para la concesión de licencias. Además, esas tecnologías también son fundamentales para identificar adecuadamente qué obras se usan y el nivel de ingresos que corresponde a cada creador³⁵. Esta disposición ofrece un fundamento jurídico para mejorar de forma notable los ingresos de los creadores al obtener los datos de explotación en tiempo oportuno y en un formato consensuado. En concreto, los siguientes elementos se consideran parte de la información básica que deben proporcionar los OCSSP en sus acuerdos de licencia con las sociedades de autores:

- La necesidad de acordar con las entidades de gestión colectiva (EGC) el funcionamiento de los instrumentos técnicos que se utilizarán para identificar e informar sobre el contenido sujeto a licencia.
- El uso de todas las herramientas adecuadas para la identificación y la información sobre el uso de obras (sin limitarse a los datos de «grabación de sonido» que no captan todos los usos de obras musicales).
- La transparencia en relación con la monetización y los ingresos generados por los OCSSP para comprender plenamente la explotación por parte del servicio y calcular adecuadamente los pagos correspondientes.
- La precisión en la información sobre los usos dentro del marco temporal previsto y conforme a los formatos convenidos. A este respecto, los OCSSP deben utilizar herramientas efectivas para dar cumplimiento a los objetivos de la normativa en materia de derechos de autor (sin basarse únicamente, como hasta ahora, en sus propias decisiones comerciales). Con esto se pretende garantizar la eficacia en la gestión de los derechos y evitar ineficiencias y la duplicación de esfuerzos. En línea con el artículo 17 de la Directiva sobre gestión colectiva de derechos

35 El reconocimiento automático de contenido debe utilizarse de forma aislada o combinado con otras soluciones técnicas y operativas en el ámbito de las artes visuales, como la búsqueda semiautomática o los metadatos, a la luz del contexto actual del mercado.

In this respect, use of automated content recognition technologies in music or other relevant tools for other content is absolutely crucial for licensing purposes and these technologies are essential to accurately identify which works are used and how much revenue need to be distributed to which creator.³⁵ This provision would give the legal basis for clearly improving the revenues accrued on creators by receiving all exploitation data in a timely manner and agreed format. In particular, the following elements shall be considered as the basic information to be provided by the OCSSPs in their licensing with authors' societies:

- Necessity to agree with CMOs on the functioning of technical tools that will be used for identification and reporting of licensed content
- Use of all appropriate tools for identification and reporting of usage of works (for instance not only “sound recording” data that does not capture all different usages of musical works)
- Provision of transparency on monetisation and revenue generated by OCSSPs to fully understand the exploitation by the service and to accurately calculate the corresponding royalty payment
- Accuracy of usage reports within agreed time frame and agreed formats. In this respect, OCSSPs shall use effective tools fit for the purposes of copyright law (and no longer only based on their own commercial choices) to ensure effectiveness of rights management and to avoid inefficiencies and duplication of efforts. In line with Article 17 of CRM Directive³⁶, if reporting is not in a format agreed by

35 It is to be noted that automated content recognition is required to be used either alone or in conjunction with other technical and operational solutions in the visual arts field, such as meta data and semi-automated search, due to the current state of the market.

36 Directive 2014/26/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on collective management of copyright and related rights and multi-territorial licensing of rights in musical works for online use in the internal market.

de autor (CRM)³⁶, si la información no está en un formato acordado con las EGC o conforme a los estándares del sector, se considerará que no se ha cumplido dicha obligación.

- La posibilidad de verificar con medios técnicos, en su caso, la información de los OCSSP.
- La posibilidad de auditar, en su caso.

4. ¿QUÉ NOS DEPARARÁ EL FUTURO?

Según el artículo 29 de la Directiva sobre derechos de autor, los Estados miembros deben transponer la Directiva a sus respectivos ordenamientos nacionales antes del 7 de junio de 2021. Para facilitar el proceso y según lo previsto en el artículo 17.10 de la Directiva, la Comisión Europea está llamada a organizar un diálogo entre todas las partes interesadas «en consulta con los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea, los titulares de derechos, las organizaciones de usuarios y otras partes interesadas, y teniendo en cuenta los resultados de los diálogos con las partes interesadas, la Comisión dictará orientaciones sobre la aplicación del presente artículo, en particular en lo relativo a la cooperación a que se refiere el apartado 4».

Ya se han celebrado algunas reuniones para llevar a cabo ese diálogo entre las partes interesadas. Algunos de esos actores se han pronunciado sobre cómo debería funcionar esa cooperación y han formulado propuestas de buenas prácticas. Se espera que la Comisión Europea abra un procedimiento de consultas escritas a finales de julio de 2020 con los participantes en ese diálogo que podría reflejarse en el documento de directrices previsto para otoño de 2020.

36 Directiva 2014/26/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la gestión colectiva de los derechos de autor y derechos afines y a la concesión de licencias multiterritoriales de derechos sobre obras musicales para su utilización en línea en el mercado interior.

the CMOs or not in line with the industry standards used by the CMO, such obligation would not be fulfilled

- Possibility of verifying OCSSPs' reports through technical ways, where needed
- Possibility of auditing, where needed

4. WHAT IS NEXT?

According to Article 29 of the Copyright Directive, Member States are supposed to transpose the Directive into their national laws by 7 June 2021. To facilitate the process and also as required by the Article 17.10 of the Directive, the European Commission is asked to organise a stakeholder dialogue and “*in consultation with online content-sharing service providers, rightholders, users' organisations and other relevant stakeholders, and taking into account the results of the stakeholder dialogues, issue guidance on the application of this Article, in particular regarding the cooperation referred to in paragraph 4.*”

The stakeholder dialogue meetings have already taken place. Different stakeholders expressed their views on how the cooperation should function and their proposals for possible best practices. The European Commission is now expected to launch a targeted written consultation process by the end of July 2020 with the participants of the stakeholder dialogue to reflect on its possible elaborations in the Guidelines document, which is expected to be launched in Autumn 2020.