COMISIÓN
EUROPEA

Bruselas, 4.6.2021
COM(2021) 288 final

COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO Y AL CONSEJO

Orientaciones sobre el artículo 17 de la Directiva 2019/790 sobre los derechos de autor en el mercado único digital

I. INTRODUCCIÓN

El artículo 17, apartado 10, de la Directiva sobre los derechos de autor en el mercado único digital (Directiva 2019/790/CE, en lo sucesivo la «Directiva sobre el mercado único digital[1]») exige que la Comisión dicte orientaciones sobre la aplicación del artículo 17, en particular en lo relativo a la cooperación entre los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea y los titulares de derechos. Las orientaciones tienen en cuenta los resultados de los diálogos con las partes interesadas organizados en cooperación con los Estados miembros para debatir sobre las mejores prácticas de cooperación entre los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea y los titulares de los derechos.

Tras una convocatoria abierta de manifestación de interés, la Comisión organizó seis reuniones de diálogo con las partes interesadas entre octubre de 2019 y febrero de 2020. Entre el 27 de julio y el 10 de septiembre de 2020 se llevó a cabo una consulta escrita selectiva para finalizar el diálogo con las partes interesadas.

El objetivo de estas orientaciones es apoyar una transposición correcta y coherente del artículo 17 en todos los Estados miembros, prestando especial atención a la necesidad de encontrar un justo equilibrio entre los derechos fundamentales y el uso de excepciones y limitaciones, tal como exige el artículo 17, apartado 10. Las orientaciones también podrán servir de ayuda a los actores del mercado a la hora de cumplir la legislación nacional por la que se aplique el artículo 17.

Aunque el presente documento no es jurídicamente vinculante, ha sido adoptado formalmente como Comunicación de la Comisión y cumple el mandato otorgado a esta por el legislador de la Unión en virtud del artículo 17, apartado 10. La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto C-401/19[2] tendrá implicaciones para la ejecución del artículo 17 por los Estados miembros y para las orientaciones. Podría resultar necesario revisar las orientaciones a raíz de dicha sentencia.

II. ARTÍCULO 17: UN RÉGIMEN ESPECÍFICO DE AUTORIZACIÓN Y RESPONSABILIDAD EN MATERIA DE DERECHOS DE AUTOR

El artículo 17 establece un régimen específico de autorización y responsabilidad para los derechos de autor y los derechos afines a los derechos de autor («derechos de autor») que se aplica a determinados prestadores de servicios de la sociedad de la información definidos como prestadores de servicios para compartir contenidos en línea con arreglo al artículo 2, apartado 6, de la Directiva. Con el marco jurídico aplicable anteriormente[3], el régimen de responsabilidad en materia de derechos de autor de estos prestadores de servicios por los

[1] Los destinatarios de la Directiva sobre el mercado único digital son los Estados miembros, que deben transponerla a más tardar el 7 de junio de 2021.
[2] Polonia / Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea.
[3] Artículo 3 de la Directiva 2001/29/CE y artículo 14 de la Directiva 2000/31/CE.

actos de sus usuarios no era claro. El artículo 17 ofrece seguridad jurídica con respecto a la cuestión de si los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea realizan actos con implicaciones en materia de derechos de autor en relación con los actos de sus usuarios, así como seguridad jurídica para los usuarios.

El artículo 17 pretende fomentar el desarrollo del mercado de licencias entre los titulares de derechos y los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea. A tal fin, el artículo 17 crea una base jurídica para que los titulares de derechos autoricen el uso de sus obras cuando sean cargadas por los usuarios de prestadores de servicios para compartir contenidos en línea, incrementando así sus posibilidades de concesión de licencias y de remuneración. También introduce salvaguardias para los usuarios que carguen contenidos propios que puedan incluir contenidos de terceros protegidos por derechos de autor y derechos afines.

El artículo 17, apartados 1 y 2, establece que los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea realizan un acto de «comunicación al público» pertinente a efectos de derechos de autor cuando ofrecen acceso a contenidos protegidos por derechos de autor cargados por sus usuarios, por lo que deben obtener una autorización de los titulares de derechos que corresponda. En este caso, el artículo 17, apartado 3, establece que, cuando los prestadores de servicios realicen un acto de comunicación al público en virtud de dichas disposiciones, no se aplicará la limitación de responsabilidad prevista en el artículo 14, apartado 1, de la Directiva 2000/31/CE[4].

El artículo 17 tiene carácter de *lex specialis* con respecto al artículo 3 de la Directiva 2001/29/CE y al artículo 14 de la Directiva 2000/31/CE. No introduce ningún nuevo derecho en la legislación de la Unión en materia de derechos de autor, sino que regula plena y específicamente el acto de «comunicación al público» en las circunstancias limitadas abarcadas por esta disposición «a los efectos de la presente Directiva». Así lo confirman los considerandos 64 y 65. El considerando 64 señala que el artículo 17 no afecta al concepto de comunicación al público o de puesta a disposición del público de contenidos en otros ámbitos en virtud del Derecho de la Unión[5], 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 usen contenidos protegidos por derechos de autor. El considerando 65 establece que, si bien el artículo 14 de la Directiva 2000/31 no se aplica a la responsabilidad con arreglo al artículo 17, ello no debe afectar a su aplicación a dichos prestadores de servicios para fines ajenos al ámbito de aplicación de la Directiva. Debido al carácter de *lex specialis* del

[4] Con arreglo a la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a un mercado único de servicios digitales (Ley de servicios digitales) y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE, COM (2020) 825 final, el artículo 14 de la Directiva 2000/31/CE se sustituirá por el artículo 5 de dicho Reglamento. Según el artículo 1, apartado 5, letra c), y el considerando 11 de la propuesta de Ley de Servicios Digitales, el Reglamento se aplica *sin perjuicio de las disposiciones del Derecho de la Unión en materia de derechos de autor y derechos afines, que establecen normas y procedimientos específicos que no deben quedar afectados.*

[5] Véase, por analogía, el asunto C-114/15, apartado 29.

artículo 17, los Estados miembros deben ejecutar específicamente esta disposición y no basarse simplemente en la ejecución nacional del artículo 3 de la Directiva 2001/29/CE.

Cuando no se conceda autorización con arreglo al artículo 17, apartados 1 y 2, el artículo 17, apartado 4, establece un régimen específico que permite a los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea eludir la responsabilidad, en determinadas condiciones, por el acto de comunicación al público a efectos del artículo 17, apartado 1. Tal como señala el considerando 66, este régimen específico tiene en cuenta el hecho de que los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea ofrecen acceso a contenidos cargados no por ellos, sino por sus usuarios.

Estas condiciones específicas deben introducirse expresamente en la legislación nacional. El artículo 17, apartado 5, establece que, al evaluar si los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea cumplen las condiciones establecidas en el artículo 17, apartado 4, debe aplicarse el principio de proporcionalidad. El artículo 17, apartado 6, también establece un régimen de responsabilidad diferente para los nuevos prestadores de servicios, en determinadas condiciones.

El artículo 17, apartados 7, 8 y 9, establece normas generales que también deben transponerse de forma expresa a las legislaciones nacionales. El artículo 17, apartados 7, 8 y 9, está formulado en términos de obligaciones de resultado. Por consiguiente, los Estados miembros deben garantizar en su legislación de aplicación que estas obligaciones prevalezcan en caso de conflicto con las disposiciones establecidas en otras partes del artículo 17 y, en particular, en el artículo 17, apartado 4.

El artículo 17, apartado 7, establece que, cuando los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea cooperen con los titulares de derechos con arreglo al artículo 17, apartado 4, a fin de evitar contenidos no autorizados, dicha cooperación no dará lugar a la indisponibilidad de obras y otras prestaciones cargadas por los usuarios que no infrinjan los derechos de autor y derechos afines.

El artículo 17, apartado 8, establece que la aplicación del artículo 17 no dará lugar a ninguna obligación general de supervisión. El artículo 17, apartado 9, establece, entre otras cosas, que la Directiva no afectará en modo alguno a las utilizaciones lícitas, como los usos al amparo de excepciones y limitaciones establecidas en el Derecho de la Unión, y no conducirá a identificación alguna de usuarios concretos ni al tratamiento de sus datos personales, salvo si es conforme con la Directiva 2002/58/CE y el Reglamento (UE) 2016/679. El considerando 85 especifica además que todo tratamiento de datos personales debe respetar los derechos fundamentales, incluidos el derecho al respeto de la vida privada y familiar y el derecho a la protección de los datos de carácter personal, y debe cumplir la Directiva 2002/58/CE y el Reglamento (UE) 2016/679. Al ejecutar el artículo 17, los Estados miembros deben respetar el acervo de la Unión en materia de protección de datos, en particular en lo que se refiere a las posibles medidas tecnológicas adoptadas por los prestadores de servicios en cooperación con los titulares de derechos con arreglo al artículo 17, apartado 4, y en el contexto del mecanismo de reclamación y recurso para los usuarios con arreglo al artículo 17, apartado 9. Los Estados miembros deben velar por la correcta aplicación de estas normas al transponer el artículo 17.

III. LOS PRESTADORES DE SERVICIOS CONTEMPLADOS EN EL ARTÍCULO 17: ARTÍCULO 2, PUNTO 6

El artículo 17 se aplica a los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea, tal como se definen en el artículo 2, punto 6, párrafo primero, de la Directiva. El prestador de servicios para compartir contenidos en línea se define como un prestador de servicios de la sociedad de la información cuyo fin principal o uno de cuyos fines principales es almacenar y dar acceso al público a una gran cantidad de obras u otras prestaciones protegidas cargadas por sus usuarios, que el servicio organiza y promociona con fines lucrativos.

El artículo 2, punto 6, párrafo segundo, establece una lista no exhaustiva de prestadores de servicios y/o de servicios que no son prestadores de servicios para compartir contenidos en línea a efectos de la Directiva y, por lo tanto, están excluidos de la aplicación del artículo 17. Estos servicios excluidos son los siguientes: «enciclopedias en línea sin fines lucrativos», «repositorios científicos o educativos sin fines lucrativos», «plataformas para desarrollar y compartir programas informáticos de código abierto», «proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas tal como se definen en la Directiva (UE) 2018/1972», «mercados en línea», «servicios entre empresas y en la nube» y servicios en la nube «que permiten que los usuarios carguen contenido para su propio uso».

A fin de garantizar la seguridad jurídica, los Estados miembros deben establecer expresamente en su legislación de aplicación la definición de «prestador de servicios para compartir contenidos en línea» que figura en el artículo 2, punto 6, párrafo primero, en su totalidad y excluir expresamente a los prestadores de servicios enumerados en el artículo 2, punto 6, párrafo segundo, precisando al mismo tiempo, a la luz del considerando 62, que esta lista de prestadores de servicios excluidos no es exhaustiva. No hay margen para que los Estados miembros vayan más allá, es decir, para que amplíen el ámbito de aplicación de la definición o lo reduzcan.

Además, como ayuda a la interpretación, se recomienda a los Estados miembros que transpongan y apliquen los diferentes elementos de la definición a la luz de los considerandos 61, 62 y 63, que aportan aclaraciones importantes sobre los tipos de prestadores de servicios incluidos o excluidos. Tal como se explica en el considerando 62, el artículo 17 se refiere a los prestadores de servicios en línea que desempeñan un papel importante en el mercado de contenidos en línea compitiendo con otros prestadores de servicios de contenidos en línea —como los prestadores de servicios de emisión en continuo de audio y vídeo— por las mismas audiencias. El considerando 62 también establece que los prestadores de servicios cuyo principal objetivo sea practicar o facilitar la piratería no deben beneficiarse del régimen de exención de responsabilidad previsto en el artículo 17[6].

[6] Varias de las partes interesadas resaltaron la importancia de que los Estados miembros transpongan estos elementos del considerando 62 a sus legislaciones nacionales.

Los Estados miembros también deben tener en cuenta que el considerando 63 establece que es necesaria una evaluación caso por caso para determinar qué prestadores de servicios en línea entran en el ámbito de aplicación del artículo 17.

Para entrar en la definición de prestador de servicios para compartir contenidos en línea y en el ámbito de aplicación del régimen del artículo 17, el prestador de servicios debe cumplir cumulativamente cada uno de los requisitos de la definición:

- prestar un servicio de la sociedad de la información, tal como se define en el artículo 1, apartado 1, letra b), de la Directiva (UE) 2015/1535[7];
- que su fin principal o uno de sus fines principales sea:
    - almacenar y dar acceso al público a
    - una gran cantidad de obras protegidas por derechos de autor u otras prestaciones protegidas
    - cargadas por sus usuarios,
    - que organice y promocione con fines lucrativos.

El «fin principal» o «uno de los fines principales» del servicio de la sociedad de la información debe entenderse como la función principal o predominante del prestador de servicios (o una de las funciones principales o predominantes)[8]. La evaluación del «fin principal o uno de los fines principales» debe ser neutral desde el punto de vista tecnológico y del modelo empresarial para seguir siendo válida de cara al futuro.

El prestador de servicios debe «almacenar y dar acceso al público» a los contenidos almacenados. El concepto de «almacenar» se refiere al almacenamiento de contenido que no sea meramente temporal, y «dar acceso al público» se refiere al acceso al contenido almacenado que se da al público.

En lo que respecta a la «gran cantidad», la Directiva no establece ninguna cuantificación de este concepto. Los Estados miembros deben abstenerse de cuantificar el concepto de «gran cantidad» en su Derecho nacional con el fin de evitar la fragmentación jurídica que produciría un ámbito potencialmente diferente de prestadores de servicios cubiertos en distintos Estados miembros. Tal como se explica en el considerando 63, la evaluación de si un prestador de servicios almacena y da acceso al público a una gran cantidad de obras protegidas por derechos de autor o a otras prestaciones protegidas cargadas por sus usuarios debe hacerse «caso por caso y tomar en consideración una combinación de elementos, como la audiencia del servicio y el número de ficheros de contenido protegido por derechos de autor cargados por los usuarios de los servicios». Por lo tanto, no bastaría con tener en cuenta solo uno de los

[7]Los servicios de la sociedad de la información se definen como «todo servicio prestado normalmente a cambio de una remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un destinatario de servicios».
[8]Por ejemplo, según se explica en el considerando 63, los mercados en línea pueden dar acceso a una gran cantidad de obras protegidas por derechos de autor, pero su actividad principal no es esa, sino el comercio minorista en línea.

elementos mencionados para que un servicio de la sociedad de la información entre en el ámbito de aplicación del artículo 17.

Por último, para que quede abarcado por la definición, el servicio de la sociedad de la información debe «organizar y promocionar los contenidos cargados por los usuarios *con fines lucrativos*». El considerando 63 indica que los beneficios logrados gracias a los contenidos cargados pueden obtenerse directa o indirectamente de su organización y promoción con el fin de atraer una audiencia mayor, también mediante la introducción en ellos de categorías y de una promoción personalizada. El fin lucrativo no debe darse por sentado por el hecho de que el prestador de servicio sea un operador económico como tal o en función de su forma jurídica. El fin lucrativo debe vincularse a los beneficios obtenidos de la organización y promoción de los contenidos cargados por los usuarios de forma que atraigan una audiencia mayor, por ejemplo —aunque no exclusivamente— colocando anuncios junto a los contenidos cargados por sus usuarios. El mero hecho de recibir una tasa de los usuarios para cubrir los costes de funcionamiento del alojamiento de sus contenidos[9] o de solicitar donaciones al público no debe considerarse en sí mismo una indicación de que existe un fin lucrativo[10]. Como se explica en el considerando 62, los prestadores de servicios cuyo principal fin no sea permitir a los usuarios que carguen y compartan una gran cantidad de contenidos protegidos por derechos de autor con la finalidad de obtener beneficios de ello no están cubiertos por la definición. Cuando el prestador de servicios de la sociedad de la información preste más de un servicio, se deberá tener en cuenta cada uno por separado a fin de determinar qué prestadores de servicios entran o no en el ámbito de aplicación del artículo 17.

IV. ARTÍCULO 17, APARTADOS 1 y 2: AUTORIZACIONES

i) Modelos de autorización con arreglo al artículo 17, apartado 1

Los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea han de obtener una autorización para el acto concreto de comunicación al público o de puesta a disposición del público establecido en el artículo 17, apartado 1. El término «autorización» no está definido en la Directiva y debe interpretarse en función de la finalidad y el objetivo del artículo 17. El artículo 17, apartado 1, no prescribe la manera en que pueden obtenerse las autorizaciones de los titulares de derechos. De hecho, tanto el texto del artículo 17, apartado 1, como el correspondiente considerando 64 están redactados de forma abierta y hacen referencia a una «autorización, *también mediante un acuerdo de licencia*». Los Estados miembros pueden prever diferentes modelos de autorización para «fomentar el desarrollo del mercado de licencias», que es uno de los principales objetivos del artículo 17.

[9] Este puede ser el caso de los archivos de investigación.

[10] Varias organizaciones de representación de usuarios han subrayado la necesidad de aportar más aclaraciones sobre esta cuestión.

Debe entenderse que los actos de comunicación al público y de puesta a disposición de los contenidos del artículo 17, apartado 1, abarcan también las reproducciones necesarias para llevarlos a cabo. Los Estados miembros no deben imponer a los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea la obligación de obtener una autorización para las reproducciones realizadas en el contexto del artículo 17.

Los Estados miembros también deben velar por que los titulares de derechos puedan no conceder una autorización a los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea, como se indica en el considerando 61, según el cual «*al no verse afectada la libertad contractual [...] los titulares de derechos no deben estar obligados a conceder una autorización o concluir acuerdos de licencia.*»[11].

En determinados casos, los titulares de derechos pueden, por ejemplo, autorizar el uso de sus contenidos en determinados servicios a cambio de datos o actividades promocionales. Las autorizaciones también pueden concederse de forma gratuita, en virtud de una licencia Creative Commons, o pueden concederse cuando los titulares de derechos carguen o compartan sus propios contenidos en servicios para compartir contenidos en línea.

También se anima a los Estados miembros a mantener o establecer mecanismos voluntarios para facilitar los acuerdos entre los titulares de derechos y los prestadores de servicios. Por ejemplo, podría considerarse la posibilidad de mecanismos de mediación voluntaria en casos o sectores específicos con el fin de apoyar a las partes que deseen llegar a un acuerdo pero que se enfrenten a dificultades en las negociaciones.

Los Estados miembros pueden recurrir a soluciones individuales y voluntarias de concesión de licencias colectivas. Por ejemplo, los debates de las partes interesadas han puesto de manifiesto que en la actualidad, en el sector de la música, algunos titulares de derechos, como las empresas discográficas respecto de sus derechos propios y en aquellos casos en que son titulares de los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes, y los editores musicales titulares de los derechos de los autores (cantautores) suelen conceder licencias para sus derechos directamente. Los demás derechos de autor son gestionados principalmente por entidades de gestión colectiva. La concesión de licencias colectivas también se utiliza ampliamente en el sector de las artes visuales (excepto en el caso de las fotografías), pero se utiliza poco en el sector cinematográfico, donde la concesión directa de licencias por parte de los productores cinematográficos es más habitual. Cuando los titulares de derechos hayan encomendado a entidades de gestión colectiva la gestión de sus derechos, estas pueden celebrar acuerdos de licencia con prestadores de servicios para compartir contenidos en línea en relación con el repertorio que representan, con arreglo a las normas definidas en la Directiva 2014/26/UE. De este modo, la concesión de licencias colectivas puede facilitar la obtención de autorizaciones de una amplia gama de titulares de derechos.

[11] El régimen de responsabilidad específico aplicable en virtud del artículo 17, apartado 4, cuando no se concede autorización se describe detalladamente en la sección III.1.

La posibilidad de licencias colectivas con efecto ampliado podría considerarse en casos específicos y para sectores concretos, siempre que cumplan todas las condiciones establecidas en la legislación de la UE, en particular en el artículo 12 de la Directiva. Estos sistemas podrían aplicarse, en particular, cuando resulte especialmente difícil identificar a todos los titulares de derechos y cuando los costes de la operación de obtención de derechos individuales sean excesivamente elevados (considerando 45). Si los Estados miembros desean permitir el uso de licencias colectivas con efecto ampliado en el contexto del artículo 17, tendrán que transponer el artículo 12 de la Directiva, que prevé una serie de salvaguardias para el uso de licencias colectivas con efecto ampliado. Los sistemas de licencias colectivas con efecto ampliado, que pueden introducirse a nivel nacional para los usos previstos en el artículo 17, solo se aplicarán a los usos nacionales[12].

ii) Autorizaciones para usuarios

Los Estados miembros deben transponer de forma expresa en su legislación el artículo 17, apartado 2, en virtud del cual una autorización concedida a los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea debe abarcar también los actos realizados por i) los usuarios que no actúen con carácter comercial o ii) los usuarios cuya actividad no genere ingresos significativos. El objetivo de esta disposición es garantizar la seguridad jurídica al mayor número posible de usuarios cuando carguen contenidos protegidos por derechos de autor.

Con arreglo a esta disposición, las autorizaciones concedidas a los prestadores de servicios deben abarcar los actos que entren en el ámbito de aplicación material de la autorización realizados por usuarios que pertenezcan a una de estas dos categorías (carácter no comercial *o* ingresos no significativos). La primera situación podría abarcar la puesta en común de contenidos sin ánimo de lucro, como los usuarios que cargan un vídeo doméstico, incluida la música de fondo. La segunda situación podría abarcar, por ejemplo, a los usuarios que cargan tutoriales, incluidas la música o las imágenes, y que generan unos ingresos publicitarios limitados. Basta con que un usuario cumpla alguna de estas condiciones para que esté cubierto por la autorización. Por otra parte, los usuarios que operen con carácter comercial u obtengan ingresos significativos de los contenidos que carguen quedarían excluidos del ámbito de aplicación o no estarían cubiertos por dicha autorización (a menos que las partes hayan acordado de forma expresa y por contrato que estos usuarios queden cubiertos).

Los Estados miembros no deben establecer umbrales cuantitativos al aplicar el concepto de «ingresos significativos». Este concepto debe examinarse caso por caso, teniendo en cuenta todas las circunstancias de la actividad del usuario de que se trate.

Los Estados miembros deben aplicar el concepto de autorización del artículo 17, apartado 2, a la luz del considerando 69, según el cual los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea no necesitan obtener una autorización aparte cuando los titulares de

[12] De conformidad con lo dispuesto en el artículo 12, apartado 6, la Comisión presentará, en el transcurso de 2021, un informe sobre el uso de licencias colectivas con efecto ampliado.

derechos ya hayan autorizado expresamente a los usuarios a cargar contenidos específicos. En estos casos, el acto de comunicación al público, incluido el acto de puesta a disposición, ya ha sido autorizado en el ámbito de la autorización concedida a los usuarios. Podría alentarse a los titulares de derechos a facilitar información a los prestadores de servicios sobre las diferentes autorizaciones que hayan concedido. El considerando 69 también señala que no se aplica ninguna presunción favorable a los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea de que sus usuarios han obtenido, en todos los casos, las autorizaciones necesarias para los contenidos que cargan.

Con el fin de incrementar la seguridad jurídica, los Estados miembros podrían animar tanto a los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea como a los titulares de derechos a facilitar información a los usuarios sobre los contenidos abarcados por las autorizaciones de los titulares de derechos, confiando a todos los interesados la decisión sobre la mejor manera de dar a conocer que existe una autorización. Esta transparencia podría contribuir a evitar el riesgo de bloqueo de utilizaciones lícitas (véase la sección VI).

V. ARTÍCULO 17, APARTADO 4: UN RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD ESPECÍFICO EN AUSENCIA DE AUTORIZACIÓN

El régimen de responsabilidad específico previsto en el artículo 17, apartado 4, solo se aplica en ausencia de autorización para actos de comunicación al público realizados por prestadores de servicios para compartir contenidos en línea en relación con actos de sus usuarios abarcados por el tenor del artículo 17, apartado 1. Por consiguiente, cuantas más autorizaciones se concedan en virtud del artículo 17, apartados 1 y 2, menos frecuente será el recurso al régimen del artículo 17, apartado 4.

El artículo 17, apartado 4, establece tres condiciones acumulativas que los prestadores de servicios pueden invocar como defensa frente a reclamaciones de responsabilidad. Deben demostrar que: a) han hecho los mayores esfuerzos por obtener una autorización; b) han hecho, de acuerdo con normas sectoriales estrictas de diligencia profesional, los mayores esfuerzos por garantizar la indisponibilidad de obras y prestaciones específicas respecto de las cuales los titulares de derechos les hayan facilitado la información pertinente y necesaria, y c) han actuado de modo expeditivo al recibir una notificación suficientemente motivada de los titulares de derechos, para inhabilitar el acceso a las obras u otras prestaciones notificadas o para retirarlas de sus sitios web, y han hecho los mayores esfuerzos por evitar que se carguen en el futuro las obras notificadas.

El artículo 17, apartado 4, está sujeto al principio de proporcionalidad recogido en el artículo 17, apartado 5, que establece que podrán tenerse en cuenta, entre otros, los siguientes elementos:

a) el tipo, la audiencia y la magnitud del servicio, así como el tipo de obras u otras prestaciones cargadas por los usuarios del servicio; y

b) la disponibilidad de medios adecuados y eficaces y su coste para los prestadores de servicios.

No se define el concepto de «mayores esfuerzos» y no se hace referencia alguna al Derecho nacional, por lo que se trata de un concepto autónomo del Derecho de la UE y debe ser transpuesto por los Estados miembros de conformidad con estas orientaciones e interpretarse a la luz de la finalidad y los objetivos del artículo 17 y del texto de todo el artículo.

Los Estados miembros deben velar por que se tenga en cuenta el principio de proporcionalidad establecido en el artículo 17, apartado 5, a la hora de evaluar si un prestador de servicios para compartir contenidos en línea ha hecho los mayores esfuerzos con arreglo al artículo 17, apartado 4, letras a) y b), y si ha cumplido lo dispuesto en el artículo 17, apartado 4, letra c). Esto es pertinente, en particular, para proteger la libertad de empresa de los prestadores de servicios.

Los Estados miembros también deben tener en cuenta que el artículo 17, apartado 4, está sujeto a las obligaciones establecidas en el artículo 17, apartado 7, a fin de garantizar que las utilizaciones lícitas no se vean afectados por la cooperación de los prestadores de servicios con los titulares de derechos, y en el artículo 17, apartado 8, según el cual el artículo 17 no debe transponerse ni aplicarse de un modo que dé lugar a una obligación general de supervisión. El artículo 17, apartado 4, también está sujeto a la obligación general del artículo 17, apartado 9, según la cual la Directiva no afectará en modo alguno a las utilizaciones lícitas. En la sección IV se explican las indicaciones sobre cómo podrían realizarse los mayores esfuerzos en la práctica.

1. MAYORES ESFUERZOS POR OBTENER UNA AUTORIZACIÓN [artículo 17, apartado 4, letra a)]

La primera condición del artículo 17, apartado 4, letra a), es que los prestadores de servicios sean responsables de los actos no autorizados de comunicación al público, incluidos los actos de puesta a disposición del público de contenidos protegidos por derechos de autor y derechos afines, a menos que demuestren haber hecho los mayores esfuerzos por obtener una autorización.

Las acciones llevadas a cabo por los prestadores de servicios para encontrar a los titulares de derechos o tratar con ellos deben evaluarse caso por caso a fin de determinar si constituyen los mayores esfuerzos por obtener una autorización. Por ejemplo, deben tenerse en cuenta elementos como las prácticas de mercado específicas en los diferentes sectores (por ejemplo, si la gestión colectiva es una práctica generalizada o no) o las medidas que los Estados miembros puedan haber adoptado para facilitar las autorizaciones, tales como los mecanismos de mediación voluntaria.

Para demostrar que han realizado los mayores esfuerzos, los prestadores de servicios deben, como mínimo, tratar de forma proactiva con los titulares de derechos que puedan ser identificados y localizados fácilmente, en particular con aquellos que representen un amplio catálogo de obras u otras prestaciones. En particular, el contacto proactivo con las sociedades

de gestión colectiva que actúen de conformidad con la Directiva 2014/26/UE para obtener una autorización debe considerarse un requisito mínimo para todos los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea.

Al mismo tiempo, de conformidad con el principio de proporcionalidad y teniendo en cuenta el volumen y la variedad de contenidos cargados por los usuarios, no debe esperarse que los prestadores de servicios busquen de forma proactiva a titulares de derechos que, aplicando un criterio razonable, no sean fácilmente identificables. A fin de facilitar la identificación de los titulares de derechos y la concesión de autorizaciones, los Estados miembros pueden promover el desarrollo de registros de titulares de derechos que puedan ser consultados por los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea, de conformidad —cuando proceda— con las normas de protección de datos.

Los esfuerzos por ponerse en contacto con los titulares de derechos a fin de obtener las autorizaciones necesarias deben evaluarse caso por caso, teniendo en cuenta, en particular, el tamaño y la audiencia del servicio y los diferentes tipos de contenidos que ofrece, incluidas las situaciones específicas en las que algunos tipos de contenidos solo aparezcan raramente en el servicio. Aunque puede esperarse que los grandes prestadores de servicios con una gran audiencia en varios Estados miembros o en todos ellos contacten a un elevado número de titulares de derechos para obtener autorizaciones, cabe esperar que los prestadores de servicios más pequeños con una audiencia limitada o nacional solo se pongan en contacto de forma proactiva con las entidades de gestión colectiva pertinentes y, posiblemente, con unos pocos titulares de derechos fácilmente identificables. Estos pequeños prestadores de servicios tendrían que asegurarse de que otros titulares de derechos puedan ponerse en contacto con ellos fácilmente, por ejemplo facilitando datos de contacto claros o herramientas *ad hoc* en su sitio web. Se les exigiría que se ocupasen de todos los titulares de derechos que se dirijan a ellos para ofrecer una licencia.

El artículo 17, apartado 6, establece un régimen especial de responsabilidad para los nuevos prestadores de servicios para compartir contenidos en línea con un volumen de negocios anual inferior a 10 millones EUR (véase la sección IV). No obstante, estos prestadores de servicios para compartir contenidos en línea concretos están obligados, a pesar de todo, a hacer los mayores esfuerzos para obtener una autorización de conformidad con el artículo 17, apartado 4, letra a). Por lo tanto, una evaluación caso por caso es esencial para garantizar que esta obligación impuesta a las empresas emergentes no les suponga una carga desproporcionada.

Cuando un prestador de servicios se ponga en contacto con un titular de derechos pero este se niegue a entablar negociaciones para conceder una autorización respecto de su contenido o rechace ofertas razonables hechas de buena fe, debe considerarse que el prestador de servicios ha cumplido con su obligación de hacer los mayores esfuerzos con arreglo al artículo 17, apartado 4, letra a). No obstante, para no ser responsable en caso de que el contenido no autorizado esté disponible en su servicio, el prestador de servicios aún tendría que demostrar que ha hecho los mayores esfuerzos a efectos del artículo 17, apartado 4, letras b) y c).

Los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea deben colaborar con aquellos titulares de derechos que deseen ofrecer una autorización respecto de sus contenidos, con independencia de si su tipo de contenido (por ejemplo, música, contenido audiovisual, imágenes o texto) es predominante o es menos común en el sitio web del prestador de servicios (por ejemplo, imágenes o texto para una plataforma de intercambio de vídeos).

No obstante, de conformidad con el principio de proporcionalidad, la cantidad y el tipo de contenido —incluida la cuestión de si este predomina o no en el sitio web del prestador de servicios— deben tenerse en cuenta a la hora de evaluar si se han hecho los mayores esfuerzos para obtener una autorización.

A la luz del considerando 61, cuando se negocien acuerdos de licencia, estos deberán ser justos y mantener un equilibrio razonable entre ambas partes. Los titulares de derechos y los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea deben tratar de celebrar un acuerdo lo antes posible. El considerando 61 también señala que los titulares de derechos deben recibir una remuneración adecuada por el uso de sus obras u otras prestaciones protegidas.

Por consiguiente, el concepto de «mayores esfuerzos» debe abarcar también los esfuerzos realizados por los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea, en cooperación con los titulares de derechos, para llevar a cabo negociaciones de buena fe y celebrar acuerdos de licencia justos. A tal fin, los prestadores de servicios deben ser transparentes con los titulares de derechos en lo que respecta a los criterios que tengan intención de utilizar para identificar y remunerar los contenidos cubiertos por el acuerdo, en particular cuando los prestadores de servicios utilicen tecnología de reconocimiento de contenidos para informar sobre los usos de los contenidos bajo licencia, y llegar a un acuerdo con los titulares de derechos en la medida de lo posible.

Puede considerarse que los prestadores de servicios que se nieguen a celebrar un acuerdo de licencia ofrecido en condiciones justas y que mantenga un equilibrio razonable entre las partes no han hecho los mayores esfuerzos para obtener una autorización. Por otra parte, no debe exigirse a los prestadores de servicios que acepten ofertas de celebración de contratos cuyas condiciones no sean justas y que no mantengan un equilibrio entre las partes. La cuestión de qué se entiende por condiciones justas y por un equilibrio razonable entre las partes se determinará caso por caso.

Las negociaciones para la concesión de licencias de derechos con entidades de gestión colectiva están sujetas a las obligaciones establecidas en el artículo 16 de la Directiva 2014/26/UE, incluida la necesidad de negociar de buena fe y de aplicar tarifas determinadas basándose en criterios objetivos y no discriminatorios[13].

[13] Sin embargo, esta obligación no impide a las entidades de gestión colectiva conceder licencias individualizadas a los prestadores de servicios en línea innovadores, lo que constituye un elemento importante para las negociaciones con nuevos prestadores de servicios para compartir contenidos en línea.

2. «MAYORES ESFUERZOS» PARA GARANTIZAR LA INDISPONIBILIDAD DE CONTENIDOS PROTEGIDOS ESPECÍFICOS [ARTÍCULO 17, APARTADO 4, letra b)]

La segunda condición establecida en el artículo 17, apartado 4, es que, a falta de autorización, los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea deben ser responsables de los actos de comunicación al público, incluida la puesta a disposición del público de sus usuarios, a menos que demuestren haber hecho los mayores esfuerzos, de conformidad con las normas sectoriales estrictas de diligencia profesional, para garantizar la indisponibilidad de obras y otras prestaciones específicas respecto de las que los titulares de derechos les hayan facilitado la información pertinente y necesaria («información pertinente y necesaria»).

Al transponer el artículo 17, apartado 4, letra b), en sus legislaciones nacionales, los Estados miembros deben tener presente que está sujeto al principio de proporcionalidad establecido en el artículo 17, apartado 5.

De conformidad con el artículo 17, apartado 4, letra b), solo deben hacerse los mayores esfuerzos para garantizar la indisponibilidad de obras y otras prestaciones específicas respecto de las que los titulares de derechos hayan facilitado a los prestadores de servicios la «información pertinente y necesaria». El considerando 66 especifica que, si los titulares de derechos no facilitan dicha información conforme a los requisitos del artículo 17, apartado 4, los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea no serán responsables de las cargas no autorizadas. Sin esta información, los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea no pueden actuar. Por consiguiente, la cooperación entre los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea y los titulares de derechos es esencial para garantizar la eficacia del artículo 17, apartado 4, letra b).

Los Estados miembros deben transponer el concepto de «información pertinente y necesaria» de conformidad con estas orientaciones y con los objetivos del artículo 17. La cuestión de si la información facilitada por los titulares de derechos es «pertinente» y «necesaria» debe evaluarse caso por caso. Los titulares de derechos también deben poder presentar esta información a través de terceros autorizados por ellos.

En el contexto del artículo 17, apartado 4, letra b), la información pertinente y necesaria debe facilitarse por adelantado.

El artículo 17, apartado 4, letra b), debe ejecutarse de manera tecnológicamente neutra y con garantías de cara al futuro. Por consiguiente, los Estados miembros no deben, en sus leyes de ejecución, ni exigir el uso de una solución tecnológica específica ni imponer soluciones tecnológicas específicas a los prestadores de servicios para demostrar que han hecho los mayores esfuerzos.

Los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea tienen que actuar de conformidad con las normas sectoriales estrictas de diligencia profesional a la hora de hacer los mayores esfuerzos para aplicar cualquier solución pertinente destinada a garantizar la indisponibilidad de contenidos no autorizados específicos respecto de los que se haya facilitado la información pertinente y necesaria. Como se subraya en el considerando 66, para evaluar si un prestador de servicios determinado ha hecho los mayores esfuerzos, «debe

tenerse en cuenta si el prestador de servicios ha tomado todas las medidas que tomaría un operador diligente para alcanzar el resultado de impedir que estén disponibles en su sitio web obras u otras prestaciones no autorizadas, teniendo en cuenta las mejores prácticas sectoriales y la eficacia de las medidas tomadas a la luz de todos los factores y desarrollos pertinentes».

Por lo tanto, a fin de determinar si un prestador de servicios para compartir contenidos en línea ha hecho los mayores esfuerzos en consonancia con las normas sectoriales estrictas de diligencia profesional, es especialmente pertinente examinar las prácticas del sector existentes en el mercado en un momento dado. Esto incluye el uso de tecnología o de soluciones tecnológicas particulares. Como se aclara en el considerando 66, «*las medidas tomadas por los prestadores de servicios deben ser eficaces en relación con los objetivos perseguidos*». No obstante, los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea deben conservar la libertad de elegir la tecnología o la solución para cumplir la obligación de hacer los mayores esfuerzos en su situación específica.

Las presentes orientaciones no tienen por objeto recomendar el uso de ninguna tecnología o solución específica. Debe darse flexibilidad a los titulares de derechos y a los prestadores de servicios para alcanzar acuerdos de cooperación que convengan a ambas partes con vistas a garantizar la indisponibilidad de contenidos no autorizados. Es probable que estos acuerdos evolucionen con el tiempo, especialmente si están basados en la tecnología. En principio, el uso de tecnología, como el reconocimiento de contenidos, no debe requerir por sí mismo la identificación de los usuarios que carguen su contenido, sino que, si procede, deben respetarse las normas pertinentes en materia de protección de datos, incluidos los principios de minimización de datos y de limitación de la finalidad.

En lo que respecta a las actuales prácticas de mercado, el diálogo entre las partes interesadas y la Comisión puso de manifiesto que la tecnología de reconocimiento de contenidos se utiliza actualmente de forma habitual para gestionar el uso de contenidos protegidos por derechos de autor, al menos por parte de los principales prestadores de servicios para compartir contenidos en línea y por lo que se refiere a determinados tipos de contenidos. La tecnología de reconocimiento de contenidos basada en las huellas digitales parece ser muy utilizada por los principales prestadores de servicios en lo que respecta a los contenidos de vídeo y audio[14]. Sin embargo, esta tecnología concreta no debe considerarse necesariamente una norma de mercado, especialmente para los prestadores de servicios más pequeños.

En el diálogo con las partes interesadas también se hizo referencia a otras tecnologías que permiten la detección de contenidos no autorizados, entre ellas el *hashing*[15]

14 Esta tecnología funciona con la huella digital de la obra del titular de derechos, que se coteja con el contenido cargado por los usuarios en el servicio.

15 El *hashing* es una técnica mediante la cual un archivo se transforma en una cadena de cifras denominada «código *hash*». Este código *hash* permite identificar una carga por parte de un usuario y, por tanto, detectar contenidos potencialmente no autorizados. La diferencia con respecto a las huellas digitales es, según algunos puntos de vista, que la detección de contenidos no autorizados funciona, en particular, cuando el archivo cargado es idéntico a la obra que ha sido objeto de *hashing* (a diferencia de las huellas digitales, que pueden reconocer incluso diferencias).

(direccionamiento calculado), la marca de agua[16] digital, el uso de metadatos[17], la búsqueda de palabras clave[18] o una combinación de diferentes tecnologías. Algunos prestadores de servicios han desarrollado soluciones internas, mientras que otros han adquirido los servicios de terceros. Por lo tanto, en muchos casos, se espera que los prestadores de servicios confíen (o sigan confiando) en diferentes herramientas tecnológicas para cumplir con la obligación que les impone el artículo 17, apartado 4, letra b).

La evaluación de si un prestador de servicios para compartir contenidos en línea ha hecho los mayores esfuerzos con arreglo a la letra b) en relación con contenidos protegidos específicos para los que se ha facilitado previamente la información pertinente y necesaria debe realizarse caso por caso, de conformidad con el principio de proporcionalidad establecido en el artículo 17, apartado 5, y respetando el artículo 17, apartados 7 a 9. En la práctica, esto significa que no debe esperarse que los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea apliquen las soluciones más costosas o sofisticadas si ello fuese desproporcionado en su caso concreto. Esto también se aplica en el caso de los contenidos designados por los titulares de derechos pertinentes como contenidos cuya disponibilidad podría causarles un perjuicio importante, tal como se explica en la sección VI. Por otra parte, según se explica en el considerando 66, no puede excluirse que, en algunos casos, los contenidos no autorizados solo puedan evitarse tras una notificación de los titulares de derechos[19]. Esto puede considerarse proporcional, por ejemplo, en el caso de contenidos para los que no sea posible obtener fácilmente en el mercado una tecnología o cuando, en un momento dado, no se haya desarrollado aún tecnología alguna.

Los Estados miembros deben tener en cuenta los siguientes elementos:

- Tipo, magnitud y audiencia del servicio: cabe esperar que los prestadores de servicios más grandes con una audiencia significativa apliquen soluciones o tecnologías más avanzadas que otros prestadores de servicios con audiencia y recursos limitados. Podría resultar más proporcionado esperar que los prestadores de servicios más pequeños recurran a soluciones más sencillas (como los metadatos o las búsquedas por palabras clave), siempre que estas soluciones no den lugar a un bloqueo excesivo de contenidos contrario a lo dispuesto en los apartados 7 y 9.

[16] La *marca de agua* (*watermarking*) digital es una solución que consiste en incorporar una marca de agua al archivo original, lo cual permite su reconocimiento, una vez cargado, a partir de esa marca de agua, que actúa como firma.

[17] El uso de *metadatos* permite rastrear si se ha cargado una obra dada a partir de los metadatos relacionados con el contenido, como el nombre del autor o el título de la obra.

[18] La *búsqueda por palabras clave* se mencionó, en particular, como solución para los prestadores de servicios más pequeños, que pueden no tener los medios para aplicar tecnologías más complejas y costosas. Esta es la técnica más sencilla: un servicio busca manualmente en su sitio web, por ejemplo, el título de una determinada canción o el nombre de un artista intérprete o ejecutante para detectar contenidos que puedan constituir una infracción.

[19] Esto se aplica con independencia de que el servicio en cuestión cumpla o no los criterios del artículo 17, apartado 6.

- También deben tenerse en cuenta la disponibilidad de medios adecuados y eficaces y los costes correspondientes, por ejemplo cuando los prestadores de servicios compren soluciones a terceros o proveedores de tecnología y cuando estas se desarrollen de forma interna, así como los costes relacionados con el examen por parte de personas en el contexto de litigios (véase la sección IV). También debe tenerse en cuenta el coste acumulativo de las diferentes soluciones que pueda tener que aplicar un prestador de servicios, así como las limitaciones de las tecnologías en función del tipo de contenido. Por ejemplo, pueden ser necesarias diferentes soluciones para diferentes tipos de contenidos (por ejemplo, las tecnologías de reconocimiento de contenidos para la música pueden no ser las mismas que para las imágenes fijas y pueden ser desarrolladas por diferentes proveedores de tecnología). También debe tenerse en cuenta el coste acumulativo cuando los propios titulares de derechos hayan desarrollado diferentes soluciones protectoras que requieran que los prestadores de servicios utilicen diferentes programas informáticos (por ejemplo, para soluciones de marca de agua diferentes).

- El tipo de contenido cargado por los usuarios: cuando un servicio pone a disposición diferentes tipos de contenidos, las acciones que deben emprenderse pueden variar en función de si el contenido predomina en su sitio web o de si es menos común, siempre que se cumpla la obligación de hacer los mayores esfuerzos. Cabe esperar que los prestadores de servicios implanten soluciones más complejas en relación con los primeros que con los segundos.

Por último, los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea podrían, en función de la escala de los contenidos disponibles en sus servicios, optar por proporcionar diferentes herramientas a los distintos titulares de derechos, siempre que las soluciones les permitan cumplir su obligación de hacer los mayores esfuerzos a efectos del artículo 17, apartado 4, letra b).

La información en cuestión debe ser exacta para que los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea puedan actuar. Lo que pueda constituir información «pertinente» variará en función de las obras de que se trate y de las circunstancias de las obras u otras prestaciones específicas. La información debe ser, como mínimo, exacta en cuanto a los derechos de propiedad de la obra o prestación concreta de que se trate. Lo que pueda considerarse «necesario» variará en función de las soluciones aplicadas por los prestadores de servicios. Debe permitir a los prestadores de servicios aplicar eficazmente sus soluciones tecnológicas (cuando se utilicen). Por ejemplo, cuando se utilicen huellas digitales, se podrá pedir a los titulares de derechos que faciliten una huella digital de la obra o prestación específica o un archivo cuyas huellas digitales serán tomadas por el propio prestador de servicios, junto con información sobre la titularidad de los derechos. Cuando se utilizan soluciones basadas en metadatos, la información facilitada puede consistir, por ejemplo, en el título, el autor o productor, la duración, la fecha u otra información pertinente y necesaria para que los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea tomen medidas. En este contexto, es importante que los metadatos facilitados por los titulares de derechos no se eliminen posteriormente.

Al mismo tiempo, dado que la cooperación es clave, el concepto de «información necesaria y pertinente» presupone que los prestadores de servicios tengan en cuenta la naturaleza y la calidad de la información que los titulares de derechos pueden proporcionar de manera realista. A este respecto, se debe animar a los titulares de derechos y a los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea a cooperar respecto de la mejor manera de abordar la cuestión de la identificación de las obras.

Al facilitar la información pertinente y necesaria a los prestadores de servicios, los titulares de derechos podrán optar por designar contenidos específicos protegidos por derechos de autor y derechos afines cuya disponibilidad en línea no autorizada pueda causarles un perjuicio económico significativo. La designación previa por los titulares de derechos de tales contenidos puede ser un factor que deba tenerse en cuenta a la hora de evaluar si los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea han hecho los mayores esfuerzos por garantizar la indisponibilidad de estos contenidos específicos y si lo han hecho de conformidad con las salvaguardias para utilizaciones lícitas previstas en el artículo 17, apartado 7, como se explica en la parte VI.

3. 3. «NOTIFICACIÓN Y RETIRADA» Y «NOTIFICACIÓN Y NO REPOSICIÓN» [ARTÍCULO 17, APARTADO 4, LETRA c)]

La tercera condición establecida en el artículo 17, apartado 4, letra c), es que los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea deben ser responsables de los actos no autorizados de comunicación al público, incluida la puesta a disposición del público, a menos que demuestren que han actuado de modo expeditivo, tras recibir una notificación suficientemente motivada de los titulares de derechos, para inhabilitar el acceso a las obras u otras prestaciones notificadas o para retirarlas de sus sitios web, y que han hecho los mayores esfuerzos por evitar futuras cargas de conformidad con el artículo 17, apartado 4, letra b).

Este sistema de notificación y retirada y de notificación y no reposición se aplica cuando los contenidos no autorizados están disponibles en los sitios web de los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea. En la práctica, los principales escenarios en los que pueden ofrecerse contenidos no autorizados que requieran la adopción de medidas con arreglo al artículo 17, apartado 4, letra c), son los siguientes:

i) Los titulares de derechos no han facilitado previamente a los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea la información «pertinente y necesaria» con arreglo al artículo 17, apartado 4, letra b), para evitar la disponibilidad de contenidos no autorizados. Actúan *a posteriori*, una vez que un determinado contenido está disponible, para solicitar su retirada y su no reposición basándose en la información pertinente y necesaria de los titulares de derechos; o

ii) los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea han hecho los mayores esfuerzos por evitar contenidos no autorizados con arreglo al artículo 17, apartado 4, letra b), pero, a pesar de estos esfuerzos, los contenidos no autorizados

acaban estando disponibles razones objetivas, por ejemplo, cuando algunos contenidos no pueden ser reconocidos debido a las limitaciones inherentes a las tecnologías; o

iii) en algunos casos específicos, cabe esperar que los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea actúen únicamente después de que los titulares de derechos hayan realizado una notificación, como se explica en el considerando 66.

Los «mayores esfuerzos» que deben realizar los prestadores de servicios para evitar futuras cargas de obras notificadas deben abordarse de la misma manera que en relación con el artículo 17, apartado 4, letra b), como se explica en la subsección 2. La evaluación de si los prestadores de servicios han realizado los mayores esfuerzos debe realizarse caso por caso y teniendo en cuenta el principio de proporcionalidad establecido en el artículo 17, apartado 5.

Los Estados miembros deben tener en cuenta que la aplicación del artículo 17 no debe dar lugar a ninguna obligación general de supervisión, tal como se establece en el apartado 8, y que las utilizaciones lícitas deben protegerse con arreglo a lo dispuesto en los apartados 7 y 9, como se explica con más detalle en la sección VI. Esto es especialmente pertinente de cara a la aplicación de la segunda parte de la letra c), según la cual los prestadores de servicios deben hacer los mayores esfuerzos para evitar futuras cargas de obras notificadas.

Al igual que sucede en el caso del artículo 17, apartado 4, letra b), los titulares de derechos deben facilitar determinada información antes de que el prestador de servicios para compartir contenidos en línea pueda actuar.

Al ejecutar el artículo 17, apartado 4, letra c), los Estados miembros deben diferenciar claramente el tipo de información facilitada por los titulares de derechos en la «notificación suficientemente motivada» para la retirada de contenidos [la parte de la letra c) relativa a la «retirada»] de la «información pertinente y necesaria» que proporcionan con el fin de evitar futuras cargas de obras notificadas [la parte de la letra c) relativa a la «no reposición», que remite a la letra b)].

Por lo que se refiere a la información que debe facilitarse para el cumplimiento de la obligación de retirada con arreglo al apartado 4, letra c), y, en concreto, a los elementos que deben incluirse en la «notificación suficientemente justificada», la Comisión recomienda a los Estados miembros que sigan en su ejecución la Recomendación de la Comisión sobre medidas para combatir eficazmente los contenidos ilícitos en línea[20]. En los puntos 6 a 8 de la Recomendación se enumeran los elementos que podrían incluirse en las notificaciones. Es necesario que las notificaciones «sean suficientemente precisas y estén debidamente fundamentadas» para que los prestadores de servicios puedan adoptar «una decisión con conocimiento de causa y diligentemente por lo que respecta a los contenidos a los que se refiera la notificación, en particular si deben considerarse ilícitos o no». En particular, las

[20] Véase la Comunicación de la Comisión de 1 de marzo de 2018, disponible en: https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/commission-recommendation-measures-effectively-tackle-illegal-content-online

notificaciones deben contener una explicación de las «razones por las que el notificador considera que esos contenidos son ilícitos y una indicación clara de su localización». Esta información concreta no se exigiría necesariamente en virtud del artículo 17, apartado 4, letra b), sino que debería exigirse, como norma general, con arreglo al artículo 17, apartado 4, letra c), primera parte. La Recomendación también prevé la posibilidad de que los notificadores incluyan en las notificaciones, si así lo desean, sus datos de contacto.

Por lo que se refiere a la denominada obligación de «no reposición», el artículo 17, apartado 4, letra c), segunda parte, exige a los prestadores de servicios que hagan los mayores esfuerzos por evitar futuras cargas de las obras u otras prestaciones notificadas por los titulares de derechos. Esta disposición remite a la letra b) del mismo apartado, lo que significa que, para que los prestadores de servicios puedan hacer los mayores esfuerzos por evitar futuras cargas con arreglo a esta disposición, los titulares de derechos deben proporcionarles el mismo tipo de información «pertinente y necesaria» que para la aplicación de la letra b). Esto significa, por ejemplo, que si un prestador de servicios utiliza tecnologías de huellas digitales para evitar futuras cargas de obras notificadas, recibir como información únicamente los datos facilitados en una notificación sería insuficiente. En este caso, para que los prestadores de servicios puedan evitar futuras cargas de obras notificadas, los titulares de derechos tendrían que facilitar a los prestadores de servicios huellas digitales o archivos de contenido.

4. RÉGIMEN ESPECÍFICO DE RESPONSABILIDAD PARA LOS NUEVOS PRESTADORES DE SERVICIOS [ARTÍCULO 17, APARTADO 6)]

El artículo 17, apartado 6, establece un régimen específico de responsabilidad con condiciones diferentes para las empresas «nuevas» que lleven operando en la UE menos de tres años y tengan un volumen de negocios anual inferior a 10 millones de euros.

Al ejecutar el artículo 17, apartado 6, los Estados miembros no deben ir más allá de las condiciones establecidas en la Directiva y han tener en cuenta que este régimen de responsabilidad más ligero tiene por objeto tener en cuenta el caso específico de las nuevas empresas que trabajan con cargas de usuarios para desarrollar nuevos modelos de negocio, tal como se explica en el considerando 67.

Por lo que se refiere al volumen de negocios anual, el artículo 4 de la Recomendación 2003/361/CE de la Comisión es de gran pertinencia. En la *Guía del Usuario sobre la definición del concepto de pyme*[21], elaborada por los servicios de la Comisión, se ofrecen orientaciones más detalladas sobre cómo calcular el volumen de negocios, incluido en aquellos casos en que una empresa pueda tener relaciones con otras empresas.

[21]https://ec.europa.eu/regional_policy/sources/conferences/state-aid/sme/smedefinitionguide_en.pdf

El artículo 17, apartado 6, establece un sistema dual con normas diferentes aplicables a los «nuevos» prestadores de servicios en función de la audiencia a la que atraigan. En particular:

a) si estos «nuevos» prestadores de servicios tienen menos de cinco millones de visitantes únicos, están obligados a hacer los mayores esfuerzos por obtener una autorización [artículo 17, apartado 4, letra a)] y deben cumplir con la obligación de «notificación y retirada» prevista en el artículo 17, apartado 4, letra c), primera parte;

b) si estos «nuevos» prestadores de servicios tienen más de 5 millones de visitantes únicos, están sujetos a las mismas obligaciones de hacer los mayores esfuerzos por obtener una autorización y de «notificación y retirada» que los prestadores de servicios con una audiencia menor, pero, además, también deben cumplir la obligación de evitar futuras cargas de obras notificadas con arreglo al artículo 17, apartado 4, letra c), segunda parte (obligación de «no reposición»).

La condición de hacer los mayores esfuerzos por garantizar la indisponibilidad de contenidos no autorizados, prevista en el artículo 17, apartado 4, letra b), no es aplicable a ninguna de las dos categorías de prestadores de servicios.

El importante factor de diferenciación entre las dos categorías de prestadores de servicios es el *número de visitantes únicos mensuales*. El artículo 17, apartado 6, especifica que el promedio de visitantes únicos mensuales de dichos prestadores de servicios se ha de calcular sobre la base del año civil anterior. Como se explica con más detalle en el considerando 66, en este cálculo se deben incluir los visitantes de todos los Estados miembros. Las normas de privacidad y protección de datos deben respetarse al calcular el número de visitantes únicos.

Al evaluar si los «nuevos» prestadores de servicios han cumplido sus obligaciones respectivas para evitar la responsabilidad por actos no autorizados de comunicación al público, como se ha señalado anteriormente, debe tenerse en cuenta el principio de proporcionalidad establecido en el artículo 17, apartado 5[22]. Esto significa que los mayores esfuerzos que cabe esperar de los «nuevos» prestadores de servicios para obtener una autorización pueden diferir en función de su situación específica (como se explica en la sección III).

Por lo que se refiere a los mayores esfuerzos que deben realizar los «nuevos» prestadores de servicios con *más* de cinco millones de visitantes únicos mensuales para *evitar futuras cargas de obras notificadas*, cabe esperar menos de ellos que de los prestadores de servicios contemplados en el artículo 17, apartado 4. Sería proporcionado que recurriesen a soluciones menos complejas y menos costosas.

Al aplicar soluciones para evitar futuras cargas, deben cumplirse las salvaguardias para los usuarios legítimos que figuran en el artículo 17, apartado 7, y en el artículo 17, apartado 9, tal como se indica en la sección IV, en particular si los «nuevos» prestadores de servicios aplican herramientas automatizadas de reconocimiento de contenidos.

[22]El artículo 17, apartado 6, remite al artículo 17, apartado 4, al que se hace referencia en el artículo 17, apartado 5.

VI. SALVAGUARDIAS PARA LAS UTILIZACIONES LÍCITAS DE CONTENIDOS (artículo 17, apartado 7) Y MECANISMO DE RECLAMACIÓN Y RECURSO PARA LOS USUARIOS (artículo 17, apartado 9)

El artículo 17, apartado 7, y el artículo 17, apartado 9, establecen que ninguna acción emprendida conjuntamente por los prestadores de servicios y los titulares de derechos dará lugar a la indisponibilidad de contenidos que no infrinjan los derechos de autor o derechos afines, incluso en los casos en que ello se deba a la aplicación de una excepción o limitación. Este uso no constitutivo de una infracción se denomina a menudo «utilización lícita». Además, el artículo 17, apartado 7, también establece que los Estados miembros deben velar por que los usuarios de cada Estado miembro puedan invocar las excepciones o limitaciones vigentes en materia de cita, crítica, reseña y usos a efectos de caricatura, parodia o pastiche al cargar y poner a disposición contenidos generados por usuarios en los servicios para compartir contenidos en línea. Las obligaciones del artículo 17, apartado 7, y el artículo 17, apartado 9, revisten especial importancia respecto de la aplicación de los «mayores esfuerzos» con arreglo al artículo 17, apartado 4.

Los Estados miembros deben transponer de forma expresa a su legislación el texto del artículo 17, apartado 7, párrafo primero, relativo a los usos que no infringen los derechos de autor.

Los Estados miembros también están obligados a transponer a sus legislaciones nacionales las excepciones obligatorias del artículo 17, apartado 7, párrafo segundo, relativas al uso de contenidos generados por usuarios en servicios para compartir contenidos en línea para:

a) citas, críticas o reseñas;

b) usos a efectos de caricatura, parodia o pastiche.

Las excepciones o limitaciones de la Directiva 2001/29/CE son de carácter opcional, se aplican a todos los usuarios y, en caso de cita, crítica y reseña, están sujetas a la aplicación de condiciones específicas. En cambio, las excepciones y limitaciones particulares del artículo 17, apartado 7, son de ejecución obligatoria para los Estados miembros, se aplican de forma específica y solo al entorno en línea y a todos los usuarios cuando cargan y ponen a disposición contenidos generados por los usuarios en servicios para compartir contenidos en línea, y no existen condiciones adicionales para su aplicación.

Es importante tener presente que, en relación con los distintos derechos fundamentales que pueden verse afectados, el legislador de la Unión ha optado por hacer obligatorias estas excepciones o limitaciones particulares. El considerando 70 explica que permitir a los usuarios que carguen y pongan a disposición contenidos generados por ellos a los efectos previstos por las excepciones o limitaciones del artículo 17, apartado 7, es especialmente

importante para «lograr un equilibrio entre los derechos fundamentales establecidos en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en lo sucesivo, "Carta"), en particular la libertad de expresión y la libertad artística, y el derecho de propiedad, incluida la propiedad intelectual».

i) Utilizaciones lícitas con arreglo al artículo 17, apartados 7 y 9

Las utilizaciones lícitas que no infringen los derechos de autor o derechos afines pueden incluir: a) las utilizaciones amparadas por excepciones y limitaciones; b) las utilizaciones por quienes posean o hayan obtenido los derechos sobre el contenido que cargan o las utilizaciones cubiertas por la autorización con arreglo al artículo 17, apartado 2; y c) las utilizaciones de contenidos no cubiertos por derechos de autor o derechos afines, en particular obras de dominio público o, por ejemplo, contenidos respecto de los cuales no se alcance el umbral de originalidad o no se cumpla cualquier otro requisito relativo al umbral de protección.

Por lo que respecta a las utilizaciones amparadas por excepciones y limitaciones, las mencionadas excepciones establecidas en el artículo 17, apartado 7, deben interpretarse como conceptos autónomos del Derecho de la UE y considerarse en el contexto específico de esta disposición[23]. Los Estados miembros que puedan haber transpuesto ya estas excepciones en virtud de la Directiva 2001/29/CE deben revisar su legislación y, en caso necesario, modificarla para asegurarse de que se ajusta a lo dispuesto en el artículo 17, apartado 7, especialmente en lo relativo al entorno en línea. Los Estados miembros cuya legislación no prevea estas excepciones o limitaciones tendrán que transponerlas, como mínimo, para los usos previstos en el artículo 17.

Por lo que se refiere a los conceptos de cita y parodia, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha indicado que, dado que estos conceptos no están definidos en la Directiva 2001/29/CE, el significado y el alcance de estos términos deben determinarse conforme a su sentido habitual en el lenguaje corriente, teniendo también en cuenta el contexto en el que se utilizan y los objetivos perseguidos por la normativa de la que forman parte.[24] El mismo planteamiento puede aplicarse a los conceptos de pastiche, crítica y reseña, que no se definen en el artículo 17, apartado 7.

Los Estados miembros deben transponer o adaptar las excepciones y limitaciones obligatorias del artículo 17, apartado 7, de un modo que permita una aplicación coherente con la Carta de

[23] Véase el asunto C-201/13, Deckmyn, apartado 14 «[...] el tenor de una disposición de Derecho de la Unión que no contenga una remisión expresa al Derecho de los Estados miembros para determinar su sentido y su alcance normalmente debe ser objeto en toda la Unión Europea de una interpretación autónoma y uniforme que debe buscarse teniendo en cuenta el contexto de dicha disposición y el objetivo que la normativa de que se trate pretende alcanzar (sentencia Padawan, C□467/08, EU:C:2010:620, apartado 32 y jurisprudencia citada)».

[24] Asunto C-476/17, Pelham, apartado 70; y asunto C-201/13, Deckmyn, apartado 19.

los Derechos Fundamentales[25] y que garantice su eficacia de conformidad con la jurisprudencia del TJUE[26].

La referencia a las utilizaciones lícitas en el artículo 17, apartados 7 y 9, debe abarcar también las utilizaciones que puedan estar abarcadas por otras excepciones y limitaciones previstas en la Directiva 2001/29/CE, que son opcionales para los Estados miembros. Estas excepciones y limitaciones serán aplicables en el contexto del artículo 17 si los Estados miembros las han incorporado a su legislación nacional. Las excepciones y limitaciones opcionales más pertinentes podrían ser, por ejemplo, la inclusión incidental[27] y el uso de obras, tales como obras de arquitectura o escultura, realizadas para estar situadas de forma permanente en lugares públicos[28].

Entre las utilizaciones lícitas a efectos del artículo 17, apartado 7, figuran también los usos autorizados, es decir, usos en los que un cargador tiene todos los derechos pertinentes sobre los contenidos cargados, bien porque el cargador ha creado el contenido cargado y no contiene ningún contenido de terceros, bien porque ha obtenido todas las autorizaciones necesarias de los titulares de derechos. Este último caso abarcaría, por ejemplo, las cargas efectuadas por usuarios profesionales —como los organismos de radiodifusión— cuando hayan adquirido todos los derechos necesarios.

Por último, el concepto de las «utilizaciones lícitas» incluye también los usos de contenidos no protegidos por derechos de autor o derechos afines, en particular las obras de dominio público, es decir, las obras cuyo plazo de protección ha expirado y que, por tanto, ya no están protegidas por derechos de autor; y el material que no cumple los criterios de protección a la luz de la jurisprudencia del TJUE[29].

ii) Aplicación del artículo 17, apartado 4, de conformidad con el artículo 17, apartados 7 y 9

El artículo 17, apartado 7, según el cual la cooperación entre los prestadores de servicios y los titulares de derechos no ha de dar lugar a que se impida la disponibilidad de contenidos lícitos, debe interpretarse en relación con las disposiciones sobre los «mayores esfuerzos» del artículo 17, apartado 4, dado que es en ese contexto en el que se produce la cooperación: en relación con los contenidos para los que no se ha concedido autorización alguna. La necesidad de que los prestadores de servicios y los titulares de derechos respeten las utilizaciones lícitas debe tenerse en cuenta a la hora de evaluar si un prestador de servicios ha hecho los mayores esfuerzos con arreglo al artículo 17, apartado 4, letra b), y letra c),

[25] Por ejemplo, asunto C-516/17, Spiegel online, apartado 52; y asunto C-314/12, UPC Telekabel Wien, apartado 46.

[26] Por ejemplo, asunto C-145/10, Eva Painer, apartado 133; y asunto C-117/13, Technische Universität Darmstad, apartado 43.

[27] Artículo 5, apartado 3, letra i), de la Directiva 2001/29/CE.

[28] Artículo 5, apartado 3, letra i), de la Directiva 2001/29/CE. La Comisión recomendó específicamente a los Estados miembros que transpusieran esta excepción en su Comunicación *«Promover una economía europea fundada en los derechos de autor justa, eficiente y competitiva en el mercado único digital»*, COM (2016) 592.

[29] Asunto C-469/17, Funke Medien, apartados 18 a 20.

segunda parte, independientemente de la solución o la tecnología específica aplicada por el servicio.

El mecanismo de reclamación y recurso previsto en el artículo 17, apartado 9, (véase la sección siguiente) se aplica de forma adicional a las obligaciones establecidas en el artículo 17, apartado 7. Por lo tanto, no bastaría con que la transposición y la aplicación del artículo 17, apartado 7, restablezcan *a posteriori* los contenidos lícitos con arreglo al artículo 17, apartado 9, una vez que hayan sido eliminados o bloqueados.

La aplicación de la obligación de resultado del artículo 17, apartado 7, es especialmente pertinente cuando los prestadores de servicios aplican tecnologías de reconocimiento automatizado de contenidos con arreglo al artículo 17, apartado 4. Con el estado actual de la técnica, ninguna tecnología puede evaluar con la precisión exigida por la norma jurídica si los contenidos que un usuario desea cargar son constitutivos de infracción o si se trata de una utilización lícita. No obstante, la tecnología de reconocimiento de contenidos puede identificar contenidos específicos protegidos por derechos de autor respecto de los cuales los titulares de derechos hayan facilitado información pertinente y necesaria a los prestadores de servicios.

Por consiguiente, a fin de garantizar en la práctica el cumplimiento del artículo 17, apartado 7, y de que no se vean afectadas las utilizaciones lícitas, incluidos los usos amparados por excepciones y limitaciones, cuando una carga coincida con un archivo específico facilitado por los titulares de derechos, el bloqueo automático —es decir, la prevención de la carga mediante el uso de tecnología— debe limitarse, en principio, a aquellas cargas que constituyan una infracción manifiesta.

Como se indica más detalladamente a continuación, otras cargas que no constituyan una infracción manifiesta deben, en principio, aparecer en línea y ser objeto de un examen *a posteriori* por parte de personas cuando los titulares de derechos se opongan mediante el envío de una notificación.

Este planteamiento, según el cual los prestadores de servicios deben determinar en el momento de la carga si los contenidos constituyen o no una infracción manifiesta, es una norma práctica razonable para determinar si una carga debe bloquearse o aparecer en línea y para garantizar el cumplimiento del artículo 17, apartado 7, teniendo en cuenta las limitaciones existentes de la tecnología. La discriminación entre contenidos que constituyen una infracción manifiesta y otros contenidos por medios automatizados no constituye una evaluación jurídica de la licitud de una carga, ni tampoco de si esta está amparada por una excepción. Por lo tanto, los criterios aplicados para efectuar esta distinción no deben afectar a los mayores esfuerzos que deben realizar los prestadores de servicios para obtener una autorización con arreglo al artículo 17, apartado 4, letra a).

* * *

En la práctica, cuando los prestadores de servicios apliquen herramientas de reconocimiento de contenidos, deben tener en cuenta la información facilitada por los titulares de derechos

sobre sus contenidos específicos con el fin de determinar si una carga concreta constituye una infracción manifiesta o no[30]. Al mismo tiempo, los titulares de derechos deben tener en cuenta las utilizaciones lícitas al facilitar instrucciones a los prestadores de servicios. Los contenidos respecto de los cuales los titulares de derechos no hayan dado instrucciones de bloqueo al prestador de servicios para compartir contenidos en línea no deben considerarse manifiestamente infractores.

Los criterios pertinentes para detectar las cargas manifiestamente infractoras en la práctica podrían incluir la duración o el tamaño del contenido detectado utilizado en la carga, la proporción del contenido coincidente o identificado en relación con la carga completa (por ejemplo, si el contenido coincidente se utiliza aisladamente o en combinación con otros contenidos) y el nivel de modificación de la obra (por ejemplo, si la carga solo coincide parcialmente con el contenido identificado porque ha sido modificado por el usuario). Estos criterios podrían aplicarse teniendo en cuenta el tipo de contenido, el modelo de negocio[31] y el riesgo de perjuicio económico significativo para los titulares de derechos.

Normalmente, las coincidencias exactas de obras completas o de proporciones significativas de una obra deben considerarse manifiestamente infractoras (por ejemplo, cuando la grabación de una canción entera se utiliza como fondo en un vídeo creado por el usuario). Este sería también el caso de las cargas de una obra original que haya sido simplemente modificada o distorsionada técnicamente para evitar su detección (como en los casos en que a la imagen se le añade un marco exterior o se le da la vuelta ciento ochenta grados).

Por otra parte, una carga que solo coincida parcialmente con la información facilitada por los titulares de derechos porque el usuario ha modificado significativamente la obra de forma creativa, por ejemplo añadiendo elementos a una imagen para crear un meme, no constituiría normalmente una infracción manifiesta (este ejemplo puede quedar abarcado por la excepción paródica).

Otro ejemplo de cargas que, por regla general, no deben considerarse manifiestamente infractoras son las que incluyen extractos breves que representan una pequeña proporción del total de la obra identificada por los titulares de derechos (tales utilizaciones pueden quedar abarcadas por la excepción relativa a las citas). Este podría ser el caso de los vídeos

[30] Este planteamiento tiene en cuenta las prácticas de mercado actuales de cooperación entre titulares de derechos y prestadores de servicios. Por ejemplo, cuando los titulares de derechos proporcionan a los prestadores de servicios una huella digital o un archivo con información sobre los derechos pertinentes para sus contenidos específicos, también proporcionan a los prestadores de servicios instrucciones sobre si esos contenidos deben bloquearse y en qué circunstancias —si se reconocen en las cargas de los usuarios—, teniendo en cuenta las diferentes características de la carga. El diálogo entre las partes interesadas ha puesto de manifiesto que, actualmente, existen ya algunos titulares de derechos que pueden ordenar a los prestadores de servicios que apliquen cierto margen de tolerancia para permitir la disponibilidad de algunos contenidos no autorizados, por ejemplo, extractos de películas de corta duración.

[31] Por ejemplo, un gran número de extractos muy breves cargados en un servicio podría causar un perjuicio importante a los titulares de derechos si se consideran conjuntamente de forma agregada. Existen servicios que han estructurado su modelo de negocio en torno a la utilización a gran escala de contenidos breves, por ejemplo extractos de música de muy corta duración.

generados por los usuarios que incluyan un extracto de una película o de una canción[32]. La duración de un extracto no es, en sí misma, un criterio jurídico para determinar si una utilización es lícita. Sin embargo, se trata de una indicación pertinente —junto con el contexto de la utilización— de que una carga determinada puede estar abarcada por una de las excepciones establecidas en el Derecho de la UE. Según la jurisprudencia del TJUE[33], corresponde a los Estados miembros garantizar la eficacia de las excepciones y permitir que se cumpla su finalidad, a fin de salvaguardar un justo equilibrio entre los derechos e intereses de las diferentes categorías de titulares de derechos y usuarios de prestaciones protegidas. De ello se deduce que la interpretación del artículo 17 debe permitir que se garantice la eficacia de las excepciones y que se cumpla su finalidad, ya que tal exigencia reviste especial importancia cuando dichas excepciones tienen por objeto garantizar el respeto de las libertades fundamentales.

También puede haber casos más complejos en los que sea necesario tener en cuenta criterios adicionales o una combinación de criterios (además de la duración de un extracto utilizado y de si este se utiliza de manera transformadora), en función del contenido y de la situación. La cooperación entre los prestadores de servicios y los titulares de derechos y los comentarios de los usuarios serán fundamentales para ir ajustando progresivamente la aplicación de este mecanismo.

En particular, los prestadores de servicios deben actuar con especial atención y diligencia a la hora de cumplir la obligación de realizar los mayores esfuerzos antes de cargar contenidos que puedan causar un perjuicio económico significativo a los titulares de derechos (véase la sección V.2). Esto puede incluir, cuando sea proporcionado, posible y practicable, un examen humano previo y rápido por parte de los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea de las cargas que contengan tales contenidos designados que hayan sido detectados mediante una herramienta automatizada de reconocimiento de contenidos. Esto se aplicaría a los contenidos para los cuales el tiempo es un factor crucial (por ejemplo, la música o las películas preestrenadas o los momentos destacados de retransmisiones deportivas recientes)[34].

Con el fin de garantizar un equilibrio adecuado entre los diferentes derechos fundamentales afectados —a saber, la libertad de expresión de los usuarios, los derechos de propiedad intelectual de los titulares de derechos y el derecho de los prestadores de servicios a ejercer una actividad empresarial—, esta especial atención a los contenidos designados debe limitarse a los casos de alto riesgo de perjuicio económico significativo, que deben ser debidamente justificados por los titulares de derechos. Este mecanismo no debe dar lugar ni a una carga desproporcionada para los prestadores de servicios ni a una obligación general de supervisión. Aunque el concepto de supervisión general no se define en el artículo 17, apartado 8, se expresa en él en los mismos términos que en el artículo 15 de la Directiva 2000/31. No obstante, al aplicar el artículo 17, apartado 8, párrafo primero, deben tenerse en cuenta el contexto, el sistema y el objetivo del artículo 17, así como el papel especial que desempeñan los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea en virtud de esta disposición.

[32] Como un vídeo generado por un usuario sobre los «10 mejores momentos de películas del año».
[33] Asunto C-516/17 — Spiegel Online.
[34] El tiempo también puede ser un factor crucial respecto de otros tipos de contenidos.

No debe ser necesario un examen humano previo de aquellos contenidos para los cuales el tiempo haya dejado de ser un factor crucial[35]. Los prestadores de servicios que decidan incluir un examen humano previo y rápido como parte de su mecanismo de cumplimiento deben instaurar mecanismos de mitigación de los riesgos de uso indebido.

A raíz del examen humano previo, el prestador de servicios puede bloquear la carga o ponerla a disposición. Los titulares de derechos y los usuarios deben ser informados del resultado del examen. Si el contenido es bloqueado, los usuarios deben poder impugnar el bloqueo a través del mecanismo de recurso.

* * *

En los casos en que se detecten y bloqueen —es decir, no se carguen— cargas que constituyan una infracción manifiesta, los usuarios habrán de recibir una notificación sin demoras indebidas y deberán poder impugnar el bloqueo motivando su solicitud en el marco del mecanismo de recurso previsto en el artículo 17, apartado 9 (véase más adelante).

Los contenidos que no sean manifiestamente infractores deben aparecer en línea cuando se carguen, con excepción de los contenidos designados por los titulares de derechos (cuando estén sujetos a un examen humano previo y rápido). Los prestadores de servicios deben informar sin demoras indebidas a los titulares de derechos de que los contenidos se han puesto en línea. Si los titulares de derechos se oponen, los prestadores de servicios deben llevar a cabo un examen humano rápido *a posteriori* para decidir rápidamente si los contenidos deben permanecer en línea o eliminarse. Los titulares de derechos deben manifestar su oposición mediante el envío de una notificación. La información facilitada de forma previa por los titulares de derechos debe tenerse en cuenta al evaluar si la notificación está lo suficientemente motivada.

El examen humano *a posteriori* debe permitir al prestador de servicios para compartir contenidos en línea adoptar una decisión basada en los argumentos presentados tanto por los titulares de derechos como por los usuarios. El contenido debe permanecer en línea durante el examen humano.

Si, como resultado del examen humano *a posteriori* y basándose en los argumentos presentados por los titulares de derechos y los usuarios, el prestador de servicios para compartir contenidos en línea decide finalmente desactivar o retirar el contenido cargado, debe informar lo antes posible al usuario y a los titulares de derechos pertinentes del resultado del examen. El usuario debe poder recurrir al mecanismo de solución extrajudicial de litigios previsto en el artículo 17, apartado 9.

Si el contenido permanece en línea, los titulares de derechos pueden enviar otra notificación más adelante si surgen nuevos elementos o circunstancias que justifiquen una nueva evaluación.

Mientras no se demuestre lo contrario, debe considerarse que los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea han cumplido con sus obligaciones de realizar los mayores

[35]Por ejemplo, en el caso de los partidos de fútbol el tiempo puede constituir un factor crucial durante tan solo unos días.

esfuerzos conforme al artículo 17, apartado 4, letras b) y c), a la luz del artículo 17, apartado 7, siempre que hayan actuado con diligencia en relación con los contenidos que no constituyan una infracción manifiesta con arreglo al planteamiento expuesto en las presentes orientaciones, teniendo en cuenta la información pertinente facilitada por los titulares de derechos. En cambio, debe considerarse, mientras no se demuestre lo contrario, que no han cumplido sus obligaciones de realizar los mayores esfuerzos a la luz del artículo 17, apartado 7, y deben ser considerados responsables de la infracción de los derechos de autor en los casos en que hayan puesto a disposición contenidos cargados sin tener en cuenta la información facilitada por los titulares de derechos, incluida —en lo que respecta a los contenidos que no constituyan una infracción manifiesta— la información sobre los contenidos designados mencionada en la sección V.2.

La presentación periódica de informes sobre los contenidos bloqueados como consecuencia de la aplicación de herramientas automatizadas en respuesta a las solicitudes de los titulares de derechos[36] permitiría a los Estados miembros supervisar si el artículo 17 se ha aplicado correctamente, en particular el artículo 17, apartados 8 y 9. Ello también permitiría, en particular a los representantes de los usuarios, supervisar e impugnar la aplicación de los parámetros definidos por los prestadores de servicios en cooperación con los titulares de derechos con el fin de detectar abusos sistemáticos. Esto podría basarse, por ejemplo, en el número y el tipo de contenidos bloqueados y en las reclamaciones presentadas por los usuarios.

El mecanismo descrito en las presentes orientaciones no debe impedir el posible uso de la tecnología para informar sobre el uso de contenidos autorizados y remunerar dicho uso en las condiciones contractuales acordadas por los titulares de derechos y los prestadores de servicios.

iii) Mecanismo de reclamación y recurso con arreglo al artículo 17, apartado 9

El artículo 17, apartado 9, exige a los Estados miembros que establezcan un mecanismo de reclamación y recurso que los prestadores de servicios han de poner a disposición de los usuarios en caso de litigio sobre el bloqueo o la retirada de sus contenidos. Con arreglo a lo establecido por este mecanismo, las decisiones de inhabilitar el acceso o de retirar contenidos cargados deben estar sujetas a un examen por parte de personas para determinar si la utilización es o no es lícita y si procede restablecer los contenidos. También se exige a los Estados miembros que garanticen la disponibilidad de mecanismos de solución extrajudicial para estos litigios.

Los Estados miembros deben establecer normas sobre el mecanismo de reclamación y recurso. Los usuarios deben tener la posibilidad de impugnar las decisiones de los prestadores de servicios de bloquear o retirar sus cargas. Esto puede aplicarse a los contenidos manifiestamente infractores bloqueados como consecuencia de la aplicación del artículo 17,

[36] Según el planteamiento propuesto por la Comisión en su propuesta de Reglamento sobre la Ley de Servicios Digitales.

apartado 4, letra b), de conformidad con el artículo 17, apartado 7, así como a los contenidos retirados *a posteriori* tras una notificación suficientemente motivada presentada por los titulares de derechos con arreglo al artículo 17, apartado 4, letra c). El contenido debe seguir estando indisponible durante el examen por parte de personas realizado en el marco del mecanismo de recurso, salvo en el caso específico mencionado anteriormente de los contenidos que no infrinjan manifiestamente el artículo 17, apartado 7.

En consonancia con el requisito del artículo 17, apartado 9, de que las reclamaciones de los usuarios se tramiten sin demoras indebidas, los Estados miembros deben disponer que, por regla general, los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea y los titulares de derechos respondan a las reclamaciones de los usuarios en un plazo razonablemente breve para garantizar que el mecanismo funcione con rapidez. Aunque en el artículo 17, apartado 9, no se establecen plazos específicos para la tramitación de las reclamaciones por parte de los usuarios, estas deben no obstante tramitarse con celeridad para no afectar al derecho fundamental a la libertad de expresión. En la práctica, pueden ser necesarios plazos diferentes, dependiendo de las especificidades y la complejidad de cada caso. Si los titulares de derechos no reaccionan en un plazo razonable, los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea deben tomar una decisión sin la participación de los titulares de derechos sobre si los contenidos que han sido bloqueados o retirados deben ponerse a disposición o ser repuestos en línea.

La Directiva exige a los Estados miembros que dispongan que, en el contexto del procedimiento de reclamación y recurso [en contraposición al artículo 17, apartado 4, letras b) o c)], los titulares de derechos tengan que justificar debidamente sus solicitudes de desactivación o retirada de obras. Esto significa que no bastaría con que los titulares de derechos volvieran a presentar la misma información presentada con arreglo al artículo 17, apartado 4, letras b) o c). Tendrían que justificar el carácter infractor del contenido cargado concreto; de lo contrario —es decir, si no fuera necesaria una justificación adicional— el mecanismo de reclamación y recurso carecería de todo efecto útil.

Para que el mecanismo de recurso siga siendo eficaz y rápido, debe ser fácil de utilizar y gratuito para los usuarios. Los Estados miembros podrían recomendar a los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea que faciliten formularios en línea sencillos a los usuarios para que estos los cumplimenten y los presenten en el marco del sistema de recurso. Los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea, al menos los principales, también podrían permitir la comunicación entre usuarios y titulares de derechos dentro de su sistema de recurso y no exigir la utilización de medios externos (como los correos electrónicos). De este modo, el mecanismo funcionaría con mayor rapidez. Todo tratamiento de datos personales que pueda producirse en el contexto del mecanismo de recurso debe llevarse a cabo de conformidad con el Reglamento (UE) 2016/679.

Si la decisión final de los prestadores de servicios en relación con los contenidos bloqueados consiste en su no reposición, los usuarios deben poder impugnar dicha decisión a través del mecanismo de solución extrajudicial de litigios imparcial que los Estados miembros deben ofrecer. El mecanismo de solución extrajudicial de litigios puede ser un mecanismo ya existente, pero ha de contar con la especialización pertinente para tratar litigios sobre derechos de autor. También debe ser fácil de utilizar y gratuito para los usuarios.

Los Estados miembros deben incorporar en su legislación la obligación de los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea de informar a sus usuarios, en sus condiciones generales, de que les está permitido utilizar obras y otras prestaciones con arreglo a las excepciones o limitaciones de los derechos de autor y derechos afines previstas en el Derecho de la Unión.

Los Estados miembros podrían formular recomendaciones sobre la manera en que los prestadores de servicios pueden informar mejor a los usuarios sobre lo que puede constituir una utilización lícita, como exige el artículo 17, apartado 9. Por ejemplo, los prestadores de servicios podrían facilitar información accesible y concisa sobre las excepciones para los usuarios que contenga, como mínimo, indicaciones sobre las excepciones obligatorias previstas en el artículo 17. Esta información podría facilitarse no solo en las condiciones generales de los prestadores de servicios, sino también en el contexto del mecanismo de recurso, a fin de informar mejor a los usuarios sobre las posibles excepciones o limitaciones que puedan resultar aplicables.

VII. TRANSPARENCIA DE LOS PRESTADORES DE SERVICIOS PARA COMPARTIR CONTENIDOS EN LÍNEA: INFORMACIÓN A LOS TITULARES DE DERECHOS (ARTÍCULO 17, APARTADO 8)

El artículo 17, apartado 8, exige a los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea que faciliten a los titulares de derechos que lo soliciten información adecuada sobre las medidas adoptadas para la cooperación con los titulares de derechos. Por ejemplo:

a) información adecuada sobre el funcionamiento de las herramientas que aplican para garantizar la indisponibilidad de contenidos no autorizados con arreglo al artículo 17, apartado 4, e

b) información, cuando se celebren acuerdos de licencia entre prestadores de servicios y titulares de derechos, sobre la utilización de sus contenidos cubiertos por los acuerdos.

Se anima a los Estados miembros a que, cuando ejecuten esta disposición, den indicaciones a los prestadores de servicios sobre el tipo de información que deben facilitar, teniendo en cuenta la necesidad de respetar el artículo 17, apartado 7, apartado 8, párrafo primero, y apartado 9.

La información facilitada debe ser lo suficientemente específica como para ofrecer transparencia a los titulares de derechos acerca del funcionamiento de los instrumentos destinados a evitar contenidos no autorizados con arreglo al apartado 4, respetando al mismo tiempo la necesidad de garantizar que no exista una obligación general de supervisión. Dicha información podría incluir, por ejemplo, una descripción del tipo de tecnologías (en caso de que las haya) u otros medios utilizados por los prestadores de servicios, información sobre terceros proveedores de tecnología cuyos servicios pueden utilizar, el nivel medio de eficiencia de estas herramientas o cualquier cambio en las herramientas o servicios utilizados (como posibles actualizaciones o cambios en la utilización de servicios de terceros). No se debe obligar a los prestadores de servicios a facilitar información específica que menoscabe

sus secretos comerciales —como, por ejemplo, las características detalladas del *software* utilizado—, que pueden estar protegidos.

Cuando se concedan autorizaciones, los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea deberán facilitar, a petición de los titulares de derechos, información adecuada sobre el uso de contenidos abarcados por los acuerdos celebrados. Al ejecutar esta obligación, los Estados miembros deben exigir a los prestadores de servicios que faciliten información suficientemente específica para cumplir el objetivo de transparencia con respecto a los titulares de derechos, tal como se indica en el considerando 68. Dicha información debe incluir datos sobre la explotación de las obras de los titulares de derechos y los ingresos generados por los prestadores de servicios. Al mismo tiempo, los Estados miembros deben tener en cuenta que, en consonancia con el considerando citado, los prestadores de servicios no están obligados a facilitar información detallada e individualizada sobre cada trabajo. Sin embargo, los prestadores de servicios y los titulares de derechos son libres de acordar condiciones de información más específicas y detalladas en sus negociaciones contractuales. Una información periódica y precisa sobre la utilización de las obras y otras prestaciones cubiertas por un acuerdo de licencia es importante para garantizar una remuneración justa de los titulares de derechos.

Con el fin de aumentar la eficiencia de la información y de facilitar el tratamiento de la información comunicada, los Estados miembros pueden animar a los prestadores de servicios a seguir algunas buenas prácticas y normas sectoriales sobre los formatos de comunicación de información, aunque no lo imponga la Directiva.

Por último, conviene señalar que el artículo 17 de la Directiva 2014/26/UE establece algunos requisitos más específicos en materia de información. Estos requisitos se aplican a los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea en relación con las entidades de gestión colectiva.