

Art.º 17.º Diretiva Mercado Único Digital – Como efetivar?

António Paulo Santos

XXXIX Congresso Internacional da Propriedade Intelectual

Rio de Janeiro, BRASIL

20.08.2019

- Art.º 17.º Diretiva Mercado Único Digital
– Como efetivar?

I. ALGUMAS NOÇÕES GERAIS:

- As Diretivas Europeias são obrigatórias quanto aos resultados;
- Mas os Estados Membros mantêm certa liberdade quanto aos meios;
- Há diferentes tradições jurídicas e diversas práticas judiciais na UE;
- Os Considerandos não são normativos, mas auxiliares interpretativos;
- A jurisprudência do TJUE prevalece sobre as decisões nacionais;
- Em caso de dúvidas, os tribunais nacionais devem perguntar ao TJUE;
- O Direito da UE deve ser aplicado de forma harmoniosa em toda a UE;
- Todas as palavras têm um significado particular e importante, no art.º 17.º

- Art.º 17.º Diretiva Mercado Único Digital
– Como efetivar?

- **II. UMA NOVA DEFINIÇÃO DE INTERMEDIÁRIOS** (art.º 2.º n.º 6 e Cons. 62):
- A Diretiva autonomiza uma nova categoria de **prestadores intermediários de serviços da sociedade da informação**, cujos requisitos são:
 - Terem como **fim principal** ou como **um dos seus fins armazenar** e permitir que os utilizadores **carreguem e partilhem** conteúdos protegidos;
 - **Grande número** de conteúdos (uma quantidade significativa, em inglês);
 - Objetivo: obter **lucros**, direta ou indiretamente;
 - Atividade: **organização/promoção/categorização** para atrair mais públicos.

Condição negativa: não incluir serviços com **outro objetivo principal**.

Avaliação: **caso a caso**, pela audiência e pelo n.º de ficheiros carregados (Cons. 63)

- Art.º 17.º Diretiva Mercado Único Digital
– Como efetivar?

- Exemplos de serviços **excluídos** da definição (Art.º 2.º n.º 6 e Cons. 62):
 - Serviços de comunicações eletrónicas (Dir. 2018/1972);
 - Serviços de “*Cloud Computing*” (armazenamento em nuvem, *cyberlockers*);
 - Plataformas de mercados em linha (venda de retalho *online*);
 - Plataformas de desenvolvimento e partilha de software *Open Source*;
 - Plataformas, repositórios científicos ou educativos sem fins lucrativos;
 - Enciclopédias em linha sem fins lucrativos (Ex: Wikipédia);

NOTA: SERVIÇOS DE PIRATARIA DE DIREITOS DE AUTOR NÃO PODEM FICAR ISENTOS DE RESPONSABILIDADE POR ESTA LEI

(o problema é que sites com hiperligações para sites piratas **não armazenam** conteúdos, ficam de fora da nova categoria de prestadores de serviços de partilha de conteúdos...)

- Art.º 17.º Diretiva Mercado Único Digital
– Como efetivar?

- **III. A DEFINIÇÃO DA DIRETIVA COMÉRCIO ELETRÓNICO** (para comparação):
- **Serviços da sociedade da informação** (Diretiva 83/34/CEE alt. Diretiva 98/48/CE: qualquer serviço, em princípio pago à distância, por meio de equipamento eletrónico de processamento (incluindo compressão digital) e o **armazenamento de dados, a pedido expresso do destinatário**).
- Abrange grande diversidade de atividades económicas, v.g. serviços não remunerados pelo destinatário (prestação de informações *online*, comunicações comerciais, ferramentas de pesquisa, **acesso e descarregamento de dados**, transmissão de informação por meio de rede e acesso à rede de comunicações ou **armazenamento de informações prestada por um destinatário do serviço**).
- Exclui **radiodifusão** porque não é prestada mediante pedido individual (mas inclui **TV On Demand, OTTs e todos os serviços de conteúdos audiovisuais a pedido**).
- Inclui **motores de busca**, sites de **leilões eletrónicos**, **e-marketplaces**, sites de **P2P**.
- Destes, só são abrangidos pela nova definição da Diretiva Mercado Único Digital o **FaceBook**, o **YouTube**, o **Instagram**, o **Daily Motion**, o **Snapchat**, etc., mas não **Pirate Bay** ou **PopCorn Time**.

- Art.º 17.º Diretiva Mercado Único Digital
– Como efetivar?

- **IV. REGIME DE RESPONSABILIDADE DOS PRESTADORES DA SOC. INFORMAÇÃO NA DIRETIVA DO COMÉRCIO ELETRÓNICO (só para comparação):**

- Art.º 12.º : **Simples transporte** – isenção de responsabilidade se:
 - não estiverem na origem da transmissão;
 - não selecionarem o destinatário da transmissão;
 - não selecionarem nem modificarem as informações.

NOTA: Abrange armazenagem automática, intermédia e transitória desde que sirva só para transmitir (na prática, corresponde ao art.º 5.º n.º 1 da **Diretiva InfoSoc** (exceção obrigatória: reprodução transitória, instrumental, acessória))

- Art.º 17.º Diretiva Mercado Único Digital
– Como efetivar?

- **DIRETIVA DO COMÉRCIO ELETRÓNICO** – só para comparação:
- Art.º 13.º : **armazenagem temporária** (*Caching*) isenção desde que:
 - Não modifiquem a informação;
 - Respeitem as condições de acesso;
 - Respeitem regras de atualização da informação usuais no setor;
 - Não interfiram com uso legítimo da tecnologia, aproveitando para obter dados sobre a utilização da informação;
 - Atuem **com diligência para remover ou impossibilitar o acesso à informação armazenada**, logo que saibam que foi removida da fonte de transmissão inicial, ou que um **tribunal ou autoridade administrativa ordenou remoção ou bloqueio**. (**IMPORTÂNCIA DO CONHECIMENTO**)

- Art.º 17.º Diretiva Mercado Único Digital
– Como efetivar?

- **DIRETIVA DO COMÉRCIO ELETRÓNICO** – só para comparação:

- Art.º 14.º (Armazenagem em servidor) isenção desde que:

- Não tenha **conhecimento efetivo** da atividade ou informação ilegal e, para efeitos de ações de responsabilidade civil, não **conheça factos ou circunstâncias** que evidenciam ilegalidade; **IMPORTÂNCIA DO CONHECIMENTO INDIRETO DA INFRAÇÃO;**
- **Ao tomarem conhecimento** da ilicitude, atuem **com diligência** no sentido de remover ou impossibilitar o acesso às informações. **IMPORTÂNCIA DO CONHECIMENTO DIRETO DA INFRAÇÃO;**

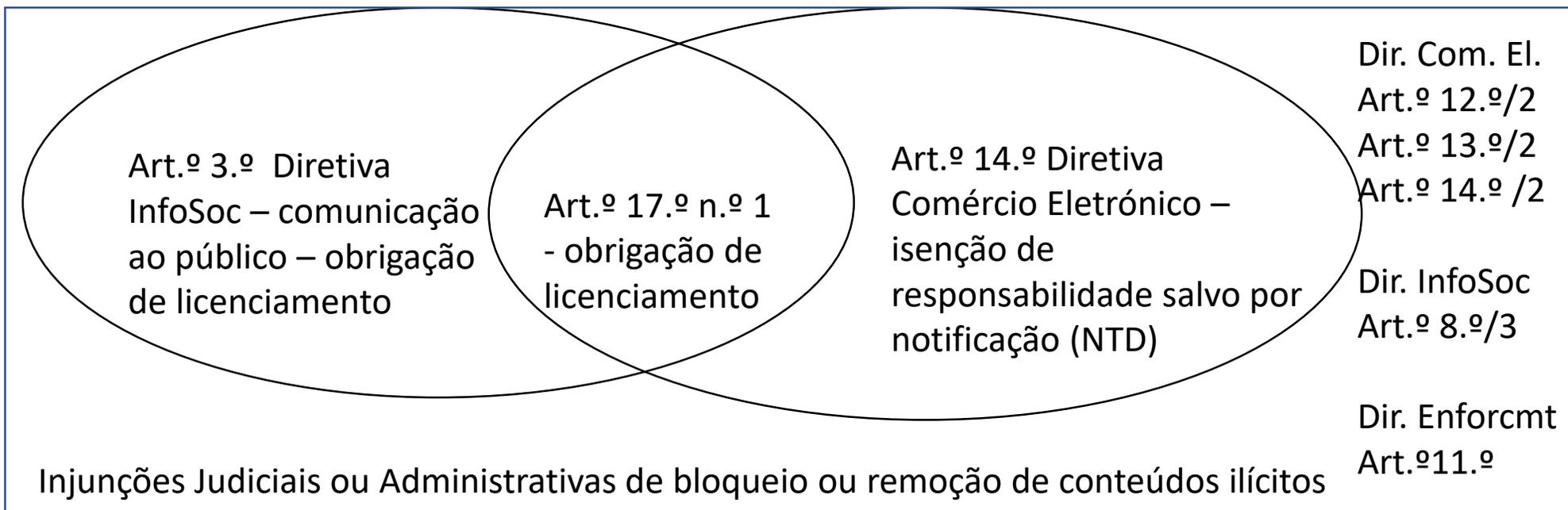
- **NOTA:** Qualquer destes tipos de operador pode ser obrigado por **tribunal ou entidade administrativa a pôr termo a uma infração** (corresponde às “**injunções**” dos artigos 8.º n.º 3 da Diretiva *InfoSoc* e 11.º da Diretiva *Enforcement*) – fundamento legal dos bloqueios de nomes de domínio e IP **MAS NÃO PERMITE RESPONSABILIZAR CIVIL OU CRIMINALMENTE;**
- **NOTA2:** Estados podem estabelecer regras para remoção/bloqueio - fundamento legal dos bloqueios de nomes de domínio e IP **MAS NÃO PERMITE RESPONSABILIZAR CIV. OU CRIM.**
- **NOTA3:** Só se permite a responsabilização civil com o **conhecimento de factos ou circunstâncias** que indiquem a ilegalidade, prova difícil ou impossível de conseguir.

- Art.º 17.º Diretiva Mercado Único Digital
– Como efetivar?

- **V. RESPONS. DIRETA DE INTERMEDIÁRIOS** (Art.º 17.º n.º 1 Cons. 64):
 - Diretiva determina que prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha realizam **COMUNICAÇÃO AO PÚBLICO** ou **COLOCAÇÃO À DISPOSIÇÃO DO PÚBLICO** quando oferecem ao público acesso a conteúdo protegido por **Direitos de Autor** carregado por utilizadores. **(AFIRMAÇÃO INEQUÍVOCA)**
 - ⇒ Obrigação de obter licenciamento dos titulares de direitos **(RESPONSABILIDADE DIRETA)**;
 - Sem prejuízo para o conceito (mais alargado) de **comunicação ao público** do TJUE (a jurisprudência é vasta, os critérios são bastantes e não se limita ao caso desta Diretiva) – **responsabilidade direta sem exigir prova do conhecimento**
 - **ART.º 17.º É LEX SPECIALIS DO ART.º 3.º n.º 1 e 2** (e 8.º da Diretiva Aluguer e Comodato, que estende a comunicação ao público aos direitos conexos);
 - Licença cobre os **utilizadores sem finalidades lucrativas** (Art.º 17.º/2 Cons. 69).

- Art.º 17.º Diretiva Mercado Único Digital – Como efetivar?

- Isenção do art.º 14.º da Dir. Comércio Eletrónico não se aplica à comunicação ao público prevista na Dir. Mercado Único Digital (art.º 17.º n.º 3 Cons. 65);
- Mas continua a aplicar-se para fins não abrangidos pela nova Diretiva (Ex: Ofensas à Honra, violações da privacidade, crimes através da Internet)
- A responsabilidade por falta de licença não prejudica o regime das **injunções**:



- Art.º 17.º Diretiva Mercado Único Digital
– Como efetivar?

- **VI. AS DEFESAS POSSÍVEIS (Art.º 17.º n.º 4 Cons. 66):**

- Caso **não seja concedida nenhuma autorização, há lugar a responsabilidade** salvo se prestadores demonstrarem que:
 - a) Envidaram **TODOS OS ESFORÇOS** para obter uma autorização (licença);
 - b) Envidaram **MELHORES ESFORÇOS** – de acordo com elevados padrões de diligência profissional do setor para assegurar **indisponibilidade** de obras previamente identificadas pelos titulares de direitos (**CONTENT ID**);
 - c) Agiram com **DILIGÊNCIA**, após aviso suficientemente fundamentado pelos titulares de direitos no sentido de bloquear acesso às obras ou removê-las
 - + Envidaram **MELHORES ESFORÇOS** para impedir futuro carregamento (**CONTENT ID**)
- NOTA: Os requisitos são CUMULATIVOS para se poder obter a pretendida isenção**

- Art.º 17.º Diretiva Mercado Único Digital
– Como efetivar?

• VII. CATEGORIAS DE INTERMEDIÁRIOS ISENTAS (Art.º 17.º n.º 6 e Cons. 67):

- Existe uma regra **DE MINIMIS**, de aplicação gradual, pois ficam de fora os prestadores que tiverem:
 - Menos de três anos de atividade (conta da disponibilidade do serviço);
 - + volume de negócios anual < 10.000.000 € - obrigam-se a envidar **TODOS OS ESFORÇOS** para obter licenciamento (alínea a) e a atuar com **DILIGÊNCIA** - de acordo com padrões mais elevados de diligência profissional do setor – para remover a pedido (alínea c) primeira parte) **NOTICE AND TAKE DOWN (NTD)**;
 - Porém, se n.º médio mensal de visitantes singulares > 5.000.000- alíneas a) e c) primeira parte, + c) segunda parte) **NOTICE AND TAKE DOWN & STAY DOWN (NTDSD)**.

NOTA: Deverão dispor de **vias de recurso** de direito nacional e da UE.

NOTA 2 : remoções a pedido não deverão abranger **conteúdos legítimos** (licenciados ou ao abrigo de uma exceção ou limitação) e não poderão prejudicar **utilizadores lícitos**

- Art.º 17.º Diretiva Mercado Único Digital
– Como efetivar?

• VIII. AS OBRIGAÇÕES DE MELHORES ESFORÇOS/TODOS OS ESFORÇOS:

- Como avaliar se foram envidados todos os esforços, de acordo com os mais elevados padrões de diligência profissional (Art.º 17.º n.º 5 Cons. 66):
 - Se adotou todas as medidas que seriam tomadas por um operador diligente para alcançar o resultado de evitar a disponibilidade de conteúdos não autorizados;
 - Quais as boas práticas da indústria e qual a eficácia das medidas adotadas?
 - À luz de todos os fatores e desenvolvimentos relevantes (Ex. tecnologia);
 - À luz do Princípio da Proporcionalidade e da máxima eficácia;
 - Qual a dimensão do serviço? Qual o tipo, o público-alvo e o tipo de conteúdos?
 - Qual foi a evolução da tecnologia de ponta relativamente aos meios existentes, incluindo eventuais desenvolvimentos futuros para evitar nova disponibilidade?
 - Qual o custo desses meios para os prestadores de serviços?

EX. Tecnologias como o CONTENT ID e o AUDIBLE MAGIC, entre outras, servem.

- Art.º 17.º Diretiva Mercado Único Digital
– Como efetivar?

• IX. O PAPEL DOS TITULARES DE DIREITOS (Art.º 17.º n.º 4 e Cons. 66):

- Os titulares de direitos poderão **negar o licenciamento**, mas se o fizerem passam a aplicar-se critérios de isenção de responsabilidade por parte dos prestadores;
- Os titulares de direitos deverão **tomar a iniciativa** de prestar aos prestadores as **informações pertinentes e necessárias**;
- É com base na informação fornecida que se estabelece a obrigação de os prestadores envidarem **todos os esforços para remover os conteúdos assinalados**;
- O mesmo sucede com o objetivo de **impedir que sejam carregadas no futuro** obras específicas não autorizadas;
- Se os titulares de direitos **não fornecerem informação**, os prestadores não poderão envidar os melhores esforços com os mais elevados padrões pelo que **não poderão ser responsabilizados**;
- TUDO DEPENDE DOS TITULARES DE DIREITOS E DA SUA INICIATIVA (OPT-IN)

- Art.º 17.º Diretiva Mercado Único Digital
– Como efetivar?

- **X. DEVERES DOS PRESTADORES AOS TIT. DIREITOS (Art.º 17.º n.º 8):**
- **Obrigação de Cooperação** que resulta do Art.º 17.º n.º 4 (informar s/ conteúdos);
- **Obrigação de Transparência:** fornecer, a pedido, informações adequadas sobre o tipo de medidas adotadas e forma de execução;
- **Obrigação de Acompanhamento:** fornecer dados sobre utilização real de conteúdos;
- Devem ser **informações específicas** sem afetar o sigilo comercial (ex: visualizações);
- Não abrange informações pormenorizadas e individualizadas sobre cada conteúdo;
- Contratos de licenciamento poderão ter cláusulas mais específicas sobre informação.

- Art.º 17.º Diretiva Mercado Único Digital
– Como efetivar?

- **XI. EXCEÇÕES E LIMITAÇÕES ESPECÍFICAS À RESPONSABILIDADE (Art.º 17.º n.º 7 e Cons. 70) E MECANISMOS DE RECLAMAÇÃO E RECURSO (Art.º 17.º n.º 9):**

- Garantia da **liberdade de expressão** dos utilizadores;
- **Citação, crítica, análise, caricatura, paródia ou pastiche**;
- Estas exceções são **obrigatórias** (ao contrário do art.º 5.º n.º 2 e 3 da *Dir. InfoSoc*);

NOTA1: importante garantia de equilíbrio com os Direitos Fundamentais

(**CARTA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA**)

NOTA2: Devem existir **mecanismos de reclamação e recurso** eficazes: utilizadores devem poder recorrer de remoção ou bloqueio indevido;

- **Controlo humano** da queixa é necessário (para validação não automática);
- Pedidos de remoção ou bloqueio deverão ser **justificados p/ titulares de direitos**;
- **Acesso a Tribunais** e mecanismos **extrajudiciais** para litigar exceções/limitações.
- Diretiva não prejudica uso legítimo e não conduz à identificação salvo RGPD.

- Art.º 17.º Diretiva Mercado Único Digital
– Como efetivar?

- **XII. A PROIBIÇÃO DE MONITORIZAÇÃO GERAL (Art.º 17.º n.º 8)**
- A obrigação de remoção ou bloqueio de acesso é referente apenas aos conteúdos previamente assinalados/identificados pelos titulares
- O TJUE definiu sistema de monitorização geral ou filtragem nos Acórdãos **SCARLET- EXTENDED** (24.11.2011) e **NETLOG** (16.02.2012):
 - Sistema de filtragem de todas as comunicações que transitam;
 - Particularmente as que envolvem uso de software P2P;
 - Aplicável indistintamente a toda a clientela de forma preventiva;
 - Exclusivamente a expensas do prestador;
 - Sem limitação temporal;
 - Capaz de identificar ficheiros ilícitos alegados pelo requerente;
 - Com o objetivo de bloquear a transferência desses ficheiros.

- Art.º 17.º Diretiva Mercado Único Digital
– Como efetivar?

- Assim, tal filtragem implicaria vigilância da totalidade ou da maior parte das informações armazenadas de forma ilimitada e visando toda e qualquer violação futura, protegendo as obras existentes e as obras ainda por criar.
- Obrigaria o prestador a instalar um sistema informático complexo, oneroso, permanente e exclusivamente à sua custa, contra o art.º 3.º **Dir. Enforcmt.**
- No Acórdão **NETLOG**, que é sobre uma rede social, o **TJUE** acrescentou:
 - Implicaria identificação,
 - análise sistemática,
 - e tratamento das informações relativas aos perfis criados pelos utilizadores (dados pessoais permitem a identificação de utilizadores).

- Art.º 17.º Diretiva Mercado Único Digital
– Como efetivar?

- **NA DIRETIVA DO COMÉRCIO ELETRÓNICO** – só para comparação:
Art.º 15.º (Ausência de obrigação geral de vigilância)
- Estados não podem estabelecer **obrigação geral de vigilância** sobre as informações que operadores transmitam ou armazenem ou uma **obrigação geral de procurar ativamente factos ou circunstâncias** que indiquem ilicitude.
- Estados podem estabelecer **obrigação de os prestadores informarem** prontamente autoridades sobre atividades ou informações ilícitas prestadas aos destinatários dos serviços.
- Estados podem obrigar prestadores dos serviços de armazenagem a **identificar os destinatários dos mesmos**.

NOTA: Coisa diversa é a obrigação de cooperação com os titulares de direitos que proactivamente indicarem conteúdos protegidos cujo uso é ilícito

- Art.º 17.º Diretiva Mercado Único Digital
– Como efetivar?

- **CONCLUSÕES** do Advogado –Geral MACIEJ SZPUNAR no Proc.º C-18/18 (**Eva G-P c. Facebook**) proferidas em 04.06.2019, essa distinção ficou clara:
 - As plataformas de redes sociais são meios de comunicação cujo conteúdo é principalmente criado, trocado e alterado pelos utilizadores;
 - A proibição de uma obrigação geral de vigilância não respeita as obrigações de vigilância em casos específicos (**Cons.º 47 da Dir. Com El.**):
 - Com finalidades de prevenção de violações futuras, pode um prestador ser obrigado a retirar informações ilegais ainda não divulgadas, desde que sejam da mesma natureza, pelo mesmo utilizador, aos mesmos direitos;
 - Tal obrigação deve ser limitada quanto ao objeto e à duração;
 - A reprodução do mesmo conteúdo por qualquer utilizador é detetável sem recurso a filtragem ativa e não automática de todas as informações.

- Art.º 17.º Diretiva Mercado Único Digital
– Como efetivar?

- **NOTA: FUNDAMENTO DO ART.º 17.º É O ACÓRDÃO L'ORÉAL (12.07.2011):**
- Otimização da apresentação do objeto da venda, ou promoção desqualifica o prestador para efeitos da isenção do art.º 14.º Dir. Com. El. porque **deixa de ser passivo ou neutral, como se tivesse conhecimento das informações.**
- O prestador pode ser obrigado a tomar medidas para **evitar novas violações**;
- Interpretando extensivamente a norma do Ac. L'Oréal, também pode abranger “**informações semelhantes**” desde que os efeitos sejam claros, precisos e previsíveis, ponderando os direitos fundamentais e respeitando o Princípio da Proporcionalidade;
- Porém, não se estende à identificação de informações semelhantes enviadas **por outros utilizadores**, porque esta carece de soluções sofisticadas (e caras);
- **NOTA 2: Tb o ACÓRDÃO GOOGLE FRANCE (23.03.2010):** art.º 14.º Dir. Com El. Só se aplica a motores de busca quando são neutros, automáticos, passivos.

- Art.º 17.º Diretiva Mercado Único Digital
– Como efetivar?

- **XIII. DIÁLOGO E COOPERAÇÃO ENTRE PARTES (Art.º 17.º n.º 10 e Cons. 71)**
- A partir de 06.06.2019 a Comissão e os Estados Membros organizarão **diálogos**;
- Objetivo: debater as **melhores práticas** para a cooperação entre as partes (Cons. 71 refere os **padrões de diligência profissional** do setor).
- Metodologia: consulta aos **prestadores de serviços**, aos **titulares de direitos**, às **organizações de utilizadores** e **outras partes** interessadas ⇒ **ORIENTAÇÕES**
- Fatores a considerar:
 - Direitos Fundamentais;
 - Exceções e limitações;
 - Acesso a informações por parte das organizações de utilizadores sobre o funcionamento das suas práticas no que respeita art.º 17.º n.º 4 (**Cons. 71 refere gestão de conteúdos em linha**)
- **NOTA: Cons. 71 refere fornecedores de tecnologia e evolução do mercado**
- **ASSIM SE PROSSEGUE A APLICAÇÃO UNIFORME DA OBRIGAÇÃO DE COOPERAÇÃO**

- Art.º 17.º Diretiva Mercado Único Digital
– Como efetivar?

- **CONCLUSÕES:**

- Art.º 17.º não vem criar novo direito exclusivo mas clarificar papel de certos prestadores de serviços da Sociedade da Informação em linha c/ jurisprudência L'ORÉAL, GOOGLE FRANCE, McFADDEN, SNB-REACT (desqualificação de ISPs para efeitos da isenção);
- Aplica o art.º 3.º n.º 1 da Dir. InfoSoc (Comunicação ao Público) a ISPs;
- Responsabilidade direta ⇒ licenciamento (mais do que meras “injunções”);
- Dispensa a prova do conhecimento = presunção c/ base na atividade;
- Papel dos Titulares de Direitos: se não licenciarem ou não informarem sobre conteúdos que querem ver removidos/bloqueados ⇒ ISENÇÃO;
- Defesa: obrigação de melhores esforços/todos os esforços (à luz das melhores práticas/evolução da tecnologia) ⇒ MONITORIZAÇÃO ESPECÍFICA;
- Exceções: citação, crítica, análise, paródia, caricatura, “pastiche” (ex: Memes);
- Não esgota casos de Comunicação ao Público, afirma uma posição UE face aos EUA.
- Deverá ser implementado harmoniosamente nos 27/28 Estados da UE e TJUE avaliará.

- Art.º 17.º Diretiva Mercado Único Digital
– Como efetivar?

- É o fim anunciado do **SAFE HARBOUR (PORTO SEGURO)** criado nos EUA pelo **Digital Millennium Copyright Act** de 1998;
- Estudo “**Economic Analysis of Safe Harbour Provisions**”, do Professor Stan Liebowitz da Universidade do Texas, de 2018, conclui que os titulares de direitos de autor foram prejudicados pelo **Safe Harbour**;
- Estas regras encontram-se **ultrapassadas** pela própria evolução dos negócios e da tecnologia.
- Basta constatar que ao abrigo do “**Porto Seguro**”, os ISPs prosperaram e faturam em publicidade, invocando a isenção para não pagarem **nada** aos autores ou pagarem **muito menos** que os serviços legítimos.
- A jurisprudência dos EUA já havia adotado essa tendência (BMG v COX - 2015)

- Art.º 17.º Diretiva Mercado Único Digital
– Como efetivar?

Muito obrigado pela vossa atenção!

