# “La propiedad intelectual: abierto por reformas”

## Mesa redonda “El nuevo régimen de la copia privada en España y en Europa”

Curso de Verano de la
Universidad Rey Juan

Carlos

Aranjuez, 2 de julio de 2013

# Marco legislativo

- ✓ Anteproyecto de reforma de la LPI, publicado en Marzo de 2013 (“Anteproyecto LPI”)
- ✓ Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril (“LPI”)
- ✓ Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información (“Directiva 2001/29/CE”)
- ✓ Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público (“RDL 20/2011”)
- ✓ Real Decreto 1657/2012, de 7 de diciembre, por el que se regula el procedimiento de pago de la compensación equitativa por copia privada con cargo a los Presupuestos Generales del Estado (“RD 1657/2012”)
- ✓ Recomendaciones derivadas de la Mediación en Compensación por Copia Privada y Reprografía . Bruselas, 31 de enero de 2013 (“Informe Vitorino”)

# Marco jurisprudencial

- ✓ SGAE c. Padawan, S.L. Sentencia del TJUE, 21 de octubre de 2010. C-467/08 (“Caso Padawan”)
- ✓ Stichting de Thuiskopie c. Opus Suplies Deutschland GmbH. Sentencia del TJUE de 16 de junio de 2011. C-462/09 (“Caso Thuiskopie”)
- ✓ Verwertungsgesellschaft Wort (VG Wort) c. Kyocera, Epson y otros. Sentencia del TJUE, de 27 de junio de 2013. C-457/11 a C-460/11 (“Caso Kyocera”)

Otros casos pendientes:

- ✓ Copydan Bandkopi c. Nokia Danmark A/S. C-463/12 (“Caso Nokia”)
- ✓ Austro-Mechana c. Amazon.com International Sales, Inc. C-521/11 (“Caso Amazon”)

# Concepto legal de Copia Privada

## ➢ Anteproyecto: nueva redacción del art. 31, apartados 2 y 3 de LPI

"2. Sin perjuicio de la compensación equitativa prevista en el artículo 25, no necesita autorización del autor la reproducción, en cualquier soporte, **sin asistencia de terceros**, de obras ya divulgadas, cuando concurran simultáneamente las siguientes circunstancias:

a) Que se lleve a cabo por una **persona física para su uso privado**, no profesional ni empresarial.

b) Que la reproducción se realice a partir de obras a las que **haya accedido legalmente**. A estos efectos, se entenderá que se ha accedido legalmente a la obra divulgada **únicamente** en los siguientes supuestos:

1. Cuando se realice la reproducción a partir del **soporte original** de la copia de la obra adquirida en propiedad por **compraventa comercial**.
2. Cuando se realice una reproducción individual y temporal de obras a las que se haya accedido a través de un acto legítimo de **comunicación pública, mediante radiodifusión, únicamente con el propósito de permitir su visionado o audición en un momento temporal más oportuno**.

c) Que la copia obtenida no sea objeto de una utilización colectiva ni lucrativa.

3. Quedan excluidas de lo dispuesto en el anterior apartado:

a) Las obras que se hayan **puesto a disposición del público** con arreglo a lo convenido por contrato, de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y momento que elija.

b) Las bases de datos electrónicas.

c) Los programas de ordenador, en aplicación de la letra a) del artículo 99."

# Concepto legal de Copia Privada

- **Normativa actual:**

**Art. 31.2 de la LPI:**

"No necesita autorización del autor la reproducción, en cualquier soporte, de obras ya divulgadas cuando se lleve a cabo por una persona física para su uso privado a partir de obras a las que haya accedido legalmente y la copia obtenida no sea objeto de una utilización colectiva ni lucrativa, sin perjuicio de la compensación equitativa prevista en el artículo 25, que deberá tener en cuenta si se aplican a tales obras las medidas a las que se refiere el artículo 161. Quedan excluidas de lo dispuesto en este apartado las bases de datos electrónicas y, en aplicación del artículo 99.a, los programas de ordenador."

**Art. 5.2 de la Directiva 2001/29/CE :**

"Los Estados miembros podrán establecer excepciones o limitaciones al derecho de reproducción contemplado en el artículo 2 en los siguientes casos:

... b) en relación con reproducciones en cualquier soporte efectuadas por una persona física para uso privado y sin fines directa o indirectamente comerciales, siempre que los titulares de los derechos reciban una compensación equitativa, teniendo en cuenta si se aplican o no a la obra o prestación de que se trate las medidas tecnológicas contempladas en el artículo 6".

# Concepto legal de Copia Privada

- **Nuevo requisito: restricción del concepto por "modalidades de acceso" a las obras**

  - Apartado 1º del art. 31.2.b): **Acceso por "compra-venta" comercial**

    - ✓ Se excluyen otras modalidades de disposición de la propiedad, por ejemplo, el "préstamo" individual o comercial.

    - ✓ Se excluye la venta con carácter privado, no **"comercial"** . Ej. sólo en establecimiento comercial ¿y entre particulares?).

    - ✓ Otro concepto poco claro: **"soporte original"** (¿el master de un CD o película?);

  - Apartado 2º del art. 31.2.b): **Acceso por comunicación pública sólo mediante "radiodifusión" y con finalidad de *time shifting***

  - Apartado a) del artículo 31.3: Exclusión del **acceso a través de puesta a disposición del público** (ej. VOD).

# Concepto legal de Copia Privada

## ➢ Consecuencia jurídica inmediata: Ilicitud

**Ilicitud de todas las copias realizadas por particulares de obras obtenidas lícitamente a través de las "nuevas" modalidades de acceso no autorizadas**
(Exposición de Motivos III, Párrafo 8 del Anteproyecto)

- Compraventa (no comercial): Se excluye el préstamo y la venta privada, entre familiares. El adquirente "privado" no puede realizar ninguna copia privada.

- Comunicación pública (salvo radiodifusión con fines de *time shifting*): No es posible la reproducción temporal de una canción difundida a través de *streaming* por Internet o emisión por cable en más de un dispositivo o en la nube, incluida la realización de *play lists*.

- Puesta a disposición del público: No es posible la copia ni siquiera temporal de una película adquirida a través de un servicio de VOD (on-line, satélite o cable).

  Múltiples modelos de negocio se ven afectados: Spotify, iTunes, Google Play, Deezer, Muzu.tv, Dropbox

# Concepto legal de Copia Privada

- **¿Solución? : Sistema de "licencias"**

  Necesidad de solicitar **innumerables autorizaciones de explotación del derecho de reproducción** a los titulares de derechos (productores musicales/audiovisuales) para poder realizar todas y cada una de las copias privadas de obras accedidas lícitamente a través de esas modalidades de acceso "excluidas" de la copia privada.

  - **Problemas:**

    - ✓ ¿ Quién debe solicitar esas autorizaciones? En teoría, las "personas físicas" que pretendan realizar las copias (causantes del "daño": sentencias Padawan y Thuiskopie). En la práctica, los prestadores de esos servicios

    - ✓ Aumento considerable de los trámites administrativos y contractuales, y de los costes asociados al desarrollo de modelos de negocio legales

    - ✓ Posibilidad de que los titulares de derechos (ej. productoras audiovisuales y musicales) se nieguen a conceder autorizaciones: se obstaculiza el desarrollo del negocio, concentrándose en unos pocos (ej. servicios lanzados por ellos mismos).

# Concepto legal de Copia Privada

## ➢ Perspectiva económica y de negocio

- **Se obstaculiza el desarrollo lícito de** (i) **negocios de difusión de contenidos**, sobre todo en Internet, aunque no sólo (cable); y (ii) **negocios basados en tecnología *cloud computing*** como método de almacenaje (p. ej. Dropbox, Google Play).

  Según esta redacción, los usuarios de un servicio como Dropbox estará realizando copias ilícitas de obras si copian en su espacio de almacenaje en Dropbox un archivo con una canción que hayan adquirido lícitamente a través de Google Play o de otra fuente (ej. página web de nuevos talentos) .

  ¿Quien quiere usar iTunes o un servicio similar si no puede hacer nada más que escuchar en un único dispositivo y en un único formato la música adquirida a través del mismos?

# Concepto legal de Copia Privada

- **El nuevo concepto en relación con la normativa comunitaria**

  - **Considerando (31) y Art. 5.2.a) y b) de la Directiva 2001/29/CE**:

    ✓ La copia privada es una excepción al "derecho de reproducción".

    No está vinculada a otros derechos de explotación de propiedad intelectual, en función de las modalidades de acceso a las obras reproducidas (ej. comunicación pública, puesta a disposición).

    ✓ La Directiva contempla la copia privada en el entorno digital.

    El Anteproyecto parece querer eliminarla. Ej. la referencia a MTP da a entender que se entienden incluidas copias de obras accedidas vía digital.

    ✓ El único requisito de la Directiva: compensación equitativa.

# Concepto legal de Copia Privada

- **El nuevo concepto en relación con la normativa comunitaria**

  - **INFORME VITORINO. Recomendación I): "Las copias realizadas por usuarios finales para uso privado en el marco de un servicio licenciado por los titulares no causa un "daño" que requiera una remuneración adicional en la forma de copia privada".**

    - ✓ Así, las reproducciones realizadas por usuarios finales de servicios licenciados (ej. VOD on-line) son "copias privadas", por definición, pero causan un daño "mínimo" que no requiere remuneración.

    - ✓ El art. 31 debe incluir en el concepto de "copia privada" las reproducciones que provengan de todo tipo de obras accedidas lícitamente. No obstante, esas copias no necesariamente generarán remuneración ( "daño mínimo").

# Concepto legal de Copia Privada

- **Otro nuevo requisito: Se exige que la copia privada la realice directamente una persona física "sin asistencia de terceros"**

  - **Problema**: Toda copia privada que realice una persona física utilizando medios tecnológicos de intermediación es ilícita.

    Importante: Se excluye el almacenaje en la nube.

    En este tipo de tecnología, las "copias privadas" que pueda querer realizar una persona física sólo puede hacerlas a través de un tercero prestador de servicios de alojamiento, enviándole la correspondiente "orden" a través de la herramienta informática habilitada.

    Ej. Google Drive, Dropbox, Nubo.

# Concepto legal de Copia Privada

## ➢ Conclusión

- **El concepto de "copia privada" del artículo 31.2 de la LPI debería mantener su redacción actual (adaptada a la sentencia Padawan)**:

  1. Reproducción de una **obra (i) ya divulgada y (ii) accedida legalmente** (independientemente de la modalidad de acceso);

  2. La copia la realice una **persona física, directamente o a través de terceros**;

  3. La **finalidad sea el uso privado**, no comercial ni profesional, ni colectivo o lucrativo.

- Ello sin perjuicio de la correspondiente **compensación equitativa** (art. 25): En el cálculo de la remuneración sí se deben desarrollar conceptos como el de "daño mínimo". Ver siguiente apartado.

# Remuneración compensatoria

- **Nuevo modelo de remuneración: Presupuestos Generales del Estado (PGE)**

  - Nueva redacción del artículo 25 de la LPI por el Anteproyecto.

  - Origen: RDL 20/2011(Disposición Adicional 10ª) + RD 1657/2012.

  - Principio jurídico: INTERÉS GENERAL = Artículo 44 de la Constitución Española: promoción y tutela de acceso a la cultura.

  - Acorde con la Directiva 2001/29/CE : Amplio margen de los EEMM para determinar quién debe pagar la compensación. Principio de subsidiariedad. Art. 3 ter Tratado de Lisboa.

    - ✓ Modelo de pago a través de PGE no contradice la Directiva

    - ✓ Único requisito de la Directiva: compensación "equitativa" = equilibrio entre los derechos e intereses en juego

# Remuneración compensatoria

- **Nuevo modelo de remuneración: Presupuestos Generales del Estado (PGE)**

  - Caso Thuiskopie: A favor

    - ✓ Apartado 23: Los EEMM disponen de amplio margen de apreciación para determinar quién debe abonar la compensación equitativa. La Directiva no lo regula expresamente.

    - ✓ Sentencia y Apartados 26 y 29: El "usuario final" que realiza una reproducción a título privado debe ser considerado el "deudor" de la compensación (aunque el pago se gestione a través de otros intermediarios).

  - Caso Padawan: A favor

    - ✓ Apartados 44 y 45: El deudor de la compensación es quien causó el perjuicio, es decir quien realizó la copia de la obra protegida para uso privado (el usuario privado).

# Remuneración compensatoria

- **Cálculo de la compensación: perjuicio causado. Art. 25.1 y 3 del Anteproyecto**

  - Acorde con la normativa y jurisprudencia europeas: Considerando (35) de la Directiva 2001/29/CE y Sentencia Padawan. Criterio: daño causado.

  - INFORME VITORINO. Recomendación II (punto 5): cálculo = daño. Propone armonización europea de este concepto (esencial para calcular la remuneración).

    - ✓ **Criterio de cálculo: Pérdida de beneficios + Valor económico que atribuyen los consumidores a las copias privadas**

      ¿Qué ocurriría si la excepción de copia privada no existiera?

      ¿Qué precio dejan de obtener por los titulares por las licencias no concedidas?

      Es importante tener en cuenta que ese precio será siempre **bastante inferior** al de la primera copia (es decir, si hubiera que pagar esas copias, los usuarios quizás no las harían, o harían menos y cada copia sucesiva tendría un valor menor).

# Remuneración compensatoria

- **Cálculo de la compensación: perjuicio causado. Art. 25.1 y 3 del Anteproyecto**

  - El Anteproyecto hace referencia al desarrollo reglamentario.

  - RD 1657/2012 (art. 3): Criterios objetivos de cálculo (deberían desarrollarse)

    a) La estimación del número de copias realizadas, excluyendo aquellas realizadas mediante equipos, aparatos y soportes de reproducción digital que no se hayan puesto a disposición de usuarios privados y que estén manifiestamente reservados a usos distintos de copias privadas (caso Padawan), y excluyendo, asimismo, los casos en los que queda exceptuado por ley el pago de la compensación (daño mínimo o exclusión).
    b) El impacto de la copia privada sobre la venta de ejemplares de las obras, teniendo en cuenta el grado de sustitución real (hábitos de consumo).
    c) El precio medio de la unidad de cada modalidad reproducida, el porcentaje del precio de la copia original que va destinado a remunerar los derechos de propiedad intelectual y la vigencia de los derechos de propiedad intelectual de las obras y prestaciones reproducidas.
    d) El carácter digital o analógico de las reproducciones.
    e) La disponibilidad y aplicación de MTP (art. 5 Directiva).

# Remuneración compensatoria

- **Exclusión expresa =Perjuicio mínimo. Art. 25.5**

  - Considerando (35) de la Directiva y art. 25.4.a) de actual LPI ya prevén esa exclusión.

  - INFORME VITORINO. Recomendación I: Las copias realizadas por usuarios de un servicio licenciado (p.ej. comunicación pública o puesta a disposición) causan un "perjuicio mínimo" que no requiere compensación.

  - Anteproyecto: determinación reglamentaria, salvo 2 casos concretos [apartados a) y b)]. RD 1657/2012 no dice nada al respecto.

    - ✓ Añadir como supuestos de "perjuicio mínimo": (i) dispositivos multifuncionales, y (iii) copias de back-up y almacenamiento privado (**modelo UK**: copia privada digital (cloud)= exclusión específica).

    - ✓ Excluir totalmente de remuneración: (i) actos de reproducción ilícitos (piratería), y (iii) reproducciones no realizadas por personas físicas o a pedido de éstas (sentencia Padawan).

# Remuneración compensatoria

- **Exclusión expresa =Perjuicio mínimo. Art. 25.5**

  - Casos específicos: (i) **"reproducción individual y temporal" de obras accedidas por radiodifusión con finalidad de *time shifting***; y (ii) reproducción individual para uso privado con finalidad de ***format shifting***.

    - ✓ Apartado a): Definir el carácter **"temporal"** de la reproducción o eliminarlo y vincularlo a los usos afectados.

    - ✓ Apartado a): El concepto de **"radiodifusión"** es **INDETERMINADO**. La LPI no lo recoge específicamente.

      Sería necesario **ampliarlo a cualquier acto de "comunicación pública", incluida la "puesta a disposición del público"**: daño mínimo, siempre vinculado al uso privado.

      Ej. difusión en una red abierta, ya no se estaría en el ámbito de la copia privada (infracción). Además, existen mecanismos de protección (MTP).

# Remuneración compensatoria

## ➢ Trasposición de la Sentencia Padawan (C-467/10): Art. 25.4

- Se excluyen del cálculo de la compensación las copias realizadas por equipos, aparatos y soportes que (i) no se hayan puesto a disposición de personas físicas, y (ii) que estén "manifiestamente reservados" para usos distintos a la copia privada.

  ✓ Problema: **carga de la prueba de "usos manifiestamente no privados"** = necesaria acreditación por el declarante.

  - Sentencia TS, de 13 de abril de 2011, EGEDA c. Freephone Exarquia, S.L.
  - Sentencia AP de Madrid, de 22 de abril de 2013, EGEDA c. Gestión Informática JCM, S.L.

  ✓ Debería aplicarse sólo el criterio de **"usuarios privados"** (causantes directos del daño): todo lo que no se ponga a su disposición es para uso distinto al privado.

  Ej. Administraciones Públicas, personas jurídicas o profesionales que adquieran dispositivos susceptibles de copia lo hacen para su uso interno empresarial.

# Conclusiones

## ➢ Concepto legal de Copia Privada: Art. 31.2

- **Es necesario eliminar la restricción por modalidad de acceso**: (i) compra-venta (soporte físico) y (ii) comunicación pública y puesta a disposición del público (soporte digital).

  **¿A quien se pediría la autorización? ¿Cómo? ¿Por quién? ¿Cuántas copias? ¿Precio? ¿Quién lo controla?**

- **Es necesario eliminar la restricción de copia privada a la realizada por la persona física directamente**, independientemente de que reciba "ayuda" técnica de terceros.

- Concepto:

  a) La copia privada proceda de una **obra (i) ya divulgada ,y (ii) accedida legalmente**, independientemente de la modalidad de acceso;
  b) sea realizada por una **persona física**, por si misma o a través de terceros; y
  c) la **finalidad sea el uso privado**, no comercial o profesional, ni colectivo o lucrativo.

# Conclusiones

## ➢ Remuneración compensatoria: Art. 25

- Compensación a cargo de los **Presupuestos Generales del Estado** = acorde con la normativa comunitaria. Principio de subsidiariedad.

- **Cálculo de la compensación: criterios objetivos**

  - ✓ **Daño causado**: Pérdida de beneficios + valor económico para el consumidor. Necesaria armonización del concepto a nivel comunitario (Vitorino).

  - ✓ **Perjuicio mínimo**: Necesidad de una definición más amplia. Ej.: las copias digitales de obras accedidas legalmente (por cualquier modalidad de acceso: actos de comunicación pública, incluida la puesta a disposición del público) con finalidad de *time/format shifting, back up*, copias en la nube, etc.

  - ✓ **Supuestos de exclusión: dispositivos puestos a disposición de usuarios NO privados**. Problema: carga de la prueba.

**NEREA SANJUAN RODRÍGUEZ**
**Asesoría Jurídica Corporativa. ONO**
**nerea.sanjuan@ono.es**