From Article 17 CDSM directive: Much ado about nothing?

To the changes by the June 2022 Belgian law and the Digital Services Act:

Towards a new balancing

Alain Strowel

Professeur, UCLouvain, Université Saint-Louis, Brussels, Munich IP Law Center, Avocat, Pierstone, Bruxelles

<u>alain.strowel@uclouvain.be</u> / <u>alain.strowel@pierstone.com</u>



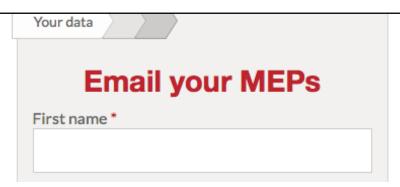
Public debate about © in Digital Single Market dir. (CDSMD Sept. 2016 → April 2019; now implemented)

979 OPEN RIGHTS GROUP

Say no to Article 13's censorship machine

Article 17 in CDSMD

To fight copyright infringement, policymakers want to force internet companies to scan literally everything users attempt to post on their platforms. If Article 13 in the EU's Copyright Directive passes into law, an algorithm will decide whether the content you upload is seen or blocked.



Outline

Fairness in balancing

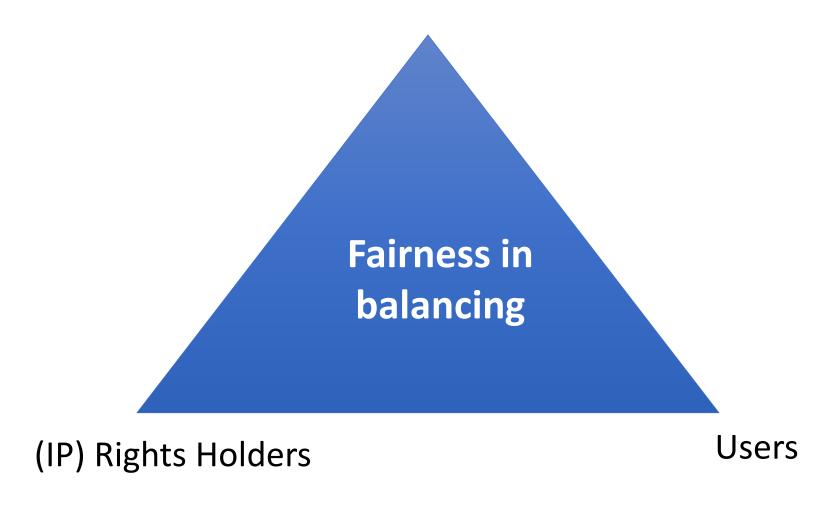
• From the e-Commerce directive to the Digital Services Act: same exemption of liability, but new due diligence obligations

The "communication to the public right" (CJEU)

• L'article 17 CDSM Dir et sa transposition dans les articles XI.228/1 à 9 CDE

Balancing between the stakeholders

Intermediaries/ISPs/platforms



The New EU legal framework

Users

ISPs

(IP) Right Holders

Directive 2009/140(art. 1(3)a)
= **Telecom package**

2016 GDPR (before: Dir. 95/46 = Privacy Dir.)

Internet freedom
Privacy

Directive2000/31
= eCommerce
Dir. (art. 12 to 15)

Reg. 2022/2065
Digital Services
Act = DSA
(art. 4 to 8+
autres)

No monitoring Reactive **Directive 2001/29** = **InfoSoc Dir.** (art. 8(3))

Directive 2004/48
(art. 11)
= Enforcement Dir.

Directive 2019/790 = **CDSM Dir.** (art. 17)

Protection of rights Enforcement

Balancing between the stakeholders under the Belgian implementation

Intermediaries/ISPs/platforms



(IP) Rights Holders: producers + creators

Outline

Fairness in balancing

• From the e-Commerce directive to the Digital Services Act: same exemption of liability, but new due diligence obligations

• The "communication to the public right" (CJEU)

• L'article 17 CDSM Dir et sa transposition dans les articles XI.228/1 à 9 CDE

Liability exemption for hosting and monitoring provision (art. 14 and 15 e-Commerce Dir. → art. 6 & 8 DSA)

- Exemption for hosting = the provision of storage space on servers to thirdparty users (Art. 14)
 - No liability « for the information stored at the request of the recipient of the service »
 - Conditions:
 - if the recipient is not acting « under the authority or the control of the provider »
 - if prompt removal of illicit information
 - if no actual knowledge of illegal information or no awareness of facts or circumstances from which the infringement is apparent
- No general monitoring obligation (art. 15)
 - But option for Member States to create an obligation of informing public authorities

Back in 2015: shall we speak of intermediaries or platforms liability/regulation?

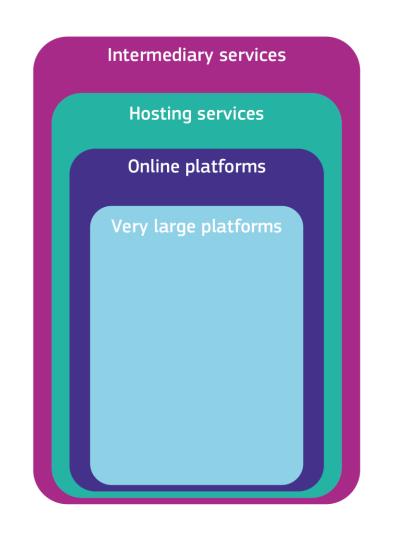
https://vimeo.com/132076290



"Platform regulation is not a useful phrase"

The DSA: varying obligations & graduated approach

- Intermediary service = mere conduit, caching or hosting service
- **Hosting** = "storage of **information** provided by...a recipient of the service"
- Online platform = "a provider of a hosting service which, at the request of a recipient of the service, stores and <u>disseminates to the public</u> information" unless it is minor and ancillary to another service...
- VLOPs (+VLOSEs): = online platforms providing their services to at least 45 M recipients (average monthly number)
 - Delegated act + method for calculation → OJ



Liability of intermediaries under DSA

- Exemption from liability for illegal content transmitted or stored online for providers of intermediary services (cf. art. 12-14 e-comm. Dir.):
 - ➤ Mere conduit service (art. 3)
 - ➤ Caching service (art. 4)
 - ➤ Hosting service (art. 5)
- Good Samaritan provision (art 6): intermediary services are free to carry out their own-initiative investigations and activities for detecting and removing illegal content, without risking to be deemed ineligible for the exemptions from liability
- No general monitoring (active fact-finding) (art. 7)
- If precise order to act against a specific item of illegal content (art. 8), obligation to inform the authority of action taken (or to provide information: art. 9)

Specific obligations for hosting services (including online platforms)

- Requirement to have a **notice and action mechanism** to facilitate the notification of illegal content (art. 16 et s. DSA):
 - → easy to access, user-friendly and enabling submission of a notice electronically
 - Hosting provider confirms the receipt of the notice → makes a decision → informs the notifying party of its decision and the redress possibilities
 - Where a provider decides to remove or disable access to specific information, he/she should provide the recipient of the service with a clear and precise **statement of the reason** for such a decision

Additional obligations for online platforms

- An internal complaint-handling system for the recipients of the service to electronically complain against the online platform's decisions:
 - > to remove or disable access to the information
 - > to suspend or terminate the provision of the service to the recipients
 - ➤ to suspend or terminate the recipients' account (for a period of at least six months following the decision)
- Status of trusted flaggers (granted by the Digital Services Coordinators)
- Measures against repeated infringers and abusive flaggers submitting unfounded notices
- Transparency obligations:
 - Reporting of suspensions, use of automatic means for content moderation
 - Display clearly the online ads

Due diligence obligations for Very Large Online Platforms (VLOPs)

- Obligation of assessment of <u>systemic risks</u> once a year at least (art. 34): about dissemination of illegal content, effects >< fundamental rights, manipulation
- Put in place measures to <u>mitigate the systemic risks</u> (art. 35): for ex. adapt their content moderation or recommender system and "publish comprehensive reports"
- Subject to <u>audits</u> once a year at least (art. 37) + conditions for the auditing organisations + elements required for the audit reports

Due diligence obligations for Very Large Online Platforms (VLOPs)

- Transparency + options of recommender systems (art. 27+38): "specify in a clear and easily comprehensible manner the main parameters" of the algorithms used to offer content on the platform
- Provide data access to Digital Services Coordinator and to vetted researchers (art. 40)
 - > access to data necessary for monitoring and assessing compliance with the DSA to Digital Services Coordinator or EU COM
 - rightharpoonup access to data to "vetted" academic researchers for the sole purpose of identifying and understanding of systemic risks

Outline

Fairness in balancing

• From the e-Commerce directive to the Digital Services Act: same exemption of liability, but new due diligence obligations

The "communication to the public right" (CJEU)

• L'article 17 CDSM Dir et sa transposition dans les articles XI.228/1 à 9 CDE

Broad interpretation of the right of communication to the public by the Court of Justice

- Criteria for the CJEU (Reha, etc.):
 - Any (re)transmission: technological neutrality
 - Two main conditions:
 - 1. An « act of communication » : «indispensable role » of the user (need of deliberate action or intervention)
 - 2. A « public »: quantitative criterion (minimum)
 - Two additional factors:
 - 3. A «new public »: broadening the audience
 - 4. The user motive: «profit-making nature » = to attract consumers ("not irrelevant")
 - Three parameters have an economic dimension:
 - public + *new* audience (+ for-profit motive)
 - Thus, CJEU inclines towards economic reading

CJEU (gr. Ch.), 22 June 2021, *YouTube / Cyando* (C-682/18 and C-683/18)

- Posting without authorisation of recordings on YouTube, of literary works on Cyando → actions in Germany.
 - Federal Court of Justice (Supreme Court) asks questions on InfoSoc dir., e-Comm dir and Enforcement dir.

• CJEU:

- the operator of a content sharing platform, on which users can illegally make protected content available to the public, does not make a 'communication to the public' of that content
- Operator exempted from liability unless it has knowledge of or awareness of <u>specific</u> illegal acts committed by its users relating to protected content that was uploaded to its platform.

Outline

Fairness in balancing

• From the e-Commerce directive to the Digital Services Act: same exemption of liability, but new due diligence obligations

• The "communication to the public right" (CJEU)

 L'article 17 CDSM Dir et sa transposition dans les articles XI.228/1 à 9 CDE

Transposition loi de juin 2022: chap.4/1 (XI.228/2 à 9)

Définition plateformes (fournisseur de services de partage de contenus en ligne) – Art. 2(6) CDSM	Art. XI.228/2 Référence à service de la société de l'information (art. I.18, 1°)
Explicitation du droit de communication au public et exclusion de l'exonération de responsabilité pour hébergeur – Art. 17 (1) et (3) CDSM	Art. XI.228/3
Obligations (licence ou filtrage) – Art. 17 (4) et (6) CDSM	Art. XI.228/5
Coopération au profit utilisateurs (exceptions) + pas d'obligation de surveillance – Art. 17 (7) et (8) CDSM	Art. XI.228/6 et 7
Système de traitement des plaintes	Art. XI.228/9 PIERSTONE

Deux autres mesures insérées dans la loi du 19 juin 2022

Principe de la rémunération appropriée et proportionnelle - Art. 18 CDSM

Art. XI.228/4: droit à rémuneration

- Lorsque auteur/artiste-interprète cède le droit exclusif à communication au public sous le mode d'exploitation 'plateforme'
- Incessible / pas de renonciation
- Obligation de gestion collective par OGC
 représentant les auteurs/artistes-interprètes

Art. XI.228/9: système de médiation

- Médiateurs à designer par plateformes dans les conditions générales
- Obligation de bonne foi
- Coût en partie couvert par les plateformes

PIERSTONE

Art. 17(1) et (2)/XI.228/3: responsabilité directe pour communication au public

un <u>fournisseur de services de partage de contenus en ligne</u> effectue un <u>acte de communication au public</u> ou un acte de <u>mise à la disposition du public</u> aux fins de la présente directive <mark>lorsqu'il donne au public l'accès à des œuvres protégées</mark> par le droit d'auteur ou à d'autres objets protégés <u>qui ont été téléversés par ses utilisateurs</u>

→obtenir une <u>autorisation/licence</u> des titulaires de droits visés au titre de la communication au public (article 3, § 1 et 2 directive 2001/29)

<u>Autorisation</u> couvre également les <u>actes accomplis par les utilisateurs des services</u> si <u>pas à des fins commerciales</u> ou <u>pas de revenus significatifs</u>

Motifs de cette règle: Considérant 61

• « Au cours des dernières années, le fonctionnement du marché des contenus en ligne s'est complexifié. Les services de partage de contenus en ligne qui donnent accès à une quantité importante de contenus protégés par le droit d'auteur téléversés par leurs utilisateurs sont devenus une source principale d'accès aux contenus en ligne. Les services en ligne constituent un moyen d'élargir <mark>l'accès</mark> aux œuvres culturelles et créatives et offrent aux secteurs de la culture et de la création d'excellentes possibilités d'élaborer de nouveaux modèles économiques. Même s'ils sont un gage de diversité et facilitent <mark>l'accès</mark> aux contenus, ces services sont néanmoins source de difficultés quand un contenu protégé par le droit d'auteur est téléversé sans l'autorisation préalable des titulaires de droits. Il existe une insécurité juridique quant à la question de savoir si les fournisseurs de ces services procèdent à des actes relevant du droit d'auteur et doivent obtenir l'autorisation des titulaires de droits pour les contenus téléversés par leurs utilisateurs «

Motifs de cette règle: Considérant 61

• « Cette insécurité affecte la capacité des titulaires de droits à déterminer si leurs œuvres et autres objets protégés sont utilisés, et dans quelles conditions, et leur capacité à obtenir une rémunération appropriée en contrepartie d'une telle utilisation. *Il est donc important d'encourager le* développement du marché de l'octroi de licences entre les titulaires de droits et les fournisseurs de services de partage de contenus en ligne. Ces accords de licence devraient être <mark>équitables</mark> et maintenir un équilibre raisonnable entre les deux parties. Les titulaires de droits devraient percevoir une rémunération appropriée pour l'utilisation de leurs œuvres et autres objets protégés. Cependant, dès lors que ces dispositions ne devraient pas porter atteinte à la liberté contractuelle, les titulaires de droits ne devraient pas être tenus de donner leur autorisation ni de conclure des accords de licence. »

Article 17(7)/XI.228/6 et7: coopération entre titulaires de droits et plateformes + préservation des intérêts des usagers

- Pas empêcher la mise à disposition de contenus protégés téléversés par des utilisateurs lorsque exception
- Directive cite les <u>exceptions</u>:
- a) citation, critique, revue;
- b) utilisation à des fins de caricature, de parodie ou de pastiche

Plus étendu dans la loi belge de transposition

Conclusions? Un balance enrichie entre les divers intérêts



Merci pour votre attention

Alain Strowel

Art. 17(4)/ XI.228/5: nouvelles obligations

Si pas d'autorisation n'est accordée, plateformes <u>sont responsables</u> des actes non autorisés de communication au public, (...), <u>à moins qu'ils</u> ne démontrent que:

- a) meilleurs efforts pour obtenir une autorisation; et
- b) <u>meilleurs efforts pour filtrer/garantir l'indisponibilité</u> des contenus protégés; et en tout état de cause
- c) <u>ont agi promptement</u>, dès notification motivée des titulaires de droits, <u>pour bloquer l'accès</u> aux contenus protégés <u>ou pour les retirer</u> de leurs sites internet, et <u>ont fourni leurs meilleurs efforts pour empêcher qu'ils soient téléversés dans le futur</u>

Art. 17(8) / XI.228/6 §2: pas d'obligation de surveillance

Coopération pour éviter que

Aucune obligation générale de surveillance

Article 17(5): la proportionnalité dans les obligations de la plateforme

- 5. Pour déterminer si le fournisseur de services a respecté les obligations qui lui incombent en vertu du paragraphe 4, et à la lumière du <u>principe de proportionnalité</u>, les éléments suivants sont, entre autres, pris en considération:
- a) le type, l'audience et la taille du service, ainsi que le type d'œuvres ou d'autres objets protégés téléversés par les utilisateurs du service; et
- b) la disponibilité de moyens adaptés et efficaces et leur coût pour les fournisseurs de services.

Article 17(6):

6. Les États membres prévoient que, à l'égard de nouveaux fournisseurs de services (...) dont les services ont été mis à la disposition du public dans l'Union depuis moins de trois ans et qui ont un chiffre d'affaires annuel inférieur à 10 millions d'euros calculés conformément à la recommandation 2003/361/CE de la Commission, les conditions au titre du régime de responsabilité énoncé au paragraphe 4 sont limitées au respect du paragraphe 4, point a), et au fait d'agir promptement, lorsqu'ils reçoivent une notification suffisamment motivée, pour bloquer l'accès aux œuvres ou autre objets protégés faisant l'objet de la notification ou pour les retirer de leurs site internet.

Lorsque le nombre moyen de visiteurs uniques par mois de tels fournisseurs de services dépasse les 5 millions, calculé sur la base de l'année civile précédente, ils sont également tenus de démontrer qu'ils ont fourni leurs meilleurs efforts pour éviter d'autres téléversements des œuvres et autres objets protégés faisant l'objet de la notification pour lesquels les titulaires de droits ont fourni les informations pertinentes et nécessaires.

• « Plusieurs éléments devraient être pris en considération aux fins de cette évaluation, tels que <u>la taille du service</u>, l'évolution de l'état de l'art en ce qui concerne les moyens existants, y compris leurs évolutions futures potentielles, pour éviter la disponibilité des différents types de contenus et le coût de tels moyens pour les services. Différents moyens pourraient être appropriés et proportionnés, en fonction du type de contenu, et il ne peut dès lors être exclu que dans certains cas, la disponibilité de contenus non autorisés protégés par le droit d'auteur ne puisse être évitée que sur notification des titulaires de droits. Toute mesure prise par les fournisseurs de services devrait être effective au regard des objectifs poursuivis, mais ne devrait pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif qui est d'éviter et de mettre fin à la disponibilité d'œuvres et d'autres objets protégés non autorisés. »

« Lorsqu'aucune autorisation n'a été accordée aux prestataires de services, ils devraient fournir leurs meilleurs efforts, conformément aux normes élevées du secteur en matière de diligence professionnelle, pour éviter que des œuvres et d'autres objets protégés non autorisés, tels qu'identifiés par les titulaires de droits concernés, ne soient disponibles sur leurs services. À cette fin, les titulaires de droits devraient fournir les informations pertinentes et nécessaires aux fournisseurs de services en tenant compte, entre autres facteurs, de la taille des titulaires de droits et de leurs types d'œuvres et autres objets protégés concernés. »

• « Les mesures prises par les fournisseurs de services de partage de contenus en ligne en coopération avec les titulaires de droits ne devraient pas avoir pour conséquence d'empêcher la disponibilité de contenus qui ne portent pas atteinte au droit d'auteur, y compris d'œuvres ou d'autres objets protégés dont l'utilisation est couverte par un accord de licence ou par une exception ou une limitation au droit d'auteur ou aux droits voisins. Les mesures prises par ces fournisseurs de services ne devraient, dès lors, pas affecter les utilisateurs qui utilisent les services de partage de contenus en ligne afin de téléverser de manière licite des informations sur ces services et d'y accéder de manière licite »

• « En outre, les obligations établies dans la présente directive ne devraient pas avoir pour conséquence que les États membres imposent une obligation générale de surveillance. Lors de l'évaluation visant à déterminer si un fournisseur de services de partage de contenus en ligne a fourni ses meilleurs efforts conformément aux normes élevées du secteur en matière de diligence professionnelle, il y a lieu de prendre en considération le fait que ledit fournisseur de services a pris ou non toutes les mesures qui seraient prises par un opérateur diligent pour visant à empêcher la disponibilité d'œuvres ou d'autres objets protégés non autorisés sur son site internet, en tenant compte des meilleures pratiques du secteur et de l'efficacité des mesures prises à la lumière de tous les facteurs et évolutions pertinents, ainsi que du principe de proportionnalité. »

Plateformes visées: Considérant 62

• « La définition de fournisseur de services de partage de contenus en ligne prévue par la présente directive ne devrait cibler que les services en ligne qui jouent un rôle important sur le marché des contenus en ligne en étant en concurrence pour les mêmes publics avec d'autres services de contenus en ligne, comme les services de diffusion audio et vidéo en flux continu. Les services couverts par la présente directive sont les services dont l'objectif principal ou l'un des objectifs principaux est de stocker et de permettre aux utilisateurs de téléverser et de partager une quantité importante de contenus protégés par le droit d'auteur en vue d'en tirer un profit, directement ou indirectement, en organisant et en promouvant ces contenus afin d'attirer un public plus large, y compris en les classant et en faisant une promotion ciblée parmi ceux-ci. Ces services ne devraient <mark>pas inclure</mark> les services qui ont un objectif principal autre que celui de permettre aux utilisateurs de téléverser et de partager une grande quantité de contenus protégés par le droit d'auteur en vue de tirer profit de cette activité. »

Suite considérant 62: sont exclus

• « Ces services englobent, par exemple, les services de communications électroniques au sens de la directive (UE) 2018/1972 (...), ainsi que les prestataires de services en nuage informatique entre entreprises et les services en nuage informatique qui permettent aux utilisateurs de téléverser des contenus pour leur propre usage, comme les sites de stockage de fichiers en ligne de type «cyberlocker», ou les places de marchés en ligne dont l'activité principale consiste en la vente au détail en ligne, et qui ne donnent pas accès à des contenus protégés par le droit d'auteur. Les fournisseurs de services tels que les plateformes de développement et de partage de logiciels libres, les répertoires scientifiques ou éducatifs à but non lucratif, ainsi que les encyclopédies en ligne à but non lucratif devraient également être exclus de la définition de fournisseur de services de partage de contenus en ligne. Enfin, (...) le mécanisme d'exonération de responsabilité prévu dans la présente directive ne devrait <u>pas s'appliquer aux fou</u>rnisseurs de services dont l'objectif principal est de se livrer à du piratage de droits d'auteur ou de le faciliter. »

© injunction: Art. 8(3) Infosoc (2001/29) Dir.

• Art. 8(3):

« Member States shall ensure that rightholders are in a position to apply for an <u>injunction</u> against <u>intermediaries</u> whose services are used by a third party to <u>infringe</u> a copyright or related right. »

- Independent from liability
 - Compatible with liability exemptions of eCommerce Dir.: as the exemptions/safe harbours do not cover actions for injunctions

Based on a broad « duty to care »

Definition of the outer limit and conditions for injunctions by the CJEU

- Definition of the "outer limit": beyond no possibility to get injunction
 - Access provider: CJEU, 24 Nov. 2011, C-70/10 (Scarlet v. SABAM)
 - Hosting provider: CJEU, 16 Febr. 2012, C-560/10 (Netlog v. SABAM)
- Clarification of the conditions for ordering injunctions:
 - Access provider: CJEU, 27 March 2014, C-314/12 (UPC Telekabel Wien)
- In search of the "fair balance"