



## Ester Peralba i Garcia

Sòcia fundadora  
de P.I. Advocats



*Ester Peralba i Garcia*

### Reflexions sobre la legislació andorrana aplicable a l'exploració de continguts en l'espai digital

Per què he triat aquest títol per a la meua comunicació? Principalment, per remarcar que, des de fa set mesos, disposem a Andorra d'una llei que fa una primera regulació d'una de les qüestions fonamentals que afecten l'explotació de continguts en l'espai digital, que és la responsabilitat dels prestadors de serveis d'intermediació en aquest espai –es tracta, entre d'altres, d'empreses que operen amb xarxes socials, que operen amb pàgines web d'enllaços i que allotgen pàgines web–. Aquesta llei regula també la qüestió dels agregadors de continguts en l'espai digital, com ara les empreses que agreguen continguts de diversos mitjans de comunicació per la via temàtica.

Aquesta nova llei de què disposem a Andorra és la Llei 20/2014, del 16 d'octubre, reguladora de la contractació electrònica i dels operadors que desenvolupen la seva activitat econòmica en un espai digital, que acaba d'entrar plenament en vigor. En aquesta llei es transposa a l'ordenament jurídic andorrà la Directiva 2000/31/CE del Parlament Europeu i del Consell, del 8 de juny del 2000, relativa a determinats aspectes jurídics dels serveis de la societat de la informació, en particular el comerç electrònic en el mercat interior, alhora que, per a redactar-la, s'han pres en consideració resultats de consultes públiques dutes a terme per la Comissió Europea a prestadors de serveis d'intermediació, i lleis recents en la matèria dels Estats Units i de països llatinoamericans, entre d'altres.

Crec que es tracta d'una llei innovadora, que atorga molta seguretat jurídica als operadors que desenvolupen una activitat econòmica en l'espai digital, establerts a Andorra o amb un establiment permanent situat al nostre país. A més, és una llei que empra una terminologia molt neutra, tecnològicament parlant, la qual cosa la fa molt adaptable a futurs canvis tecnològics.

Però no només aquesta llei fa referència a aquestes qüestions a Andorra, sinó que també ho fa la Llei 30/2014, del 27 de

novembre, qualificada de protecció civil als drets a la intimitat, a l'honor i a la pròpia imatge, de manera específica i orientada als mitjans de comunicació quan actuen com a prestadors de serveis d'intermediació en l'espai digital, però establint les seves obligacions en cas que disposin, per exemple, de xats o blogs que permetin que els seus oients o lectors interactuïn fent comentaris sobre notícies diàries o sobre qüestions generals. Així, el més destacable és que la dita llei obliga els mitjans de comunicació a disposar de procediments senzills i gratuïts anomenats de notificació, retirada i reposició que poden emprar tercers que es considerin afectats per comentaris expressats en els referits xats o blogs, i estableix les pautes a seguir per tal que els mitjans de comunicació puguin decidir retirar o no els comentaris de què es tracta. Disposar d'aquest procediment de notificació, retirada i reposició és voluntari per als prestadors de serveis d'intermediació que no són mitjans de comunicació, qüestió que queda regulada en la Llei 20/2014, del 16 d'octubre, reguladora de la contractació electrònica i dels operadors que desenvolupen la seva activitat econòmica en un espai digital. Aquestes regulacions, però, hauran d'anar evolucionant de manera més o menys ràpida i continuada, per raó de l'acostament d'Andorra a la Unió Europea. I no únicament pel fet, si aquest acostament es produeix, d'haver de transposar a l'ordenament jurídic andorrà la totalitat del cabal comunitari existent, sinó també per raó del pla anunciat per la Comissió Europea fa un mes, de creació d'un mercat digital únic europeu, amb la finalitat que aquest pugui ser competitiu amb el dels Estats Units, pel qual es treballarà en una nombrosa nova normativa, entre d'altres, en matèria de drets d'autor i drets veïns als drets d'autor, en matèria de protecció de dades de caràcter personal, en matèria de contractació electrònica i en matèria de protecció dels consumidors en l'entorn digital. Alguns dels drets que es poden considerar més afectats quan hi ha difusió de continguts en l'espai digital, són els drets d'autor i els drets veïns als drets d'autor, els drets de marca i els drets a la imatge personal. Aquests drets atorguen als seus titulars un monopoli, és a dir, que els seus titulars poden autoritzar o no l'ús i l'explotació per part de tercers de la seva obra, la seva marca o la seva imatge personal. El control d'usos i explotacions de continguts per part de tercers quan es tracta de continguts incorporats en productes

tangibles, com ara en llibres editats en paper, en CD i DVD o en productes de marxandatge, és relativament fàcil, a banda que ja hi ha molta experiència per part de tots els agents implicats en aquest control –entre d’altres, advocats i agents de duana–, i sabem força bé com cal actuar.

En canvi, en l’espai digital aquest control es complica moltíssim. Per què? Doncs perquè les tecnologies que permeten la reproducció, la difusió, l’alteració i la manipulació de continguts en l’espai digital són d’altíssima proliferació, qualitat i velocitat, i de difícil control i persecució. A més, en l’espai digital també és habitual que es perdi la pista de qui és el pare o la mare d’un contingut; en efecte, en l’espai digital hi circulen molts continguts que legalment es coneixen com a “orfes”.

Tanmateix, això no és nou, els avenços de la tecnologia sempre han estat desafians per a la lluita contra els usos i les explotacions no autoritzades de continguts.

En el cas dels drets d’autor, és evident que hi ha hagut molts moments de “traumes” amb motiu dels avenços tecnològics. Aquests traumes s’han anat superant gràcies a convencions internacionals i reformes legislatives nacionals, però especialment gràcies a la jurisprudència, a interpretacions judicials basades en l’esperit i els propòsits de les normatives existents en cada moment, possibilitant l’adaptabilitat d’aquestes normatives, que així han pogut anar perdurant en el temps. Són exemples d’aquests traumes quan els llibres sorgits de les primeres impremtes van començar a circular pel món i a reproduir-se per altres impremtes, quan les actuacions musicals en viu van començar a ser explotades per radiodifusió, o quan van aparèixer les fotocopiadores i els escàners. Tot això ha anat comportant desenvolupaments com ara l’aparició de les societats de gestió col·lectiva de drets d’autor i drets veïns als drets d’autor o l’aparició dels cànons per còpia privada.

Però això no s’acaba aquí, atès que continuen sorgint noves tecnologies, nous models de negoci, especialment per a l’espai digital. Per tant, ara, a banda d’acabar d’establir unes regles del joc clares per al que ja tenim en marxa, s’està començant a pensar, des d’un punt de vista legal, com es farà front a possibles nous traumes en aquest sentit. Per exemple, ¿com es regularà la fabricació de productes mitjançant les impressores 3D que es trobin ubicades en establiments

comercials? ¿Caldrà disposar de llicències específiques, per exemple, en matèria de dissenys industrials, quan vulguem que amb aquestes impressores 3D ens fabriquin mobles? ¿Qui es farà càrrec d'obtenir les llicències que pertoquin dels dissenys industrials, els establiments comercials que es dediquin a la impressió 3D o els que encarreguem mobles havent-ho d'acreditar als establiments comercials?

Un cop fetes les reflexions genèriques inicials, a continuació faré referència als que, en la meua opinió, són els principals problemes de caire legal que ens trobem en l'explotació de continguts en l'espai digital. Són els següents:

1. La percepció generalitzada que els continguts que es troben en l'espai digital són de lliure utilització i explotació quan, d'acord amb les lleis relatives als drets que afecten els continguts, no és així.

Per què hi ha aquesta percepció generalitzada? Perquè en moltes ocasions no hi ha advertències legals que expliquin que l'ús i l'explotació dels continguts de què es tracti estan prohibits, altres vegades hi ha advertències legals insuficients o poc entenedores o clares, o no hi ha indicacions de "copyright" o de "marca registrada". A més, no hi sol haver sistemes tècnics implementats o efectius per impedir fer fàcilment un "copia i enganxa" o enllaçar a continguts; en general, no hi ha gaire dificultat per redifondre i reutilitzar continguts que es troben en l'espai digital.

D'altra banda, l'aparició de les llicències "creative commons" ha creat, en certa manera, confusió, atès que molta gent creu que als creadors que per a les seves creacions ofereixen llicències "creative commons" no els importa la propietat intel·lectual que hi recau, i això no és així. Les llicències "creative commons" són unes llicències basades en els drets d'autor. L'única diferència amb les llicències tradicionals en aquesta matèria és que les "creative commons" són llicències estandaritzades que, segons la seva tipologia, se sap a l'instant què permeten i què no permeten fer.

Fins i tot hi ha legislacions que estableixen protocols a seguir en relació amb les anomenades obres "òrfenes" que circulen en l'espai digital, és a dir, les obres sobre les quals, en principi, no hi ha referència ni pistes de qui és el creador o el titular dels drets. A la Unió Europea, aquestes legislacions transposen la Directiva 2012/28/UE del Parlament Europeu i del Consell, del 25 d'octubre, sobre certs usos autoritzats d'obres òrfenes. Es

tracta de legislacions que, abans que es faci un ús o explotació lliure d'una obra òrfena trobada en l'espai digital, requereixen que es duguin a terme recerques diligents, seguint una sèrie de directrius, incloses consultes en bases de dades d'obres d'aquest tipus, que ens permetin arribar de forma raonable a la convicció que l'obra no pertany a ningú i que, per tant, la podem utilitzar o explotar sense permís.

La principal solució que se m'acut per intentar superar aquest, podem dir, malentès, és l'educació, començant per les escoles, i reforçant-ho en l'ensenyament d'estudis superiors relatius a professions que estiguin relacionades amb l'ús i la creació de continguts en l'espai digital, com ara estudis relacionats amb el periodisme i la comunicació o amb la informàtica.

2. La desorientació i la dificultat per obtenir autoritzacions per poder explotar legalment continguts en l'espai digital.

Les autoritzacions per explotar continguts en l'espai digital solen ser en format de llicències, en les quals es defineixen els usos permesos, si són en exclusiva o no, els territoris que cobreixen les llicències i la seva durada, entre d'altres.

Per posar un exemple, en el cas de la música:

Qui concedeix aquestes llicències?

Una empresa que operi un lloc web en el qual s'incorpori música, i sense que aquest lloc web estigui geobloquejat, ¿ha de demanar llicències que cobreixin l'explotació de la música per a un territori mundial?

¿Ha de seguir el mateix procediment un lloc web que incorpori música per a ambientació, un lloc web que sigui una ràdio en "streaming", o una botiga virtual a l'estil d'iTunes, Google Play o Amazon?

Doncs no hi ha normatives ni pràctiques concloents sobre això i no hi ha respostes cent per cent segures. En aquesta àrea del dret te l'has de jugar, és la pràctica la que t'ensenya i les decisions estan basades en la lògica, la raonabilitat i, repreneu les paraules del Dr. Pere Vilanova, en la seva comunicació, en conclusions prudentes. Per descomptat, en aquesta àrea del dret s'ha de renunciar a la predictibilitat.

Ens podem trobar, per tant, diverses visions, solucions i opcions, en funció de les característiques de cada cas, segons el tipus de lloc web que dugui a terme l'explotació de continguts, el territori des del qual s'explotin i el públic al qual vagin dirigits.

Per al cas de la música, que he escollit a mode il·lustratiu, les grans empreses discogràfiques i editores musicals, juntament amb les societats de gestió col·lectiva de drets d'autor i drets veïns als drets d'autor, van definint, sobre la marxa, les tipologies i els procediments per a la concessió de llicències. Cada cop hi ha més gestió directa de repertoris quan es tracta de plataformes com iTunes, Google Play o Amazon, cosa que vol dir que les discogràfiques i les editores musicals, pel seu compte o mitjançant un acord amb la societat de gestió col·lectiva que escullin, atorguen directament llicències sobre el seu repertori a les plataformes referides. En altres casos en què els usos i les explotacions són més locals, les llicències s'atorguen per societats de gestió col·lectiva nacionals quan, per exemple, els usos i explotacions els fan llocs web que es dirigeixen clarament al públic d'un país, en supòsits com ara ràdios en "streaming".

Per aquest motiu, en aquesta àrea del dret també és important ser conscients que cal tenir a l'abast les legislacions de pràcticament tot el món. En efecte, en funció del producte o servei que s'exploti en l'espai digital, no n'hi ha prou de conèixer la legislació del teu país, cal veure a quin públic va destinat el producte o servei i assessorar el teu client també d'acord amb la legislació de la resta d'eventuals països involucrats. Per tant, en aquesta àrea del dret també és important teixir una xarxa de contactes amb altres advocats que et puguin orientar o als quals puguis subcontractar a aquest efecte. En definitiva, el que vull transmetre és que, en aquesta àrea del dret, s'ha de pensar molt en global.

3. Les diferències en les legislacions nacionals respecte a les limitacions i excepcions per al lliure ús de continguts objecte de drets d'autor i drets veïns als drets d'autor, amb finalitats educatives, socials i culturals no estan harmonitzades a nivell internacional.

Els intents de fer una harmonització d'aquestes limitacions i excepcions a escala internacional, de moment, es pot dir que han fracassat. Això es tradueix en el fet que l'explotació d'un contingut sense autorització en l'espai digital, dirigit a usuaris de tot el món, pot ser legal als Estats Units per considerar-se de "fair use", però no en un estat de la Unió Europea, o a Andorra, perquè no s'acull a una limitació o excepció legalment establerta.

El cas de Google Books, relatiu a l'escaneig per part de Google de llibres existents en diverses biblioteques del món, és un dels que il·lustren millor aquesta situació. Als Estats Units hi ha hagut decisions favorables a Google basant-se en la doctrina del "fair use", per considerar que el que Google duia a terme afavoria el progrés de la ciència i les arts. A França, per contra, es va condemnar Google, atès que la legislació francesa no comptava amb una limitació o excepció en la qual es pogués encabir l'acció de Google.

4. La facilitat en la redifusió i reutilització de continguts en l'espai digital, i la dificultat en la persecució de les infraccions. Per al control de la redifusió i reutilització de continguts, són de molta utilitat les lleis de l'estil de la Llei 20/2014, del 16 d'octubre, reguladora de la contractació electrònica i dels operadors que desenvolupen la seva activitat econòmica en un espai digital.

És molt important establir normes clares sobre això, com considero que ara tenim a Andorra, pel que fa a la responsabilitat dels prestadors de serveis d'intermediació. En tot cas, aquestes normes s'han d'anar complementant amb la jurisprudència.

El principi general que regeix en aquestes lleis és que els prestadors de serveis d'intermediació no tenen cap obligació de fer una vigilància prèvia i genèrica sobre els continguts que pegen tercers als quals els presten els seus serveis d'intermediació. No obstant això, tal com he dit abans, els prestadors de serveis d'intermediació han de posar a disposició del públic procediments de notificació, retirada i reposició de continguts, seguint, però, unes directrius perfectament establertes que, arribat el cas, els han de servir per diluir la seva responsabilitat. Com també he apuntat, l'establiment d'aquests procediments a Andorra és obligatori per als mitjans de comunicació i optatiu per a la resta de prestadors de serveis d'intermediació en l'espai digital.

Malgrat això, encara que millora molt la situació, no deixa d'haver-hi un problema en la persecució de les infraccions, atès que molts cops es produeixen amb un abast i amb efectes a nivell internacional, motiu pel qual cal prendre decisions sovint gens fàcils sobre quina hauria de ser la

legislació aplicable al cas de què es tracti, en funció de la major connexió amb el fet infractor que s'hagi produït, i sobre quina hauria de ser la jurisdicció competent.

Per tant, en comptes d'iniciar immediatament accions judicials, les quals són molt costoses, i força sovint incertes, especialment si cal interposar demandes en altres països, el que és més viable com a primer pas és utilitzar els procediments esmentats de notificació, retirada i reposició de continguts, els quals ja estan previstos per moltes legislacions en el món. Per la meua experiència, davant fonamentacions legals ben justificades, els prestadors de serveis d'intermediació solen reaccionar retirant continguts que puguin lesionar drets de tercers.

Per finalitzar aquesta comunicació, com a conclusions de tot l'exposat, vull destacar el següent:

- A Andorra comencem a estar en línia, encara que haurem d'estar molt més en línia perquè, si finalment es materialitza l'acostament a la Unió Europea, haurem de transposar a l'ordenament jurídic andorrà més normativa comunitària existent avui.

A més, la Unió Europea ha anunciat que s'ha d'anar cap a un mercat digital únic europeu, el qual implicarà el sorgiment de molta més normativa relativa a l'espai digital i que també haurem de tenir en compte a Andorra.

- És una àrea del dret en la qual hi ha llacunes permanents i incertesa, hi té gran importància la jurisprudència, i cal aplicar la lògica i la raonabilitat, i arribar a conclusions prudentes.

Així mateix, torno a remarcar que en aquesta àrea del dret és important no estar aïllat en la legislació del teu país, sinó que cal pensar en global, i utilitzar també la tecnologia per connectar-te i col·laborar amb advocats d'altres països que et puguin ajudar a decidir en casos on els teus clients explotin, per mitjà de l'espai digital, productes i serveis cap al món.