CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. F. G. JACOBS presentadas el 26 de mayo de 1989 *

Señor Presidente,
Señores Jueces,

1. En estos cuatro asuntos (Ministère public/Tournier, 395/87, y asuntos acumulados 110/88, SACEM/Lucazeau, 241/88, SACEM/Debelle, y 242/88, SACEM/Soumagnac), se pide al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre la interpretación de los artículos 30, 59, 85 y 86 del Tratado CEE con respecto a la conducta de la sociedad francesa que gestiona los derechos de propiedad intelectual, la Société des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (SACEM), en relación con los empresarios de discotecas franceses, y con respecto a las relaciones entre la SACEM y las sociedades que gestionan los derechos de propiedad intelectual en otros Estados miembros de la CEE.

2. Antes de entrar en las referidas cuestiones de interpretación, es necesario considerar los antecedentes de hecho y derecho de las controversias que se sustancian ante los Tribunales franceses, examinando la legislación francesa aplicable, el cometido y funcionamiento de la SACEM, y la estructura de sus relaciones con otras sociedades de gestión de derechos de propiedad intelectual y con determinadas categorías de clientes, tales como los empresarios de discotecas.

La legislación francesa aplicable

3. Con arreglo a la Ley de 11 de marzo de 1957 sobre la propiedad intelectual (según resultó modificada por la Ley de 3 de julio de 1985, relativa a los derechos de autor y a los derechos de artistas e intérpretes, de los productores de grabaciones de sonido y cintas de vídeo, y de las empresas de radiodifusión y televisión), el derecho de explotación que la propiedad intelectual concede al autor (es decir, al creador) de una obra comprende el derecho de comunicación pública («droit de représentation») y el derecho de reproducción («droit de reproduction»). En el artículo 27 de la Ley, la comunicación pública se define como «dar a conocer la obra al público mediante cualquier procedimiento [...]». En el artículo 28, la reproducción se define como «la fijación material ("fixation matérielle") de la obra mediante cualquier método indirecto de darla a conocer al público», incluida la grabación mecánica. El artículo 30 prevé la posibilidad de cesión de los derechos de reproducción y de comunicación pública, mediante contraprestación o sin ella. El artículo 31 prevé, *inter alia*, que cuando un autor ceda sus derechos de propiedad intelectual, deberá determinarse con precisión en el contrato la extensión y finalidad del uso que vaya a hacerse de la obra. Esta disposición permite al autor o a sus cesionarios explotar el mismo derecho para distintas finalidades. En la práctica, a cambio de una remuneración por la reproducción, el autor de una obra musical suele ceder su derecho de reproducción a alguna empresa de producción de discos, exigiendo que los discos que se vendan se destinen exclusivamente al uso particular del comprador. Si el disco o cinta magnetofónica se difunde en público posteriormente, por ejemplo en discotecas, bares o tiendas, el autor tendrá derecho a recibir del dueño del establecimiento tanto una remuneración relativa al derecho de comunicación pública como una remuneración suplementaria de reproducción mecánica («droit complémentaire de reproduction mécanique») relativa al uso público del sonido grabado.

* Lengua original: inglés.

4. El artículo 33 de la Ley de 11 de marzo de 1957 dispone que será nula, en principio, la cesión global de derechos sobre futuras obras. Sin embargo, el párrafo 2 del artículo 43 establece una excepción relativa al «contrato general de representación», definido como el contrato mediante el cual una organización profesional de autores concede a un empresario de espectáculos («entrepreneur de spectacles»), por la duración del contrato, el derecho de comunicación pública de las obras presentes y futuras contenidas en el repertorio de la organización, de conformidad con las condiciones establecidas por el autor o sus causahabientes.

5. En relación con los principios en que se basa la remuneración de los autores, el artículo 35 de la Ley de 11 de marzo de 1957 dispone que la cesión de los derechos de propiedad intelectual «deberá conferir al autor una participación proporcional en los ingresos obtenidos de la venta o utilización». La remuneración a tanto alzado sólo se autoriza en casos excepcionales; por ejemplo, cuando no resulte posible en la práctica determinar la base para el cálculo de la participación del autor.

6. El título IV de la Ley de 3 de julio de 1985 contiene algunas normas sobre creación, disolución y funcionamiento de las sociedades de gestión de derechos de propiedad intelectual. El artículo 38 exige, entre otras cosas, que dichas sociedades lleven un repertorio completo de los autores y compositores a los que representen, tanto franceses como extranjeros, por lo que se interpreta que requiere que ese repertorio completo pueda ser consultado por los usuarios de dicha música. Con arreglo al artículo 41, las sociedades de gestión de derechos de propiedad intelectual deberán enviar al Ministerio de Cultura una copia de su contabilidad anual y comunicarle por adelantado toda modificación prevista de los estatutos o de las normas relativas a la percepción y distribución de las remuneraciones. Ni en dicha Ley ni en ningún otro lugar se prevé específicamente control externo alguno en materia de fijación de la remuneración de los derechos de propiedad intelectual por parte de las sociedades de gestión.

7. Por último, debe mencionarse que, con arreglo al artículo 426 del Código Penal, «toda reproducción, comunicación pública o difusión de una obra de creación humana que vulnere los derechos de propiedad intelectual definidos y regulados por ley» constituirá un delito de infracción de la propiedad intelectual.

El cometido y funcionamiento de la SACEM

8. Son miembros de la SACEM los autores y compositores de obras musicales, así como los productores musicales que explotan obras musicales en virtud de contratos celebrados con los autores y compositores. Con arreglo a los artículos 1 y 2 de sus estatutos, al adherirse a la sociedad sus miembros confieren a la SACEM el derecho exclusivo a ejercitar en todo el mundo los derechos de comunicación pública y de reproducción mecánica de las obras por ellos creadas o explotadas. La función específica de la SACEM es la de recaudar y distribuir las remuneraciones que corresponden a sus miembros como consecuencia del ejercicio de los referidos derechos. A la Société pour l'administration du droit de reproduction mécanique des auteurs, compositeurs et éditeurs (SDRM), filial de la SACEM, le ha encomendado esta última la gestión del derecho de reproducción mecánica; no obstante, en virtud de un contrato de mandato, la SACEM recauda y distribuye por cuenta de la SDRM las remuneraciones correspon-

dientes al derecho suplementario de reproducción mecánica mencionado más arriba.

9. En el repertorio de las obras musicales que administra la SACEM no sólo se incluyen las obras que le encomiendan sus miembros sino también las obras cuya gestión lleva la SACEM en virtud de contratos de representación recíprocos celebrados con sociedades de gestión de derechos de propiedad intelectual de otros países, incluyendo sociedades de los demás Estados miembros, excepto Irlanda, en donde los derechos de comunicación pública los gestiona la British Performing Right Society (Sociedad británica de derechos de comunicación pública), y Luxemburgo, que forma parte del ámbito de operaciones de la propia SACEM.

10. Mediante un contrato de este tipo, la sociedad de gestión de derechos de propiedad intelectual se compromete esencialmente, sobre una base de reciprocidad, a gestionar dentro de su esfera de operaciones (generalmente su territorio nacional) los derechos de comunicación pública correspondientes al repertorio de una sociedad extranjera. Con dicho fin, se compromete a aplicar, en lo relativo a la recaudación y distribución de las remuneraciones correspondientes al repertorio extranjero, los mismos términos y condiciones que aplica a su propio repertorio, y a adoptar cuantas medidas resulten necesarias para evitar la infracción de los derechos de propiedad intelectual. Se compromete asimismo a transferir a la sociedad extranjera, por lo menos una vez al año, las cantidades recaudadas que correspondan a la utilización del repertorio de la misma, pero con derecho a deducir de dichas cantidades unos gastos de administración que sean razonables. En virtud de contratos recíprocos celebrados con otras sociedades en todo el mundo, la SACEM gestiona en su esfera de operaciones los derechos de comunicación pública correspondientes a prácticamente todo el repertorio mundial de obras musicales protegidas.

Relaciones entre la SACEM y las discotecas

11. Las relaciones entre la SACEM y los empresarios franceses de discotecas se rigen por un contrato tipo general de comunicación pública, en el sentido del apartado 2 del artículo 43 de la Ley de 11 de marzo de 1957 (véase el apartado 4 anterior). La SACEM concede al empresario de la discoteca una autorización global para la comunicación pública de cualquier obra perteneciente al repertorio (nacional y extranjero) que gestiona, mediante la denominada «clause forfaitaire» (cláusula de remuneración a tanto alzado), que está redactada de la siguiente manera:

«La remuneración que, como contraprestación al derecho concedido al concesionario para utilizar las obras presentes y futuras integradas en el repertorio general de la SACEM en todo el período de duración del contrato y con arreglo a las condiciones y métodos de explotación fijados en el contrato, se recoge en el artículo 2 de las cláusulas particulares, será obligatorio con independencia de la composición del programa de las obras musicales que se comuniquen públicamente de hecho en el establecimiento.»

La discoteca se obliga a abonar una remuneración consistente en un porcentaje sobre los ingresos brutos totales del establecimiento, definidos como cualesquiera ingresos que perciba la discoteca por los servicios prestados y bienes vendidos al público, incluyendo los ingresos derivados del precio de la entrada, de las bebidas y alimentos, así como el IVA y el servicio. El porcentaje vigente es el 8,25 %, integrado por un 6,60 % correspondiente al derecho de comunicación pública y un 1,65 % correspondiente al derecho suplementario de reproducción mecánica. La cantidad que pague la discoteca deberá ser superior a un pago mí-

nimo mensual garantizado, que fija la SACEM basándose en las características del establecimiento.

12. En la práctica, la mayoría de los empresarios de discotecas se benefician de condiciones más favorables. Más de tres cuartas partes de las aproximadamente 4 000 discotecas francesas pertenecen a organizaciones empresariales que han negociado acuerdos con la SACEM mediante los cuales, a cambio de ciertas ventajas (de las que las más importantes son la exclusión del IVA de la base de cálculo y una reducción del 10 % sobre los restantes ingresos), se comprometen a prestar a la SACEM asistencia específica, proporcionando copias de sus declaraciones fiscales y, en general, facilitando información y prestando ayuda, y mediante la solución amigable de las controversias. Por otra parte, cierto número de discotecas que no pertenecen a ninguna organización se benefician de la exclusión del IVA de la base para el cálculo, a cambio de facilitar sus declaraciones fiscales a la SACEM.

13. Desde 1978 ha habido una decidida revuelta de una minoría de los empresarios de discotecas francesas contra las condiciones que impone la SACEM para utilizar su repertorio. Las principales quejas de los propietarios de discotecas eran que la SACEM cobraba derechos excesivamente elevados, que establecía discriminaciones injustas entre las distintas discotecas y que se negaba sin justificación objetiva a conceder autorizaciones para la única parte de su repertorio en el que estaban interesadas las discotecas, a saber, música para bailar de origen predominantemente anglosajón. Varios empresarios de discotecas presentaron estas denuncias ante la Comisión Francesa sobre competencia, la cual, mediante dictamen emitido el 17 de noviembre de 1981, declaró que la SACEM perturbaba el normal funcionamiento del mercado al discriminar entre distintas categorías de discotecas. Sin embargo, en un dictamen posterior, emitido el 13 de marzo de 1984, la misma Comisión desestimó todas las denuncias, incluyendo la de discriminación. También se presentaron denuncias ante la Comisión de las Comunidades Europeas, la cual, en septiembre de 1987, abrió una investigación formal sobre la compatibilidad de la cuantía de la remuneración exigida por la SACEM con el artículo 86 del Tratado CEE.

14. Desde 1978, la SACEM ha ejercitado ante los Tribunales civiles y penales centenares de acciones contra dueños de discotecas que se negaban a pagar, pretendiendo en unos casos la condena por infracción de la propiedad intelectual de empresarios que habían utilizado su repertorio sin autorización, y, en otros casos, el pago de las remuneraciones pendientes con arreglo a los contratos de licencia. En muchos de estos procesos, los empresarios de discotecas alegaron el Tratado CEE, principalmente sus artículos 85 y 86. Sin embargo, la mayoría de los Tribunales franceses, la Cour de cassation inclusive, declararon que la conducta de la SACEM no infringía el Tratado. Otros Tribunales franceses han suspendido el procedimiento hasta que se resuelvan los asuntos que se están considerando en este momento.

15. Tres de los asuntos de los que ahora conoce el Tribunal de Justicia, concretamente los asuntos acumulados 110/88 y 241 y 242/88, afectan a empresarios de discotecas, los Sres. Lucazeau, Debelle y Soumagnac, que utilizaron grabaciones de obras protegidas por la SACEM sin el correspondiente

contrato de licencia. Los empresarios de discoteca fueron condenados por infringir los derechos de propiedad intelectual, pero, en el proceso civil en el que la SACEM reclamaba el pago de las correspondientes remuneraciones, lograron que se decidiese plantear algunas cuestiones al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. El asunto 395/87, Tournier, es distinto, puesto que tiene su origen en una acción ejercitada por el empresario de una discoteca, el Sr. Verney, contra el director general de la SACEM, el Sr. Tournier, mediante la cual el empresario de la discoteca pretende que se condene al Sr. Tournier por practicar una competencia desleal contraria a las normas francesas sobre competencia y a la legislación penal francesa, así como obtener una indemnización por daños y perjuicios en su calidad de actor civil.

Las cuestiones planteadas

16. Las cuestiones planteadas por la Cour d'appel de Poitiers en el asunto 110/88 y por el Tribunal de grande instance de Poitiers en los asuntos 241 y 242/88 están redactadas todas ellas de la siguiente manera:

1) Cuando la SACEM, que es una sociedad civil integrada por compositores y productores musicales que dispone de una posición dominante en una parte sustancial del mercado común y que está ligada a sociedades de autores de otros países de la CEE mediante acuerdos recíprocos de representación, impone remuneraciones consistentes en el 8,25 % del volumen de negocios bruto de las discotecas, ¿constituye eso para las partes que contratan con ella una imposición directa o indirecta que implique condiciones de transacción no equitativas en el sentido del artículo 86 del Tratado de Roma cuando la referida remuneración es manifiestamente superior a la aplicada por idénticas sociedades de autores en otros Estados miembros de la Comunidad Económica Europea?

2) ¿Constituye una práctica concertada prohibida por el apartado 1 del artículo 85 del Tratado la organización de un monopolio de hecho en los países de la Comunidad Económica Europea, a través de una serie de acuerdos recíprocos de representación, que permita a una sociedad de gestión de derechos de propiedad intelectual que ejerce sus actividades en el territorio de un Estado miembro establecer, en virtud de un contrato de adhesión, una remuneración global que deban pagar los usuarios para poder utilizar el repertorio de autores extranjeros?

17. Mayor amplitud revisten las cuestiones planteadas por la Cour d'appel de Aix-en-Provence en el asunto 395/87, que están redactadas de la siguiente manera:

1) La cuantía de la remuneración, o de las remuneraciones acumuladas fijadas por la SACEM, que dispone de una posición dominante en una parte sustancial del mercado común y detenta en Francia un monopolio de hecho en materia de gestión de derechos de propiedad intelectual y de recaudación de las correspondientes remuneraciones ¿resulta compatible con el artículo 86 del Tratado de Roma, o, por el contrario, constituye una práctica abusiva y restrictiva de la competencia debido a la imposición de condiciones que no son negociables ni equitativas?

2) La organización de un monopolio de hecho en la mayor parte de los países de la Comunidad, a través de una serie de

acuerdos recíprocos de representación, que permite a una sociedad de gestión y recaudación de derechos de propiedad intelectual que ejerce sus actividades en el territorio de un Estado miembro, establecer la cuantía de las remuneraciones de un modo arbitrario y discriminatorio, de manera que se impida a los usuarios seleccionar obras de autores extranjeros del repertorio si no es pagando las remuneraciones correspondientes al repertorio de la sociedad de autores del Estado miembro de que se trate, ¿constituye una práctica concertada prohibida por el apartado 1 del artículo 85 del Tratado de Roma, que tiene por efecto facilitar la explotación abusiva de una posición dominante en el sentido del artículo 86 de dicho Tratado?

3) ¿Debe interpretarse el artículo 86 del Tratado de Roma en el sentido de que constituye una «condición de transacción» no equitativa el hecho de que una sociedad de gestión y recaudación de derechos de propiedad intelectual, que dispone de una posición dominante en una parte sustancial del mercado común y que está ligada a organizaciones similares de otros Estados miembros mediante acuerdos recíprocos de representación, establezca una remuneración cuyo tipo sea varias veces mayor que el aplicado por todas las sociedades de autores de los países miembros de la CEE, sin justificación objetiva alguna y sin tener relación con las cantidades redistribuidas a los autores, de manera que la remuneración no guarde proporción con el valor económico del servicio prestado?

4) El hecho de que una sociedad integrada por autores y productores que disfruta de un monopolio de hecho en el territorio de un Estado miembro se niegue a permitir que los usuarios de fonogramas tengan acceso sólo al repertorio extranjero cuya gestión lleva dicha sociedad, hecho que compartimenta el mercado, ¿debe o no considerarse que tiene por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia en el sentido del apartado 1 del artículo 85?

5) Teniendo en cuenta el hecho de que el Tribunal de Justicia ya ha declarado que la puesta a disposición del público de un disco o de un libro se confunde con la circulación del soporte material de la obra, que implica el agotamiento del derecho a percibir la remuneración, ¿resulta compatible con los artículos 30 y 59 del Tratado la aplicación de una normativa que, aunque el comprador paga al productor el precio del disco en el que está incorporado el derecho de autor correspondiente a la utilización de la obra, equipare a las infracciones de los derechos de propiedad intelectual en materia de fonogramas los casos en que no se abonen a la sociedad nacional de gestión y recaudación, en situación de monopolio de hecho, las remuneraciones que fija para la comunicación pública, si dichas remuneraciones son abusivas y discriminatorias y si su tipo no lo determinan los propios autores y/o no es el que podrían acordar directamente las sociedades de autores extranjeros que les representan?

Los extremos sobre los que habrá de pronunciarse el Tribunal de Justicia

18. Las cuestiones planteadas por los Tribunales nacionales revisten gran complejidad, pero fundamentalmente pretenden que el Tribunal de Justicia se pronuncie sobre los siguientes extremos:

1) La compatibilidad con los artículos 30 y 59 del Tratado de la legislación francesa que permite que la SACEM, cuando ya se ha pagado la remuneración por la fabricación y venta de grabaciones de sonido, reclame además a las discotecas las remuneraciones correspondientes a la comunicación pública de las grabaciones de sonido, cuando estas últimas remuneraciones sean excesivamente elevadas o deba considerarse que no son equitativas.

2) La compatibilidad con el artículo 85 de los acuerdos recíprocos de representación celebrados entre la SACEM y las sociedades de gestión de derechos de propiedad intelectual extranjeras (no francesas) y de la negativa de las sociedades extranjeras a autorizar directamente el uso de sus repertorios a los empresarios de discotecas francesas.

3) La compatibilidad con el artículo 85 y con el artículo 86 del Tratado de la exigencia de la SACEM de que los empresarios de discotecas franceses paguen una remuneración por tener acceso al repertorio completo de la SACEM, con independencia de sus necesidades reales.

4) Los criterios que deben aplicar los Tribunales nacionales para determinar si la remuneración exigida por la SACEM, por la comunicación pública de grabaciones de sonido, por las discotecas francesas resulta excesiva y abusiva en el sentido del artículo 86, y, en particular, si los Tribunales pueden tomar en consideración, en caso de que resulten probados, el hecho de que la remuneración se haya establecido de una manera discriminatoria, así como el hecho de que la cuantía de la remuneración no guarde relación con las cantidades realmente distribuidas a los autores y sea varias veces mayor o, cuando menos, manifiestamente mayor que la remuneración aplicada por las sociedades de gestión de derechos de propiedad intelectual en otros Estados miembros de la CEE.

19. En relación con el primer extremo de los que hemos señalado, que se deriva de la quinta cuestión planteada en el asunto 395/87 por el Tribunal de Aix-en-Provence y no por los demás Tribunales nacionales, la aplicabilidad del artículo 30 y del artículo 59 presupone la existencia de elementos de comercio interestatal o de prestaciones de servicios interestatales; así pues, aunque no haya referencia escrita a ello en la resolución de remisión de dicho asunto, parece que el Tribunal nacional ha debido suponer que las remuneraciones por la fabricación y venta de las grabaciones de sonido de que se trata fueron abonadas en otro Estado miembro. Como puntualización al primer extremo, creo que el problema relativo a la cuantía abusiva o excesiva debe decidirse con arreglo al artículo 86, en lugar de con arreglo al artículo 30 o al artículo 59.

20. En lo relativo al tercer extremo, opino que la negativa de la SACEM a conceder autorizaciones que no sean globales para su entero repertorio debe considerarse también con arreglo al artículo 86, puesto que dicha negativa se refiere esencialmente a la conducta de una única sociedad con posición dominante. En este contexto, debe mencionarse que el artículo 86 incluye entre las prácticas abusivas el imponer «condiciones de transacción no equitativas» [letra a) del artículo 86] y el subordinar la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias [letra d) del artículo 86].

21. Teniendo en cuenta las precedentes consideraciones, a mi juicio es posible extraer de las siete cuestiones planteadas por los Tribunales nacionales cuatro cuestiones esenciales sobre la interpetación del Tratado, que serían las siguientes:

1) ¿Deben interpretarse los artículos 30 y 59 del Tratado en el sentido de que excluyen la aplicación de una legislación nacional que considere como infracción de los derechos de propiedad intelectual la comunicación pública de obras musicales por medio de grabaciones de sonido sin pagar la remuneración correspondiente, aunque ya se haya pagado en otro Estado miembro una remuneración relativa a la fabricación y venta de las grabaciones de sonido de que se trata?

2) ¿Debe interpretarse que el apartado 1 del artículo 85 prohíbe la celebración de acuerdos entre sociedades de gestión de derechos de propiedad intelectual establecidas en diferentes Estados miembros cuando, sobre una base de reciprocidad, dichas sociedades asuman en sus respectivos territorios nacionales la gestión de los repertorios de las demás sociedades, así como la negativa de dichas sociedades a conceder a los usuarios de música autorizaciones para la comunicación pública de sus repertorios en los territorios nacionales de las demás?

3) ¿Debe interpretarse el artículo 86 del Tratado CEE en el sentido de que prohíbe, como explotación abusiva, el que una sociedad de gestión de derechos de propiedad intelectual que disponga de una posición dominante en una parte sustancial del mercado común exija a sus clientes el pago de una remuneración por tener acceso a la totalidad de su repertorio, con independencia de la utilización efectiva que dichos usuarios hagan del repertorio?

4) ¿Qué criterios habrá de aplicar el órgano jurisdiccional nacional para determinar si la remuneración que por la comunicación pública de su repertorio exige una sociedad de gestión de derechos de propiedad intelectual que ocupa una posición dominante en una parte sustancial del mercado común es excesiva y constituye, por tanto, una explotación abusiva de una posición dominante en el sentido del artículo 86? ¿Puede el órgano jurisdiccional nacional tomar en consideración el hecho de que la remuneración haya sido o no establecida de manera discriminatoria, la relación entre la cuantía de la remuneración y las cantidades realmente abonadas a los autores, y la relación entre la cuantía de dicha remuneración y la de la remuneración que las sociedades de gestión de derechos de propiedad intelectual exigen por la comunicación pública de sus repertorios en otros Estados miembros de la CEE?

Trataré de dichas cuestiones en el orden señalado más arriba.

La primera cuestión (artículos 30 y 59 del Tratado CEE)

22. Si el extremo relativo a la excesiva o abusiva cuantía de la remuneración se reserva para su consideración con arreglo al artículo 86, la primera cuestión resulta relativamente sencilla. Mediante dicha cuestión se pretende determinar, esencialmente, si la normativa nacional, que permite que se exija el pago de una remuneración por la comunicación pública de grabaciones de sonido respecto de las cuales ya se haya pagado en

otro Estado miembro una remuneración por la fabricación y venta, puede considerarse como una restricción de la libre circulación de mercancías contraria al artículo 30 o como una restricción de la libre prestación de servicios contraria al artículo 59.

23. Es evidente que la percepción de una remuneración por la manufactura o venta de una grabación de sonido no agota las posibilidades de explotación de los derechos de autor de una obra musical. Como señala la Comisión en sus observaciones escritas en el asunto 395/87, la doctrina del agotamiento de los derechos recogida en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia tiene como finalidad impedir que el titular de derechos de propiedad industrial o de propiedad intelectual se prevalezca de la limitación territorial del ámbito de aplicación de la legislación nacional para beneficiarse más de una vez de la venta del artículo —por ejemplo, una grabación de sonido— en el que se haya materializado su esfuerzo creativo. Sin embargo, los presentes asuntos no se refieren a la venta de grabaciones de sonido, sino a la comunicación pública de obras musicales; y, por su naturaleza, la comunicación pública puede repetirse un número indefinido de veces.

24. Constituye un principio universal en materia de legislación sobre derechos de propiedad intelectual (recogido, *inter alia*, en los artículos 9 y 11 del Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas, convenio en el que son parte todos los Estados miembros) el que el titular de los derechos de autor sobre una obra musical o equivalente disfruta del derecho exclusivo de autorizar tanto la reproducción de la obra (por ejemplo, mediante su manufactura y venta) como su comunicación pública, y que ambos derechos podrán explotarse separada o conjuntamente. El Tribunal de Justicia ha reconocido este principio en su sentencia de 17 de mayo de 1988 (Warner Brothers/Christiansen, 158/86, Rec. 1988, p. 2605), donde hizo referencia a «las dos prerrogativas fundamentales del autor, el derecho exclusivo de comunicación pública y el derecho exclusivo de reproducción [...]» (apartado 13) *(traducción provisional)*.

25. En lo relativo al artículo 30, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia reconoce que, con respecto a determinados tipos de obras literarias o artísticas, constituye parte de la función esencial de la propiedad intelectual el que el titular de la misma o sus cesionarios puedan percibir una remuneración por cualquier comunicación pública de sus obras. [Véanse, en lo relativo a las obras cinematográficas, Coditel/Ciné Vog Films («Coditel I») 62/79, Rec. 1980, p. 881, apartados 12 a 14, y, en lo relativo a las grabaciones de sonido, sentencia de 9 de abril de 1987, Basset/SACEM, 402/85, Rec. 1987, p. 1747]. En el asunto Basset, el Tribunal de Justicia examinó la compatibilidad con el artículo 30 del pago de un derecho suplementario de reproducción mecánica. Opinando que, a pesar de que su denominación podía inducir a error, dicho derecho debía considerarse como parte de los derechos de autor correspondientes a la comunicación pública, el Tribunal de Justicia declaró:

«[...] aun suponiendo que la percepción de los derechos discutidos pueda tener un efecto restrictivo sobre las importaciones, no es ésta una medida de efecto equivalente de las prohibidas por el artículo 30 del Tratado, ya que se la debe considerar como la explotación normal de un derecho de propiedad intelectual, sin que constituya una discriminación arbitraria o una restricción encubierta del comercio intracomunitario en el sentido del artículo 36 del Tratado» (apartado 16).

26. Es obvio que los mismos principios se aplican en lo relativo al artículo 59. En el ya citado asunto Coditel I, el Tribunal de Justicia declaró lo siguiente:

«Aunque el artículo 59 prohíbe las restricciones a la libre prestación de servicios, dicha prohibición no se extiende a las limitaciones al ejercicio de determinadas actividades económicas que tienen su origen en la aplicación de la legislación nacional sobre protección de la propiedad intelectual, excepto cuando dicha aplicación constituya un medio de discriminación arbitraria o una restricción encubierta del comercio entre los Estados miembros» (apartado 15) *(traducción provisional).*

Como ya hemos mencionado, el Tribunal de Justicia confirmó en el asunto Basset que la percepción de derechos relativos a la comunicación pública de una grabación de sonido no podía ser calificada de discriminación arbitraria ni de restricción encubierta del comercio.

27. Por consiguiente, yo respondería a la primera cuestión de la siguiente manera:

«Los artículos 30 y 59 del Tratado no excluyen la aplicación de una legislación nacional que considere infracción de los derechos de propiedad intelectual la comunicación pública de obras musicales por medio de grabaciones de sonido sin abonar la remuneración correspondiente, aunque ya se haya pagado en otro Estado miembro la remuneración relativa a la manufactura y venta de las grabaciones de sonido de que se trate.»

La segunda cuestión (artículo 85 del Tratado CEE)

28. Los empresarios de discotecas alegan que el efecto de los acuerdos recíprocos de representación, unido a la negativa de cada una de las sociedades de gestión de derechos de propiedad intelectual a autorizar la utilización de su repertorio fuera de su territorio por parte de los usuarios de música, es el de compartimentar el mercado común en mercados nacionales y garantizar a cada sociedad un monopolio *de facto* en su respectivo territorio. Como consecuencia de ello, a los empresarios franceses de discotecas no les queda más alternativa que la de llegar a un acuerdo con la SACEM en los términos que ésta imponga, careciendo de la posibilidad de negociar mejores condiciones con las sociedades de gestión de derechos de propiedad intelectual extranjeras. Por consiguiente, alegan que, considerados junto con la negativa a conceder autorizaciones directas, los acuerdos deben considerarse incompatibles con el apartado 1 del artículo 85.

29. El apartado 1 del artículo 85 establece que serán incompatibles con el mercado común y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común. En particular, el apartado 1 del artículo 85 prohíbe los acuerdos y demás prácticas restrictivas que consistan en repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento. Con arreglo al apartado 3 del artículo 85, un acuerdo, decisión o práctica concertada podrá beneficiarse de una exención de la prohibición contenida en el apartado 1 si reúne determinados requisitos.

30. Las partes en el litigio principal están de acuerdo en cierto número de hechos. Primero, que los acuerdos recíprocos existen y que deben ser considerados como acuerdos

entre empresas en el sentido del apartado 1 del artículo 85; segundo, que los acuerdos no revisten carácter exclusivo (un requisito de exclusividad fue suprimido en los años 70 ante la insistencia de la Comisión), y que, por consiguiente, resulta posible, en principio, tanto que las sociedades de gestión de derechos de propiedad intelectual encomienden a más de una sociedad la gestión de sus repertorios en un mismo territorio, como que concedan autorizaciones directas en los territorios de cada una de las demás sociedades. No obstante, tampoco es objeto de controversia el que la consecuencia de la limitación territorial del ámbito de aplicación de cada uno de dichos acuerdos es la de que las sociedades de gestión de derechos de propiedad intelectual, aunque quisiesen conceder a sus clientes autorizaciones en los terriotrios de cada una de las demás, podrían solamente, en todo caso, autorizar el uso de sus respectivos repertorios, pero no la utilización de los repertorios de otras sociedades cuya gestión se les hubiese encomendado en virtud de los acuerdos recíprocos. Pongamos un ejemplo concreto: mientras sería posible, en principio, que la sociedad alemana de derechos de comunicación pública, GEMA, autorizase a los usuarios de música en Francia la utilización de su propio repertorio nacional, no podría competir con la SACEM ofreciendo el repertorio de la British Performing Rights Society (Sociedad británica de derechos de comunicación pública), ni, desde luego, el repertorio nacional de la propia SACEM, repertorio que la GEMA gestiona en Alemania en virtud de un acuerdo recíproco de representación. Las partes están también de acuerdo en que, hasta la fecha, ninguna discoteca francesa ha conseguido obtener directamente de una sociedad de gestión de derechos de propiedad intelectual extranjera una autorización para utilizar su repertorio, y en que, mientras que dicha autorización directa no tenga lugar, cada sociedad disfrutará de una situación de total monopolio de hecho dentro de su respectivo territorio nacional. De este modo, y para volver al ejemplo concreto que hemos puesto más arriba, la negativa de GEMA a autorizar a las discotecas francesas el uso de su repertorio significa que la SACEM no tendrá razón alguna para temer la competencia por parte de la GEMA, ni siquiera en lo relativo al repertorio propio de esta última. Al mismo tiempo, incluso este elemento de posible actividad competitiva resulta ilusorio, pues las partes reconocen que no es probable que una autorización directa limitada resulte comercialmente atractiva, tanto para la sociedad como para los empresarios de discotecas.

31. Dos extremos son objeto de controversia entre las partes. El primero consiste en si la negativa a conceder autorizaciones directas es el resultado de una práctica concertada, pudiéndosele aplicar, por tanto, el apartado 1 del artículo 85. El segundo consiste en si, habida cuenta de las necesidades prácticas de la gestión de los derechos de comunicación pública en lo relativo a las discotecas, los acuerdos recíprocos y las negativas a conceder autorizaciones pueden impedir, restringir o falsear el juego de la competencia en el mercado de que se trata.

32. La SACEM no niega los hechos relativos a la compartimentación del mercado y al monopolio *de facto* de cada una de las sociedades de gestión de derechos de propiedad intelectual, pero, apoyada por la Comisión, alega que los referidos hechos no son el resultado de ninguna práctica prohibida por el apartado 1 del artículo 85, sino que constituyen más bien un reflejo de las realidades económicas de ese mercado particular, que hacen impracticable la competencia y que inexorablemente exigen que los derechos de comunicación pública se gestionen sobre una base territorial.

33. En mi opinión, en este momento quizá no sea posible dar una respuesta categórica a los problemas que en lo relativo al artículo 85 pueden surgir en los casos de autos. Los casos son extremadamente inusuales. Nos encontramos, a primera vista, con una exclusividad absoluta *de facto,* con una total compartimentación del mercado común dentro de las diversas fronteras nacionales, y con una competencia inexistente, circunstancias todas ellas que, en cualquier otro sector, resultarían manifiestamente incompatibles con el apartado 1 del artículo 85. Por otro lado, se trata de un mercado de todo punto excepcional debido a la naturaleza poco usual de los derechos de propiedad intelectual en cuestión, los cuales no sólo tienen una base territorial, están regulados exclusivamente por leyes nacionales que difieren notablemente entre sí, y están sujetos a períodos de protección muy largos, sino que, además, para poder ser ejercitados efectivamente, requieren una gestión y supervisión continuadas en los territorios nacionales. En relación con esto, la SACEM afirma rotundamente que no es factible la competencia entre las sociedades de gestión de derechos de propiedad intelectual de los diferentes Estados miembros de la CEE, y que, por consiguiente, en un sentido real, no puede decirse que los acuerdos recíprocos y las negativas a conceder autorizaciones directas impidan o restrinjan la competencia. La SACEM señala que toda sociedad de gestión de derechos de propiedad intelectual que pretendiera ejercer sus actividades en un territorio nacional que no sea el suyo propio necesitaría establecer un sistema de gestión adecuado para permitirle negociar contratos con los clientes; verificar los elementos que constituyen la base para la liquidación de las remuneraciones; controlar la utilización de su repertorio; y adoptar las medidas necesarias para combatir la infracción de sus derechos de propiedad intelectual. Ante esta perspectiva, cada sociedad puede garantizar una gestión más eficiente y barata de su repertorio encomendado dicha gestión a la sociedad que ya se encuentre establecida en el otro territorio. Este acuerdo beneficia, asimismo, al consumidor, ya que los acuerdos recíprocos le permiten tener acceso al repertorio musical del mundo entero limitándose a negociar con una sola sociedad de gestión de derechos de propiedad intelectual.

34. El carácter extremo del problema que acaba de exponerse se demuestra por el difícil dilema que en el caso de autos plantea el artículo 85. Por un lado, en el sector de que se trata, la comprobación de que no existe ninguna restricción ni distorsión de la competencia en el sentido del apartado 1 del artículo 85 sólo podría basarse en un detallado análisis del mercado. Por otro lado, si en el curso de dicho análisis se llegara a comprobar que se producía el referido efecto, a los acuerdos de que se trata no se les podría aplicar ninguna exención con arreglo al apartado 3 del artículo 85: pues en caso de que afectasen a la competencia no podrían cumplir el último requisito del apartado 3 del artículo 85, ya que eliminarían la competencia respecto del mercado en su totalidad.

35. A mi juicio, se trata de cuestiones que debe resolver la Comisión pronunciándose sobre los acuerdos que le han sido notificados. En cualquier caso, la Comisión está mejor situada que los Tribunales nacionales para examinar el mercado desde el punto de vista de la Comunidad en su conjunto. La Comisión también está en condiciones de decidir si la prolongación de la exclusividad *de facto* es el resultado de una práctica concertada entre las sociedades de gestión de los derechos de comunicación pública de los Estados miembros o si, por el contrario, dicha exclusividad se deriva necesariamente de la naturaleza del mercado de que se trata.

36. A falta de una decisión formal por parte de la Comisión, puede que resulte innecesario el que los Tribunales nacionales se pronuncien directamente sobre los problemas planteados en relación con el artículo 85. No parece que la validez de los acuerdos recíprocos de representación y la existencia de alguna práctica concertada sean cuestiones que se les hayan planteado directamente. Según se señala por los propios Tribunales nacionales en los términos en que formularon sus cuestiones, los referidos problemas resultan exclusiva o principalmente relevantes en la medida en que refuercen la posición dominante que tiene la SACEM en el sentido del artículo 86. Para ello, resultaría suficiente, en mi opinión, que tuviesen en cuenta, como cuestiones de hecho, la exclusividad absoluta y la inexistencia de competencia, extremos sobre los que las partes apenas si discuten.

37. Si los Tribunales nacionales considerasen necesario pronunciarse directamente sobre la aplicación del artículo 85 en estos casos, el primer punto que habrían de considerar sería el de la negativa de las sociedades de gestión de derechos de propiedad intelectual a conceder autorizaciones a usuarios establecidos fuera de su territorio nacional respectivo para utilizar sus repertorios. Correspondería a los Tribunales nacionales decidir si puede considerarse que lo anterior tiene una significación independiente de los acuerdos recíprocos, y, en caso afirmativo, si la negativa a conceder autorizaciones directas es el resultado de una práctica concertada entre las sociedades, según han alegado en los procesos los empresarios de discotecas.

38. En mi opinión, el extremo relativo a las autorizaciones directas no puede considerarse separadamente de los acuerdos recíprocos. Como ya he mencionado más arriba, debido a la limitación del ámbito territorial de los acuerdos recíprocos, aunque las sociedades de gestión de derechos de propiedad intelectual quisiesen conceder autorizaciones a clientes en otros Estados miembros, sólo podrían autorizar la utilización de sus repertorios respectivos, y no parece que la propuesta de dichas autorizaciones limitadas sea comercialmente viable. De lo anterior se deduce, en mi opinión, que la negativa a conceder autorizaciones directas debe ser sencillamente considerada como la lógica consecuencia de los acuerdos recíprocos, por lo que resulta innecesario examinar si dicha negativa es el resultado de una práctica concertada.

39. Si se adoptase un punto de vista diferente sobre el significado del problema de las autorizaciones directas, la cuestión esencial que tendrían que determinar los Tribunales nacionales sería la de si la conducta de las sociedades de gestión de derechos de propiedad intelectual extranjeras, al negarse a conceder autorizaciones directas a las discotecas francesas, es el resultado de una deliberada coordinación o cooperación entre las sociedades o resulta, por el contrario, de la decisión autónoma que cada sociedad, actuando por sí sola, adopta como consecuencia de la valoración de su propio interés. Para decidir esta cuestión, sería legítimo, a mi juicio, que los Tribunales nacionales tengan en cuenta la cooperación ya existente entre las sociedades de gestión de derechos de propiedad intelectual en virtud del conjunto de acuerdos recíprocos de representación, así como el hecho de que la cláusula de exclusividad se haya eliminado de dichos acuerdos tan sólo en una fecha relativamente reciente (véase Binon/AMP, 243/83, Rec. 1985, p. 2015, apartado 17). Al mismo tiempo, los Tribunales nacionales tendrían que analizar si el comportamiento paralelo puede explicarse convincentemente debido a factores que no impliquen la existencia de una práctica concertada (véase

Compagnie royale asturienne des mines SA y Rheinzink GmbH/Comisión, asuntos acumulados 29 y 30/83, Rec. 1984, p. 1679, apartado 16). Al analizar si existe alguna explicación alternativa, sería necesario que los Tribunales nacionales tengan en cuenta los condicionamientos especiales a que está sometida la gestión de los derechos de comunicación pública en lo relativo a las discotecas, condicionamientos éstos que, según la SACEM, explican y justifican la organización del referido mercado sobre bases nacionales (véase el apartado 33 anterior).

40. El siguiente extremo que deberían considerar los Tribunales nacionales es el de si, teniendo en cuenta los condicionamientos especiales del mercado de gestión de derechos de propiedad intelectual (a los que se hizo referencia en el apartado 33), los acuerdos recíprocos (y, si se consideran relevantes, las negativas a conceder autorizaciones directas) pueden impedir, restringir o falsear el juego de la competencia en el referido mercado. Por último, si los Tribunales nacionales llegan a la conclusión de que existe un efecto real o potencial sobre la competencia, deberán examinar si los acuerdos pueden beneficiarse de una exención con arreglo al apartado 3 del artículo 85. Si consideran que ello es posible, deberán suspender el procedimiento y esperar la decisión de la Comisión, institución ésta que, con arreglo al apartado 1 del artículo 9 del Reglamento nº 17 del Consejo (DO 1962, p. 204; EE 08/01, p. 22), es la única competente para conceder o denegar las exenciones.

41. Por consiguiente, propongo que a la segunda cuestión se le dé la siguiente respuesta:

«Debe interpretarse que el apartado 1 del artículo 85 del Tratado prohíbe:

a) la celebración de acuerdos entre sociedades de gestión de derechos de propiedad intelectual establecidas en diferentes Estados miembros cuando, sobre una base de reciprocidad, dichas sociedades asuman en sus respectivos territorios nacionales la gestión de los repertorios de las demás sociedades, siempre que, teniendo en cuenta las características especiales del mercado de la gestión de los derechos de comunicación pública, los referidos acuerdos puedan impedir, restringir o falsear el juego de la competencia en dicho mercado;

b) la negativa de las sociedades de gestión de derechos de propiedad intelectual, ligadas por un conjunto de acuerdos recíprocos de representación, a autorizar directamente a los usuarios de música en los territorios nacionales de las demás sociedades la utilización de sus respectivos repertorios, siempre que se demuestre que la negativa a conceder autorizaciones es el resultado de una práctica concertada entre las referidas sociedades y siempre que, teniendo en cuenta las características especiales del mercado de gestión de los derechos de comunicación pública, la referida negativa pueda impedir, restringir o falsear el juego de la competencia en dicho mercado.»

Las cuestiones tercera y cuarta (artículo 86 del Tratado CEE)

42. Las cuestiones tercera y cuarta (artículo 86 del Tratado CEE) se refieren a la explotación abusiva de una posición dominante en el sentido del artículo 86, en relación con

la autorización global y con la cuantía de las remuneraciones, respectivamente. Los Tribunales nacionales no piden ninguna aclaración sobre el concepto de «posición dominante» ni sobre si la conducta de la SACEM puede afectar al comercio entre los Estados miembros. Al parecer, los Tribunales nacionales consideran que se cumplen las dos condiciones mencionadas para la aplicabilidad del artículo 86, y creo que no hay ninguna razón para discutir sobre este punto. Sin embargo, antes de abordar la cuestión de la explotación abusiva, debo hacer algunos comentarios generales sobre el carácter de la posición dominante de la SACEM.

43. Debe decirse, desde el principio, que no nos encontramos ante una posición dominante normal. El hecho de que la SACEM sea la única sociedad de gestión de derechos de propiedad intelectual de este tipo en Francia; de que no tenga ninguna razón para temer la competencia de sociedades extranjeras, y de que los poderes públicos no hayan regulado substancialmente sus actividades, significa que dicha sociedad disfruta de una libertad de actuación casi absoluta. Además, existe una clara desigualdad entre la posición negociadora de la SACEM y la de las discotecas, que constituyen una multitud de pequeñas y medianas empresas geográficamente dispersas (aunque, en general, agrupadas en varias organizaciones empresariales), que dependen totalmente de la música para poder funcionar y que no pueden elegir a la parte con la que han de contratar. Aunque estos factores no implican en sí mismos la existencia de ninguna explotación abusiva, ni la exigencia de mayor rigor a la SACEM en su conducta que a cualquier otra empresa dominante, sí requieren a mi juicio que los Tribunales nacionales examinen con mayor detenimiento si estas prácticas, cuyo carácter abusivo se alega, están suficientemente justificadas. El enfoque que cada Tribunal nacional adopte sobre el problema de la justificación diferirá con arreglo a las normas nacionales respectivas. Donde un Tribunal nacional podría basarse en una presunción, por ejemplo, otro podría basarse en la inversión de la carga de la prueba. Pese a ello, sin embargo, el resultado debería ser similar, es decir, que corresponderá a la empresa dominante de que se trata justificar las prácticas.

La autorización global

44. Como ya se ha mencionado, mediante la «clause forfaitaire», incluida en el contrato tipo que celebra con los empresarios de discotecas, la SACEM exige el pago de una remuneración única por tener acceso a la totalidad de su repertorio, con independencia de la clase o cantidad de obras musicales que utilicen de hecho las discotecas. Los empresarios de discotecas alegan que resulta abusivo exigirles que paguen por tener acceso a todo el repertorio mundial que gestiona la SACEM cuando les bastaría para cubrir sus necesidades con tener acceso a una o varias partes de dicho repertorio. No se desprende claramente del expediente cuáles son las pretensiones exactas de las discotecas. En algún sitio se sugiere que lo que pretenden es tener acceso únicamente a algunos de los repertorios extranjeros que gestiona la SACEM, concretamente al repertorio americano y al británico; en otros lugares, que pretenden tener acceso a determinada categoría de obras musicales, por ejemplo, música para bailar, predominantemente de origen angloamericano, pero no exclusivamente de este origen. En cualquier caso, piden algo que no llegue a la autorización global, y sugieren que una autorización limitada a un sector del repertorio resultaría más barata.

45. La Comisión y el Gobierno francés, por su parte, subrayan que las dificultades prácticas de dividir el repertorio mundial en sectores comercializables por separado y la necesidad de incrementar las comprobaciones y controles de ello derivada no redundaría en menores sino en mayores costes para los usuarios de música. Ponen de relieve también las ventajas de la autorización global al ofrecer a las discotecas una libertad total para la elección de obras musicales.

46. El Tribunal de Justicia no ha tenido todavía ocasión de pronunciarse sobre la compatibilidad con el artículo 86 de una práctica del tipo de la autorización global. Sin embargo, en el asunto 127/73 (BRT/SABAM y NV Fonior, Rec. 1974, p. 313), se pidió al Tribunal de Justicia que se pronunciase, *inter alia*, sobre si podía considerarse como una explotación abusiva, en el sentido del artículo 86, el que una sociedad de derechos de propiedad intelectual exigiese a sus miembros que le confiaran la gestión de todos sus derechos, sin hacer distinción alguna entre las diversas categorías. El Tribunal de Justicia declaró en su sentencia que para determinar si la sociedad había impuesto condiciones abusivas a sus miembros habían de tenerse en cuenta todos los intereses relevantes, con objeto de alcanzar un equilibrio entre la eficaz gestión de los derechos por parte de la sociedad y la exigencia de que los miembros de la misma disfruten de la mayor libertad para disponer de sus obras; para ello, resultaba necesario examinar si las controvertidas prácticas de la sociedad rebasaban el límite de lo que era absolutamente necesario para alcanzar su objetivo (apartados 7 a 11). Sugiero que se adopte en este caso un método similar, con la única diferencia de que el equilibrio que debe buscarse es entre los intereses de la sociedad de gestión de derechos de propiedad intelectual y los de una categoría de sus clientes, a saber, los empresarios de discotecas.

47. Los Tribunales de los Estados Unidos, que han tenido que conocer de numerosas demandas «anti-trust» contra la práctica de autorizaciones globales (conocida como «blanket licensing») de las sociedades americanas de gestión de derechos de comunicación pública, Broadcast Music Inc. («BMI») y American Society of Composers, Authors and Publishers («ASCAP»), también contemplaron la cuestión en términos del equilibrio que había de alcanzarse entre los beneficios que la «blanket licensing» suponía tanto para los clientes como para la eficaz gestión de los derechos de propiedad intelectual y los inconvenientes de las restricciones de la competencia y de la disminución de la libertad de elección de los clientes. Sin perjuicio de algunas diferencias de matiz motivadas por el diferente contexto jurídico y fáctico, la jurisprudencia americana proporciona algunas indicaciones útiles para valorar los diversos intereses en presencia.

48. En una decisiva sentencia recaída en el asunto Columbia Broadcasting System contra BMI and ASCAP (441 US 1, 60 L Ed 2nd 1, 99 S Ct 1551), el Tribunal Supremo de los Estados Unidos declaró que no podía considerarse a la «blanket licensing» como una violación *per se* de la Sherman Act, sino que debía valorarse mediante un análisis basado en la «rule of reason». Con arreglo a la «rule of reason», para determinar si una práctica restringe sin justificación el comercio en el mercado de que se trate, el Tribunal deberá sopesar los efectos de dicha práctica contrarios a la competencia con los favorables a la misma. Al aplicar dicho análisis a las demandas presentadas por diferentes usuarios contra la «blanket licensing», los Tribunales americanos de primera instancia fallaron, generalmente, a favor de la «blanket licensing» [véanse, especialmente, Buffalo Broadcasting Inc. y otros/ASCAP y BMI, United States Court of Appeal for the

Second Circuit, 18 de septiembre de 1984, 744 F., 2nd 917; 223 US PQ (BNA) 478; Copy L. Rep. (CCH) P25, 710; Fed. Sec. L. Rep. (CCH) P66, 204]. Reviste especial interés el asunto BMI contra Moor-Law Inc. [527 F. Supp. 758 (D. Del. 1981)], en el que la sociedad de gestión de derechos de comunicación pública ejercitó una acción por infracción de los derechos de propiedad intelectual contra la discoteca demandada por haber utilizado su repertorio sin autorización, y el demandado alegó en reconvención que BMI había violado las leyes «anti-trust», pues no permitir ninguna alternativa realista a la «blanket licence» constituía una imposición ilícita de prestaciones suplementarias. Al aplicar el enfoque basado en la «rule of reason» el Tribunal llegó a la conclusión, *inter alia*, de que la «blanket licensing» impedía que los usuarios de música tuvieran el control de la cuantía de sus obligaciones para con la BMI, puesto que la remuneración abonada no se calculaba basándose en factores cuyo control pudiesen ejercer, tales como el número de comunicaciones públicas de cada obra concreta, sino basándose en factores de mucho más difícil control, tales como (en aquel caso) los gastos de funcionamiento de la discoteca. Como aspectos positivos, el Tribunal resaltó la sencillez y el ahorro de costes de la «blanket licensing» como método de comercialización de derechos de comunicación pública, así como la flexibilidad que ofrecía a los usuarios (tales como el demandado en aquel caso), que no podían conocer por adelantado las composiciones que utilizarían. El Tribunal declaró, además, que no había alternativas viables para la «blanket licensing»: en particular, la alternativa de una autorización basada en la clase de música utilizada por el concesionario supondría la existencia de costes adicionales motivados por la clasificación necesaria, el control de la utilización y la solución de las controversias sobre el ámbito de la autorización.

49. En el caso de autos, corresponde a los Tribunales nacionales valorar las ventajas e inconvenientes de la autorización global, teniendo en cuenta el contexto particular en el que se establezca. Para ello, los Tribunales podrán tener en cuenta la evidente conveniencia de la autorización global como vehículo para comercializar los derechos de comunicación pública, así como la flexibilidad que proporciona a los usuarios (por ejemplo, las discotecas), que no pueden conocer con exactitud sus necesidades por adelantado. Corresponde también a los Tribunales nacionales examinar si existe una alternativa viable a la autorización global. Para ello, será necesario desde el comienzo determinar cuáles son las necesidades reales de las discotecas. Si lo que desean es tener acceso únicamente a algunos repertorios extranjeros, es probable que los costes de clasificación sean reducidos pero los costes de control proporcionalmente más elevados. Por otra parte, la definición de una nueva clase de música popular para bailar resultará probablemente cara, por lo menos al principio, pero no tiene por qué dar lugar a unos costes de control más elevados, con tal que dicha clase se defina de un modo suficientemente amplio. Por último, los Tribunales nacionales deberán asimismo, en mi opinión, tener en cuenta otro factor que fue considerado relevante en el ya mencionado asunto SABAM y también en algunas sentencias americanas, y que consiste en la relativa fuerza negociadora de las partes.

50. En cuanto a la respuesta que debe darse a la tercera cuestión, aunque había pensado explicar más arriba las consideraciones pertinentes, quizá sea suficiente con atenerse al fallo en el asunto SABAM, al que ya me he referido. Por consiguiente, a la tercera cuestión respondería de la siguiente manera:

«El artículo 86 prohíbe, como explotación abusiva, el que una sociedad de gestión de derechos de propiedad intelectual que disponga de una posición dominante en una parte sustancial del mercado común, exija a sus clientes el pago de una remuneración por tener acceso a la totalidad de su repertorio, con independencia de la utilización efectiva que dichos usuarios hagan del repertorio, si la referida exigencia excede de lo que resulta necesario para una gestión eficaz de los derechos de propiedad intelectual.»

La cuantía de la remuneración

51. Como señala la Comisión en sus observaciones escritas presentadas en estos asuntos, todo monopolio tiene una tendencia natural a aplicar precios de monopolio, es decir, un precio que produzca los máximos beneficios y que será más elevado que el que podría aplicarse en un mercado competitivo. Aunque desde el punto de vista económico dicha conducta resulta plenamente racional, puede dar lugar a que se apliquen a los usuarios y consumidores precios abusivamente elevados. El artículo 86 considera explotación abusiva y prohíbe específicamente los precios no equitativos y el Tribunal de Justicia ha declarado que una explotación abusiva de posición dominante en el sentido del artículo 86 puede consistir en la aplicación de un precio que resulte excesivo en relación con el valor económico del servicio que se preste (General Motors/Comisión, 26/75, Rec. 1975, p. 1367).

52. Por otra parte, en relación con la cuantía de la remuneración que la SACEM exigía a las discotecas francesas, el Tribunal de Justicia ya ha declarado:

«No es imposible [...] que la cuantía de la remuneración (o de las remuneraciones combinadas) que cobra la sociedad de gestión de derechos de propiedad intelectual llegue a ser tan elevada que el artículo 86 resulte aplicable» (Basset/SACEM, 402/85, Rec. 1987, p. 1747) *(traducción provisional).*

En el asunto Basset, sin embargo, no se pidió al Tribunal de Justicia que se pronunciase sobre la cuantía de las remuneraciones. En los presentes asuntos, los Tribunales nacionales han pedido, específicamente, orientaciones sobre los criterios que han de aplicarse para determinar si la cuantía de las remuneraciones resulta abusivamente elevada o no.

53. En las observaciones presentadas al Tribunal de Justicia en los presentes asuntos se está de acuerdo en que, en el contexto que nos ocupa, resulta inaplicable el método establecido en el asunto 27/76 (United Brands/Comisión, Rec. 1978, p. 207) para determinar si un precio es excesivo en relación con el valor económico del beneficio conferido. En dicha sentencia, el Tribunal de Justicia señaló (en relación con un producto y no con un servicio) que es preciso examinar si resulta excesiva la diferencia entre los costes de producción efectivos del producto y el precio efectivamente cobrado y, en caso de respuesta afirmativa, si se ha fijado un precio abusivo en sí mismo o en comparación con los productos competidores (apartado 252 de la sentencia). Se ha señalado que, en el presente contexto, resulta inadecuado basarse en una comparación entre los costes de producción y el precio de venta, pues es imposible determinar el coste de creación de esa obra de la imaginación que es una obra musical. Por otra parte, resulta imposible comparar la cuantía de las remuneraciones que exige la SACEM con las de sus competidores, pues no existe ningún competidor.

54. Al percibirse lo inadecuado del método establecido, los Tribunales nacionales mencionan tres criterios posibles para determinar si la cuantía de la remuneración es excesiva, a saber: la discriminación; la relación entre la cuantía de la remuneración y las cantidades pagadas a los titulares de los derechos, y la comparación con la cuantía de las remuneraciones que las equivalentes de la SACEM en los demás Estados miembros cobran a los empresarios de discotecas. La SACEM se opone a los referidos criterios, principalmente al de la comparación con la cuantía de las remuneraciones en los demás Estados miembros, y propone algunos criterios propios, siendo los más significativos de los mismos la importancia de la música para las discotecas y, por tanto, del acceso al repertorio, el coste de dicho acceso en relación con los costes totales que soportan las discotecas, y la comparación con las remuneraciones que la SACEM cobra en Francia a otras categorías de usuarios de música. A continuación, examinaré uno a uno los criterios mencionados por los Tribunales nacionales y los propuestos por la SACEM, para posteriormente examinar si existen otros criterios en los que puedan basarse los Tribunales nacionales para valorar la cuantía de la remuneración.

i) *Los criterios mencionados por los Tribunales nacionales*

55. El problema de la *discriminación* se suscita en las cuestiones segunda y quinta de las planteadas por el Tribunal nacional en el asunto 395/87. Sin embargo, en la correspondiente resolución de remisión no queda claro por qué razones podría considerarse como discriminatoria la cuantía de la remuneración. Por consiguiente, hay que considerar cuatro posibles supuestos:

1) La remuneración es discriminatoria porque se basa en la capacidad económica de la discoteca y no en la utilización efectiva del repertorio de la SACEM.

2) La remuneración es discriminatoria comparada con las remuneraciones que perciben las sociedades de gestión de derechos de propiedad intelectual en otros Estados miembros de la CEE.

3) La remuneración es discriminatoria porque se aplican cuantías distintas a las diferentes clases de discotecas. Recuérdese a este respecto que la mayoría de las discotecas pagan una remuneración reducida, en virtud de acuerdos especiales celebrados entre sus organizaciones empresariales y la SACEM, y que otras varias discotecas se benefician también, con carácter individual, de condiciones favorables.

4) La remuneración es discriminatoria comparada con las remuneraciones que pagan otras clases de usuarios de música.

56. El primer supuesto plantea el mismo problema que el de la autorización global, que ya ha sido examinado más arriba (en los apartados 44 a 49). La relevancia de la cuantía de las remuneraciones percibidas en otros Estados miembros para determinar si es excesiva la remuneración que percibe la SACEM, se examinará más adelante (en los apartados 60 a 63); pero en cualquier caso, no puede considerarse que la diferencia en la cuantía de las remuneraciones obedezca a una discriminación por parte de la SACEM, puesto que esta sociedad no es responsable de las remuneraciones que se perciben en otros Estados miembros. Si cuando hace referencia a la discriminación el Tribunal na-

cional tiene en mente el hecho de que la SACEM aplica distintas remuneraciones a las diferentes clases de discotecas, entonces opino que dicha conducta no constituye ninguna indicación de que sea excesiva la remuneración general del 8,25 % de los ingresos totales, pero podría suponer una discriminación distinta, la de la letra c) del artículo 86, es decir, la consistente en «aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva». Para decidir si existe una discriminación de este tipo, el Tribunal nacional tendrá que examinar, como cuestión de hecho, si la diferencia de trato entre distintas clases de discotecas tiene justificación objetiva. A este respecto, el punto crucial es el de determinar si las discotecas que se benefician de un trato más favorable proporcionan una genuina y adecuada contraprestación por el referido trato especial.

57. En lo relativo al cuarto supuesto, el Tribunal de Justicia declaró, en la ya citada sentencia United Brands, que se puede deducir si un precio es excesivo, entre otras maneras, examinando los precios que tienen artículos comparables. En el contexto presente, pues, resulta legítimo que los Tribunales nacionales tengan en cuenta la cuantía de las remuneraciones que pagan otros importantes usuarios de música —como las emisoras de radio y cadenas de televisión— para tener acceso al repertorio de la SACEM; el hecho de que se compruebe que existe una significativa desproporción entre las remuneraciones que pagan esos otros usuarios y las que pagan las discotecas puede constituir una indicación de que resulta excesiva la cuantía de las remuneraciones que pagan las discotecas. Será preciso, desde luego, que al efectuar la referida comparación los Tribunales nacionales tengan en cuenta que la mayoría de las discotecas pagan remuneraciones inferiores al tipo general del 8,25 %. Yo añadiría que las diferencias de trato entre las discotecas y otros usuarios de música que carezcan de justificación objetiva podrían, además, constituir un tipo distinto de explotación abusiva con arreglo a la letra c) del artículo 86 (véase el apartado 56 anterior).

58. La relevancia de la *cuantía de las remuneraciones que se pagan a los titulares de los derechos* como criterio para valorar si la remuneración resulta o no abusiva se plantea en la tercera de las cuestiones remitidas por el Tribunal nacional en el asunto 395/87. No está claro si cuando se refiere a la remuneración que se paga a los «autores», el Tribunal nacional entiende la expresión «autores» en su estricto sentido de compositores de obras musicales («compositores y autores») o en el sentido amplio de todos los titulares de derechos de propiedad intelectual. De los datos numéricos facilitados por la SACEM a la Comisión se desprende que, en 1986, los ingresos totales que se percibieron de las discotecas fueron de 250 millones de FF aproximadamente, de los que (previa deducción de los gastos de administración y otros costes) los miembros de la SACEM recibieron 83 millones de FF, incluyendo a los productores y subproductores; de este total de 83 millones de FF, 27,6 millones de FF se abonaron específicamente a los compositores. Aunque esta última cifra no incluye las cantidades que se pagaron a los compositores extranjeros a través de las sociedades de autores vinculadas a la SACEM en otros Estados miembros, parece muy pequeño el porcentaje que cobraron efectivamente los compositores.

59. A pesar de ello, considero que las cantidades específicamente cobradas por los compositores no son útiles para determinar

si son o no abusivas las remuneraciones que pagaron las discotecas. La razón de ello es que generalmente la propiedad intelectual de una obra musical es detentada y explotada por varias personas distintas y con varias finalidades diferentes. Cada titular de derechos de propiedad intelectual, sea un compositor en sentido estricto, un productor musical o un productor de grabaciones de sonido, tiene derecho a participar en la remuneración de los derechos de propiedad intelectual correspondientes a la obra musical, como contrapartida por su esfuerzo creativo o por su inversión. A mi juicio, puede inducir a error el centrarse en la cuantía de las remuneraciones que efectivamente obtenga una categoría de titulares de derechos de propiedad intelectual, por ejemplo, la de los compositores. Por otro lado, la relación entre la cuantía de la remuneración y las cantidades realmente pagadas a los titulares de los derechos de propiedad intelectual en su conjunto resulta relevante, en mi opinión, para valorar si son o no abusivas las remuneraciones; volveré sobre este punto próximamente (véanse los apartados 69 a 73).

60. Volviendo al criterio de la *comparación con la cuantía de las remuneraciones que se pagan en otros Estados miembros de la CEE*, diré desde el principio que este método tiene para los Tribunales nacionales utilidad potencial, pero no inmediata. El problema de este método comparativo radica en que resulta necesario articular un procedimiento objetivo de comparación entre las remuneraciones que se pagan en los diferentes Estados miembros. No se trata de una tarea fácil, habida cuenta de las diferencias existentes entre las legislaciones nacionales y entre los métodos de cálculo y recaudación de las remuneraciones que utilizan las diferentes sociedades de gestión de derechos de propiedad intelectual. En lo relativo a las legislaciones nacionales, por ejemplo, de los Estados miembros de la CEE únicamente en Francia y en Bélgica se percibe una remuneración adicional por el derecho de reproducción mecánica, factor éste que necesariamente hace que se incremente la cuantía de la remuneración por derechos de propiedad intelectual que se paga en dichos países. En lo relativo a los métodos de cálculo y recaudación, mientras la SACEM exige un porcentaje fijo de los ingresos totales, otras sociedades de gestión de derechos de propiedad intelectual establecen sus remuneraciones a tanto alzado en función de factores tales como el tamaño de la discoteca, el número de asientos, el precio de la entrada o el precio de la consumición más solicitada.

61. Según señala la Comisión, el único modo de valorar esas diferencias para conseguir una comparación válida es probablemente el de comparar los datos basándose en las remuneraciones que paga una discoteca de un tipo ideal. La Comisión ha llevado a cabo un experimento como este en el marco de su continuada investigación sobre la cuantía de las remuneraciones que cobra la SACEM. Pidió a cada una de las sociedades de gestión de derechos de propiedad intelectual que calculase las remuneraciones anuales que correspondía pagar a una discoteca de un tipo ideal, indicando datos suficientes (ingresos totales, tamaño, etc.) para permitir que cada sociedad aplicase su propio método de cálculo. Los resultados de esta encuesta le fueron presentados al Tribunal de Justicia en forma de cuadro. Dichos resultados muestran que una discoteca del tipo ideal pagaría la máxima cantidad en Francia (100 %), seguida de cerca únicamente por Italia (91,37 %). Resultan netamente inferiores las remuneraciones que se pagan en otros Estados miembros, tales como la República Federal de Alemania (6,7 % de la cuantía francesa), el Reino Unido (12,24 %) y Luxemburgo (19,04 %). En lo relativo a Luxemburgo, país en el que los derechos de comunicación pública los gestiona la SACEM, es notable que las remuneraciones que pagan las discotecas se han establecido a tanto alzado, y que las ac-

tividades de las sociedades de gestión de derechos de propiedad intelectual, incluida la fijación de las remuneraciones, están sujetas a inspección por parte del Ministerio de Economía Nacional (Decreto Gran-Ducal de 26 de octubre de 1972, Memorial 1972, p. 1495).

62. La SACEM criticó acertadamente en la vista las deficiencias de la referida encuesta comparativa de la Comisión. Señaló que el cuadro contenía varios errores: por ejemplo, el hecho de que la remuneración diaria indicada por la sociedad portuguesa se cite como remuneración anual, así como el que la Comisión ignora el hecho de que la sociedad alemana, GEMA, aplica casi siempre un incremento del 50 % sobre las remuneraciones para tener en cuenta la música grabada por la discoteca para su propio uso. Los cálculos de la Comisión tampoco tienen en cuenta los descuentos, que revisten particular importancia en Francia, donde aproximadamente el 80 % de las discotecas pagan, de hecho, tan sólo el 6,26 % de sus ingresos totales, y no el tipo previsto general del 8,25 %. Por otra parte, las cifras tampoco tienen en cuenta el hecho (ya mencionado en el apartado 60) de que, de todos los países de la CEE, únicamente en Francia y en Bélgica se recauda una remuneración adicional por el derecho de reproducción mecánica. Y lo que es más importante —crítica ésta que la propia Comisión acepta—, una sola encuesta comparativa resulta manifiestamente insuficiente para dar una visión de conjunto de las posibles disparidades, debido fundamentalmente a la enorme diferencia entre el método de cálculo utilizado por la SACEM y los utilizados por las sociedades de gestión de derechos de propiedad intelectual en otros Estados miembros. Para que pudiese obtenerse la referida visión de conjunto, resultaría necesario llevar a cabo cierto número de encuestas comparativas, basándose en discotecas del tipo ideal y en varios parámetros diferentes.

63. Si cuando se hayan llevado a cabo dichas encuestas comparativas sus resultados demuestran que existen diferencias en la cuantía de las remuneraciones, dichas disparidades podrían constituir, para el Tribunal nacional, una indicación *prima facie* de una posible explotación abusiva, aunque desde luego, la mera existencia de las referidas disparidades no sería decisiva. Si los resultados indicasen que la cuantía de las remuneraciones era sustancialmente mayor en Francia que en los demás Estados miembros, habría en mi opinión bastantes indicios de la existencia de una explotación abusiva, resultando proporcionalmente mayor la obligación de la SACEM de justificar la cuantía de las remuneraciones que percibe. (Véase el apartado 43 anterior.)

ii) *Los criterios propuestos por la SACEM*

64. Rechazando la comparación con la cuantía de las remuneraciones que se pagan en los demás Estados miembros, así como los demás criterios mencionados por los Tribunales nacionales, la SACEM propone otros varios criterios, entre los que se incluyen la importancia de la música para las discotecas, el coste de las remuneraciones por derechos de propiedad intelectual en relación con los costes totales que soportan las discotecas, y la comparación con las remuneraciones que la SACEM cobra en Francia a otras categorías de usuarios de música.

65. Desde un punto de vista superficial, resulta sugestivo el criterio de la importancia de la música para las empresas de que se trate, ya que es muy lógico que quienes más necesitan de la música, más estén dispuestos

a pagar por ella. No obstante, creo que la utilidad de este criterio desaparece en una situación en la que determinada categoría de usuarios necesita perentoriamente disponer de música para poder funcionar, y en la que, debido a la inexistencia de competencia, dicha categoría se verá obligada a pagar cualquier precio que se le pida por la música. Esta es la situación en la que se encuentran las discotecas francesas.

66. La SACEM alega que el coste de las remuneraciones de derechos de autor representa de media para las discotecas aproximadamente el 10 % de los gastos totales; que dicho coste es inferior a otros gastos, como por ejemplo los de personal; y que debe considerarse como un porcentaje razonable. No obstante, a este criterio se le pueden hacer objeciones similares a las del primer criterio. En una situación de total dependencia respecto de un único proveedor, no es posible determinar en qué punto empieza a ser excesivo para el comprador el coste de los bienes o servicios de que se trate: sencillamente, el comprador tiene que pagar lo que se le pida o abandonar sus actividades. Debe tenerse en cuenta, asimismo, que el sistema de recaudación utilizado por la SACEM, concretamente un porcentaje del volumen de negocios, impide que el empresario de la discoteca pueda influir en la cuantía de sus obligaciones pecuniarias para con la SACEM, no pudiendo ni siquiera prever con exactitud la cuantía de dichas obligaciones. Además, el sistema de la autorización global y la práctica imposibilidad de tener acceso directo a las sociedades de derechos de propiedad intelectual hace que le resulte imposible intentar reducir gastos disminuyendo su dependencia en relación con el repertorio de la SACEM.

67. La SACEM se extiende bastante en lo relativo a la cuantía de las remuneraciones que pagan otros importantes usuarios de música, tales como emisoras de radio y cadenas de televisión, alegando que las diferencias entre las remuneraciones que pagan las diversas categorías de usuarios reflejan la importancia que tiene la música para el funcionamiento de cada una de ellas. No obstante, y como acertadamente ha puesto de relieve el Agente de la Comisión en la vista, aunque el sistema de remuneraciones de derechos de propiedad intelectual organizado por la SACEM sea internamente coherente, ello no demuestra que sea justo para sus clientes: es posible que las remuneraciones que se perciban de cada categoría, aunque guarden proporción entre sí, sean todas abusivamente elevadas. Por consiguiente, el criterio sugerido por la SACEM es de limitada utilidad. Por otra parte, y como ya se ha mencionado, una desproporción manifiesta entre las remuneraciones que han de pagar las diferentes categorías podría indicar que determinada remuneración es excesiva (véase el apartado 57 anterior).

iii) *Otros criterios posibles*

68. El examen de los criterios sugeridos por los Tribunales nacionales y por la SACEM ha resultado de poca ayuda inmediata concreta para dichos Tribunales nacionales. En mi opinión, para asentar sobre una base sólida la valoración de las remuneraciones en relación con la contraprestación que se obtiene es necesario volver al tipo de método económico objetivo que el Tribunal de Justicia estableció en la sentencia United Brands.

69. Desde luego, acepto que no es directamente aplicable al presente contexto el método preciso que allí se establece, es decir, la comparación entre el precio de coste y el precio de venta para determinar el margen de beneficio. No obstante, teniendo en cuenta las consideraciones del Tribunal de Justicia en el asunto SABAM, al que ya me he referido, considero que los Tribunales nacionales pueden determinar si las remune-

raciones son excesivas mediante un método objetivo consistente en una comparación entre la cuantía de las remuneraciones (es decir, la remuneración total producida por el derecho de propiedad intelectual), por un lado, y los costes necesarios para una gestión eficaz de los derechos de comunicación pública, así como la necesidad de garantizar remuneraciones razonables a los titulares de la propiedad intelectual, por el otro.

70. Para llevar a cabo esta valoración, los Tribunales nacionales habrán de tener en cuenta la estructura de los costes de la SACEM. Los más recicientes datos disponibles en estos asuntos se refieren a 1986 y se derivan del Informe General de Actividades de la SACEM (Rapport d'activité) correspondiente a aquel año, así como de la correspondencia entre la SACEM y la Comisión. De los referidos documentos se desprende que, en 1986, los ingresos totales percibidos por la SACEM procedentes de las remuneraciones de todos sus derechos de propiedad intelectual ascendían a cerca de 1 100 millones de FF. De dicha cantidad, aproximadamente 250 millones de FF, es decir, cerca del 25 % de la misma, procedieron de las discotecas fijas o de temporada, convirtiendo a las discotecas en la más importante fuente de ingresos inmediatamente después del sector de la radio y televisión. De estos ingresos de 250 millones de FF, la SACEM retuvo unos 83 millones de FF, el 33,33 %, como gastos de administración y funcionamiento, quedando para su distribución, previa deducción de algunos otros gastos, una cantidad neta de 150 millones de FF. De dicha cantidad neta, se distribuyeron unos 83 millones de FF a los autores, compositores y editores miembros de la SACEM, enviándose unos 46,8 millones de FF a las sociedades de gestión de derechos de autor extranjeras con las que la SACEM había celebrado acuerdos recíprocos de representación. Cerca de 20 millones de FF quedaron sin distribuir porque no se pudo identificar a los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual.

71. Corresponde a los Tribunales nacionales, desde luego, valorar la estructura de los costes y deducir, en su caso, las conclusiones pertinentes. No obstante, de los datos mencionados más arriba se desprenden dos puntos que merecen un examen más detallado; el primero de ellos es el porcentaje de los ingresos brutos que destinó la SACEM a hacer frente a los gastos de administración; y el segundo es el porcentaje de los ingresos netos que se distribuyó entre las sociedades de gestión de derechos de propiedad intelectual.

72. En lo relativo a los gastos de administración, resulta que la SACEM deduce el mismo porcentaje (el 33,33 %) de todas las remuneraciones, tanto si han de distribuirse a sus propios miembros como a las sociedades extranjeras. Resulta sorprendente que la cantidad destinada a gastos de administración —83 millones de FF— sea la misma que la que se distribuye a los propios miembros de la SACEM y casi el doble de la cantidad distribuida a las sociedades extranjeras. Hay tres tipos de gastos de administración, consistentes en los gastos de la autorización (es decir, de contratar con las discotecas), los gastos de recaudación de las remuneraciones y los gastos de comprobar la música que se haya utilizado, de cara a la distribución de las remuneraciones correspondientes. Teniendo en cuenta que se usan modelos de contrato tipo y autorización global, todo hace suponer que los gastos efectivos de los contratos de autorización serán reducidos. Del mismo modo, el hecho de que la inmensa mayoría de las discotecas hayan aceptado entregar sus declaraciones fiscales a la SACEM a cambio de rebajas en la cuantía de las remuneraciones debiera dar lugar a una disminución de los gastos de recaudación. En lo relativo al coste de comprobar la música utilizada, en la correspondencia de la SACEM con la Comisión (que ésta puso a disposición del Tribunal de Justicia en respuesta a una pregunta escrita), la SACEM reveló que cada año lleva a cabo una inspección sobre el terreno en la mitad de las discotecas permanentes y en un

cuarto de las discotecas de temporada, inspecciones que consisten en una grabación de dos horas de la música que se difunde realmente en la discoteca de que se trate. Como las inspecciones sobre el terreno requieren un elevado empleo de personal, es muy probable que resulten caras. En mi opinión, corresponde a los Tribunales nacionales determinar si las referidas inspecciones son necesarias y eficaces para los fines de las mismas, que consisten en contribuir a una justa distribución de las remuneraciones entre los titulares de derechos de propiedad intelectual, o si sería suficiente para la SACEM basarse en otros medios, como las declaraciones de los «disc-jockeys», declaraciones que, con arreglo al contrato tipo, cada discoteca tiene la obligación de entregar a la SACEM. En el presente contexto resulta relevante el que, con arreglo a la correspondencia mencionada más arriba y que se refería también a las sociedades vinculadas a la SACEM en otros Estados miembros de la CEE, la SACEM es la única sociedad de gestión de derechos de propiedad intelectual que se basa sistemáticamente en inspecciones llevadas a cabo sobre el terreno, pues las demás sociedades se basan en las declaraciones de los «disc-jockeys», combinadas a veces con muestreos ocasionales, o incluso en información obtenida mediante cauces distintos, tales como la frecuencia de uso de la música en la radio y en la televisión.

73. Si resulta cierto que las discotecas francesas utilizan predominantemente música moderna de origen angloamericano (y corresponde a los Tribunales nacionales, como cuestión de hecho, determinar si ello es así), lo natural sería que la mayor parte de las cantidades netas disponibles para su distribución correspondiesen a las sociedades de gestión de derechos de comunicación pública británicas y americanas. En realidad, los datos mencionados más arriba indican que, en 1986, más del 50 % de esas cantidades netas se distribuyeron entre los miembros de la SACEM, y menos del 25 % entre las sociedades extranjeras. En las cantidades transferidas a las sociedades extranjeras no se incluyen ciertas cantidades que deben considerarse, asimismo, como ingresos procedentes de la explotación de obras musicales extranjeras, principalmente las cantidades correspondientes a los franceses que intervienen en la producción o en la adaptación de obras musicales extranjeras, que reciben directamente de la SACEM la parte de las remuneraciones que les corresponde. La cantidad total de aproximadamente 46,8 millones de FF tampoco figura desglosada entre las diferentes sociedades extranjeras (aunque la SACEM comunicó a la Comisión que la British Performing Right Society percibió cerca de 11,6 millones de FF y la GEMA alemana cerca de 5,4 millones de FF). Es posible, pues, que los Tribunales nacionales tengan que examinar, teniendo en cuenta la utilización efectiva de los repertorios extranjeros, si el porcentaje de las remuneraciones de derechos de propiedad intelectual distribuidas entre las sociedades de gestión de derechos de propiedad intelectual extranjeras contribuye a demostrar que la cuantía de las remuneraciones es excesiva.

74. Por consiguiente, yo respondería a la cuarta cuestión de la siguiente manera:

«Para determinar si es demasiado elevada la cuantía de las remuneraciones que exige a una categoría de sus clientes una sociedad de gestión de derechos de propiedad intelectual en posición dominante en una parte sustancial del mercado común, de manera que la exigencia de dichas remuneraciones constituya una explotación abusiva en el sentido del artículo 86 del Tratado CEE, el órgano jurisdiccional nacional podrá examinar si la cuantía de las remuneraciones es desproporcionada:

a) en relación con las remuneraciones de derechos de propiedad intelectual que exige la misma sociedad a otras categorías de usuarios;

b) en relación con los costes necesarios para una gestión eficaz de los derechos de propiedad intelectual y con la necesidad de garantizar remuneraciones razonables a los titulares de la propiedad intelectual.»

La existencia de grandes diferencias entre la cuantía de las remuneraciones que impone la sociedad de gestión de derechos de propiedad intelectual en posición dominante y las que imponen las sociedades de gestión de derechos de propiedad intelectual en otros Estados miembros (si se prueba mediante métodos objetivos de comparación) llevará a la firme presunción de que resultan excesivas las remuneraciones impuestas por la sociedad dominante, con el resultado de que incumbirá a dicha sociedad justificar la cuantía de las remuneraciones.

Conclusión

75. Para concluir, yo respondería de la siguiente manera a las cuestiones planteadas por la Cour d'appel de Poitiers y por el Tribunal de grande instance de Poitiers en los asuntos acumulados 110, 241 y 242/88:

«1) Debe interpretarse que el apartado 1 del artículo 85 del Tratado CEE prohíbe:

a) la celebración de acuerdos entre sociedades de gestión de derechos de propiedad intelectual establecidas en diferentes Estados miembros cuando, sobre una base de reciprocidad, dichas sociedades asuman en sus respectivos territorios nacionales la gestión de los repertorios de las demás sociedades, siempre que, teniendo en cuenta las características especiales del mercado de gestión de los derechos de comunicación pública, los referidos acuerdos puedan impedir, restringir o falsear el juego de la competencia en dicho mercado;

b) la negativa de las sociedades de gestión de derechos de propiedad intelectual, ligadas por un conjunto de acuerdos recíprocos de representación, a autorizar directamente a los usuarios de música en los territorios nacionales de las demás sociedades la utilización de sus respectivos repertorios, siempre que se demuestre que la negativa a conceder autorizaciones es el resultado de una práctica concertada entre las referidas sociedades y siempre que, teniendo en cuenta las características especiales del mercado de gestión de los derechos de comunicación pública, la referida negativa pueda impedir, restringir o falsear el juego de la competencia en dicho mercado.

2) El artículo 86 del Tratado CEE prohíbe, como explotación abusiva, el que una sociedad de gestión de derechos de propiedad intelectual que disponga de una posición dominante en una parte sustancial del mercado común, exija a sus clientes el pago de una remuneración por tener acceso a la totalidad de su repertorio, con independencia de la utilización efectiva que dichos usuarios hagan del repertorio, si la referida exigencia excede de lo que resulta necesario para la gestión eficaz de los derechos de propiedad intelectual.

3) Para determinar si es demasiado elevada la cuantía de las remuneraciones que exige de una categoría de sus clientes una sociedad de gestión de derechos de propiedad intelectual, en posición dominante en una parte sustancial del mercado común, de manera que la exigencia de dichas remuneraciones constituya una explotación abusiva en el sentido del artículo 86 del Tratado CEE, el órgano jurisdiccional nacional podrá examinar si la cuantía de las remuneraciones es desproporcionada:

   a) en relación con las remuneraciones de derechos de autos que exige la misma sociedad a otras categorías de clientes;

   b) en relación con los costes necesarios para una gestión eficaz de los derechos de propiedad intelectual y con la necesidad de garantizar remuneraciones razonables a los titulares de la propiedad intelectual.

La existencia de grandes diferencias entre la cuantía de las remuneraciones que impone la sociedad de gestión de derechos de propiedad intelectual en posición dominante y las que imponen las sociedades de gestión de derechos de autor en otros Estados miembros (si se prueba mediante métodos objetivos de comparación) llevará a la firme presunción de que son excesivas las remuneraciones impuestas por la sociedad dominante, con el resultado de que incumbirá a dicha sociedad justificar la cuantía de las remuneraciones.»

76. A las cuestiones planteadas por la Cour d'appel de Aix-en-Provence en el asunto 395/87, yo respondería de la siguiente manera:

«1) Los artículos 30 y 59 del Tratado CEE no excluyen la aplicación de una legislación nacional que considere como infracción de los derechos de propiedad intelectual la comunicación pública de obras musicales por medio de grabaciones de sonido sin pagar la remuneración correspondiente, aunque ya se haya pagado en otro Estado miembro una remuneración relativa a la fabricación y venta de las grabaciones de sonido de que se trata.

2) Debe interpretarse que el apartado 1 del artículo 85 prohíbe:

a) la celebración de acuerdos entre sociedades de gestión de derechos de propiedad intelectual establecidas en diferentes Estados miembros cuando, sobre una base de reciprocidad, dichas sociedades asuman en sus respectivos territorios nacionales la gestión de los repertorios de las demás sociedades, siempre que, teniendo en cuenta las características especiales del mercado de gestión de los derechos de comunicación pública, los referidos acuerdos puedan impedir, restringir o falsear el juego de la competencia en dicho mercado;

b) la negativa de las sociedades de gestión de derechos de propiedad intelectual, ligadas por un conjunto de acuerdos recíprocos de representación, a autorizar directamente a los usuarios de música en los territorios nacionales de las demás sociedades la utilización de sus respectivos repertorios, siempre que se demuestre que la negativa a conceder autorizaciones es el resultado de una práctica concertada entre las referidas sociedades y siempre que, teniendo en cuenta las características especiales del mercado de gestión de los derechos de comunicación pública, la referida negativa pueda impedir, restringir o falsear el juego de la competencia de dicho mercado.

3) El artículo 86 del Tratado CEE prohíbe, como explotación abusiva, el que una sociedad de gestión de derechos de propiedad intelectual que disponga de una posición dominante en una parte sustancial del mercado común, exija a sus clientes el pago de una remuneración por tener acceso a la totalidad de su repertorio, con independencia de la utilización efectiva que dichos consumidores hagan del repertorio, si la referida exigencia excede de lo que es necesario para la gestión eficaz de los derechos de propiedad intelectual.

4) Para determinar si es demasiado elevada la cuantía de las remuneraciones que exige de una categoría de sus clientes una sociedad de gestión de derechos de propiedad intelectual, en posición dominante en una parte sustancial del mercado común, de manera que la exigencia de dichas remuneraciones constituya una explotación abusiva en el sentido del artículo 86 del Tratado CEE, el órgano jurisdiccional nacional podrá examinar si la cuantía de las remuneraciones es desproporcionada:

a) en relación con las remuneraciones de derechos de propiedad intelectual que exige la misma sociedad a otras categorías de clientes;

b) en relación con los costes necesarios para una gestión eficaz de los derechos de propiedad intelectual y con la necesidad de garantizar remuneraciones razonables a los titulares de la propiedad intelectual.

La existencia de grandes diferencias entre la cuantía de las remuneraciones que impone la sociedad de gestión de derechos de propiedad intelectual en posición dominante y las que imponen las sociedades de gestión de derechos de propiedad intelectual en otros Estados miembros (si se prueba mediante métodos objetivos de comparación) llevará a la firme presunción de que son excesivas las remuneraciones impuestas por la sociedad dominante, con el resultado de que incumbirá a dicha sociedad justificar la cuantía de las remuneraciones.»