CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. ANTONIO TIZZANO

presentadas el 26 de septiembre de 2002 [1]

Introducción

1. Mediante resolución de 9 de junio de 2000, el *Hoge Raad der Nederlanden* (en lo sucesivo, «Hoge Raad») planteó al Tribunal de Justicia tres cuestiones prejudiciales sobre la interpretación de la Directiva 92/100/CEE del Consejo, de 19 de noviembre de 1992, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual (en lo sucesivo, «Directiva 92/100» o «Directiva»). [2] Las tres cuestiones versan sobre la interpretación del concepto de «remuneración equitativa», contenido en el artículo 8, apartado 2, de la Directiva y están dirigidas, esencialmente, a establecer si se trata o no de un concepto comunitario y cuáles son las consecuencias que de ello se derivan, en uno u otro caso, a efectos de la determinación de los criterios para fijar su importe.

1 — Lengua original: italiano.

2 — DO L 346, p. 61.

Marco jurídico

Directiva 92/100

2. La Directiva tiene por objetivo establecer un marco armonizado de las legislaciones nacionales relativas al derecho de alquiler y de préstamo en materia de derechos de autor, así como de determinados derechos afines a los derechos de autor, en la medida necesaria para garantizar el correcto funcionamiento del mercado común.

3. En los considerandos de la Directiva, su motivación y su finalidad están expuestos en particular, por cuanto aquí interesa, en los siguientes términos:

«considerando las diferencias existentes en la protección jurídica que ofrecen las legislaciones y prácticas de los Estados miembros a las obras amparadas por los derechos de autor y objetos protegidos por derechos afines en materia de alquiler y préstamo, y que tales diferencias son fuentes de obstáculos al comercio y de distor-

siones a la competencia que impiden el buen funcionamiento y la realización del mercado interior;

[...]

considerando que el esfuerzo creativo y artístico de los autores y artistas intérpretes o ejecutantes exige unos ingresos suficientes que sirvan de base a nuevos trabajos creativos y artísticos y que las inversiones necesarias, en particular, para la producción de fonogramas y películas son especialmente cuantiosas y aleatorias; que sólo una protección jurídica adecuada de los titulares de derechos permite garantizar eficazmente dichos ingresos y amortizar dichas inversiones;

[...]

considerando que el marco jurídico comunitario sobre los derechos de alquiler y préstamo y sobre determinados derechos afines a los derechos de autor puede limitarse a disposiciones que prevean que los Estados miembros establezcan los derechos de determinadas categorías de titulares, como además los derechos de fijación, reproducción, distribución, radiodifusión y comunicación pública, para determinados grupos de titulares en el ámbito de la protección de los derechos afines».

4. En coherencia con lo que antecede, y también por lo que aquí interesa, la Directiva prevé una protección armonizada de los derechos afines relativos a fonogramas, películas y emisiones de radio, con respecto a los artistas intérpretes o ejecutantes, a los productores y a las entidades de radiodifusión, respectivamente, todos ellos sujetos que no gozan de la protección de los derechos de autor.

5. En particular, el artículo 8 regula la actividad de radiodifusión y comunicación al público de las «prestaciones artísticas» y dispone:

«1. Los Estados miembros concederán a los artistas intérpretes y ejecutantes el derecho exclusivo de autorizar o prohibir la emisión inalámbrica y la comunicación al público de sus actuaciones, salvo cuando dicha actuación constituya en sí una actuación transmitida por radiodifusión o se haga a partir de una fijación.

2. Los Estados miembros establecerán la obligación del usuario de un fonograma publicado con fines comerciales, o de una reproducción de dicho fonograma, que se utilice para la radiodifusión inalámbrica o para cualquier tipo de comunicación al público de pagar una remuneración equitativa y única a los artistas intérpretes o ejecutantes y productores de fonogramas,

entre los cuales se efectuará el reparto de la misma. A falta de acuerdo entre los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas los Estados miembros podrán establecer las condiciones en que deban repartirse dicha remuneración.»

6. La protección aportada de este modo representa una armonización mínima, como resulta del vigésimo considerando que dispone:

«considerando que los Estados miembros pueden establecer en favor de los titulares de derechos afines a los derechos de autor una protección mayor que la prevista en el artículo 8 de la presente Directiva».

7. La remuneración equitativa prevista en el artículo 8, apartado 2, no está expresamente definida en la Directiva, ni tampoco existe en sus considerandos una referencia directa a ella.

8. Sin embargo, en los considerandos se hallan determinadas indicaciones relativas a la remuneración equitativa para los titulares en caso de cesión del derecho de alquiler y, en particular, se aclara que dicha remuneración está prevista teniendo en cuenta que:

«[...] es necesario establecer un régimen que garantice de manera irrenunciable una remuneración equitativa para autores y artistas intérpretes y ejecutantes, quienes deberán tener la posibilidad de confiar la administración de este derecho a entidades de gestión colectiva que los representen;

[...] dicha remuneración puede hacerse efectiva en uno o varios pagos en cualquier momento al celebrarse el contrato o con posterioridad;

[...] dicha remuneración debe estar en consonancia con la importancia de la contribución al fonograma o a la película por parte de los autores y de los artistas intérpretes o ejecutantes».

Marco jurídico internacional

9. La Directiva y, en particular, las disposiciones relevantes en el presente asunto deben ser interpretadas a la luz del correspondiente marco jurídico internacional, al que hace referencia expresa el décimo considerando de la Directiva al enunciar que «deben aproximarse las legislaciones

de los Estados miembros de conformidad con los convenios internacionales vigentes sobre los que se basan las normas sobre derechos de autor y derechos afines de muchos Estados miembros».

10. El marco jurídico internacional está formado esencialmente, por lo que aquí interesa, por el Acuerdo ADPIC [3] y la Convención Internacional sobre la Protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, de los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión, adoptada en Roma el 26 de octubre de 1961, del que son parte todos los Estados miembros con excepción de Portugal y al que se remite el Acuerdo ADPIC.

11. Con arreglo al artículo 14 del Acuerdo ADPIC, los miembros están obligados a garantizar que:

«1. En lo que respecta a la fijación de sus interpretaciones o ejecuciones en un fonograma, los artistas intérpretes o ejecutantes tendrán la facultad de impedir los actos siguientes cuando se emprendan sin su autorización: la fijación de sus interpretaciones o ejecuciones no fijadas y la reproducción de tal fijación. Los artistas intérpretes o ejecutantes tendrán asimismo la facultad de impedir los actos siguientes cuando se emprendan sin su autorización: la difusión por medios inalámbricos y la comunicación al público de sus interpretaciones o ejecuciones en directo.

[...]

6. En relación con los derechos conferidos por los párrafos 1, 2 y 3, todo Miembro podrá establecer condiciones, limitaciones, excepciones y reservas en la medida permitida por la Convención de Roma [...]».

12. A su vez, la Convención de Roma establece en su artículo 7 una protección mínima que los Estados contratantes están obligados a garantizar a los artistas intérpretes o ejecutantes. Establece, en particular, que:

«1. La protección prevista por la presente Convención en favor de los artistas intérpretes o ejecutantes comprenderá la facultad de impedir:

a) la radiodifusión y la comunicación al público de sus interpretaciones o ejecuciones para las que no hubieren dado

3 — Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, Anexo 1C del Acta constitutiva de la Organización Mundial de Comercio (DO L 336 1994, pp. 214 a 233), adoptado mediante Decisión del Consejo 94/800/CE, de 22 de diciembre de 1994, relativa a la celebración en nombre de la Comunidad Europea, por lo que respecta a los temas de su competencia, de los acuerdos resultantes de las negociaciones multilaterales de la Ronda Uruguay (1986-1994) (DO L 336, p. 1).

su consentimiento, excepto cuando la interpretación o ejecución utilizada en la radiodifusión o comunicación al público constituya por sí misma una ejecución radiodifundida o se haga a partir de una fijación» de su ejecución sobre una base material. [4]

13. El artículo 12 regula la denominada utilización secundaria de los fonogramas disponiendo que:

«Cuando un fonograma publicado con fines comerciales o una reproducción de ese fonograma se utilicen directamente para la radiodifusión o para cualquier otra forma de comunicación al público, el utilizador abonará una remuneración equitativa y única a los artistas intérpretes o ejecutantes, o a los productores de fonogramas, o a unos y otros. La legislación nacional podrá, a falta de acuerdo entre ellos, determinar las condiciones en que se efectuará la distribución de esa remuneración». [5]

14. La Convención, además de dictar normas esenciales de armonización, contiene, en los artículos 2, 4 y 5, normas en materia de trato nacional a las que, a su vez, se remite el artículo 1, apartado 3, del Acuerdo ADPIC. Con arreglo a éste, recuerdo, «los Miembros concederán a los nacionales de los demás Miembros el trato previsto en el presente Acuerdo», precisando por lo que aquí atañe que, «se entenderá por nacionales de los demás Miembros las personas físicas o jurídicas que cumplirían los criterios establecidos para poder beneficiarse de la protección en [...] la Convención de Roma [...]». [6]

Derecho neerlandés

15. El artículo 7 de la *Wet op de naburige rechten* (Ley neerlandesa sobre los derechos afines; en lo sucesivo, «WNR»), de 18 de marzo de 1993, vigente desde el 1 de julio de 1993 y posteriormente modificada por la Ley de 21 de diciembre de 1995 *(Staatsblad* 1995, p. 653), adapta el ordenamiento jurídico nacional a la obligación derivada del artículo 8, apartado 2, de la Directiva y garantiza al mismo tiempo la conformidad del Derecho neerlandés con la Convención de Roma.

16. Dicho artículo 7 dispone:

«1. Un fonograma producido con fines comerciales o su reproducción podrá ser radiodifundido o hecho público de otro modo sin autorización del productor del fonograma y del artista intérprete o ejecu-

4 — Nota no pertinente en español.

5 — Nota no pertinente en español.

6 — Los Países Bajos son parte contratante de la Convención a partir del 7 de octubre de 1993.

tante, o de quienes adquieran sus derechos, a condición de que se pague una remuneración equitativa.

2. En caso de que no se llegue a un acuerdo sobre la cuantía de la remuneración equitativa, el Arrondissementsrechtbank te's-Gravenhage tendrá competencia exclusiva para fijar en primera instancia la cuantía de la remuneración a solicitud de la parte más diligente.

3. Tendrán derecho a la remuneración tanto el artista intérprete o ejecutante como el productor o quienes adquieran sus derechos, entre los cuales se repartirá en partes iguales.» [7]

17. El artículo 15 de la WNR establece que el pago de dicha remuneración deberá hacerse a la entidad que represente a los artistas intérpretes o ejecutantes y a los productores, designada por el Ministro de Justicia, que además representa a los interesados tanto en lo relativo a la determinación de la cuantía de la remuneración como al ejercicio del derecho exclusivo.

Hechos y procedimiento

18. El litigio pendiente ante el juez remitente contrapone a la *Stichting ter Exploitatie van Nagurige Rechten* (en lo sucesivo, «SENA»), fundación neerlandesa que representa los intereses de los artistas intérpretes o ejecutantes y de los productores e importadores de fonogramas, y a la *Nederlandse Omroep Stichting* (en lo sucesivo, «NOS»), organismo de coordinación de la radiodifusión pública, y tiene por objeto la determinación de la remuneración equitativa debida por NOS a SENA a efectos del artículo 7 de la WNR.

19. En el año 1986, mucho antes de que entrase en vigor la WNR, la *Nederlandse Veriniging van Producenten en Importeurs van Beeld en Geluidsdragers* (en lo sucesivo, «NVPI»), organismo que entonces representaba los intereses de los productores de fonogramas, había celebrado con NOS un acuerdo por el que éste se comprometía a pagar a NVPI una suma determinada en concepto de compensación por la radiodifusión de fonogramas efectuada por las emisoras públicas neerlandesas. Dicha suma, calculada sobre una base anual, ascendía a 605.000 NLG por los actos de utilización realizados en el año 1984 y posteriormente alcanzó, en 1994, la cantidad de 700.000 NLG.

20. A raíz de la entrada en vigor de la WNR, la representación de los intereses de los productores y de los artistas intérpretes o ejecutantes de fonogramas pasó a estar a cargo de SENA, por aplicación de las disposiciones legales. En consecuencia, en diciembre de 1993, NVPI puso término al acuerdo antes mencionado. Las negociaciones celebradas con posterioridad entre NOS y SENA para celebrar un nuevo acuerdo, previsto en el artículo 7 de la WNR, fueron infructuosas. En consecuencia, SENA interpuso una demanda ante el *Arrondissementsrechtbank te 's-Graven-*

7 — Traducción no oficial.

hage (en lo sucesivo, «tribunal de La Haya»), solicitando que se fijara la remuneración equitativa en 7.500.000 NLG. El tribunal de La Haya determinó el importe para el año 1995 en 2.000.000 de NLG, reservándose su decisión para los años posteriores.

21. Pronunciándose sobre el recurso de apelación interpuesto, el *Gerechtshof te 's-Gravenhage* (en lo sucesivo, «tribunal de apelación de La Haya» o «tribunal de apelación») dictó el 6 de mayo de 1999 una resolución interlocutoria en la que señalaba que ni la Ley neerlandesa ni la Directiva proporcionan indicación alguna que pueda ser útil para concretar el concepto de remuneración equitativa y que, en particular, la Directiva no pretende armonizar el modo de cálculo de dicha remuneración. Por otra parte, el tribunal de apelación decidió que la remuneración equitativa establecida por la Ley neerlandesa debe corresponder, aproximadamente, a la cantidad que NOS debía a NVPI con arreglo al acuerdo de 1986, puesto que ésta es la voluntad normativa que se deduce de los trabajos preparatorios de dicha Ley. Sin embargo, NOS ha de aceptar un incremento de la remuneración cuando aumenten uno o varios de los siguientes factores: la cantidad de horas de difusión de los fonogramas, los índices de audiencia de las emisoras representadas por NOS, la cuantía de las remuneraciones establecidas por contrato para la utilización de las obras protegidas por los derechos de autor, la cuantía de las remuneraciones correspondientes que pagan las entidades de radiodifusión en los Estados miembros vecinos y la remuneración pagada en los Países Bajos por emisoras comerciales.

22. SENA interpuso un recurso de casación contra dicha resolución, alegando su incompatibilidad con la Directiva. En efecto, aduce que esta última introduce un concepto autónomo de remuneración equitativa que exige su interpretación uniforme en los distintos Estados miembros, resultado que, por el contrario, no se había alcanzado en la resolución recurrida.

23. En consecuencia, al suscitarse la interpretación de una disposición de la Directiva 92/100, el *Hoge Raad* planteó al Tribunal de Justicia, mediante resolución de 9 de junio de 2000, las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) ¿Es el concepto de "remuneración equitativa" utilizado en el artículo 8, apartado 2, de la Directiva 92/100/CEE del Consejo, de 19 de noviembre de 1992 [sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual], un concepto comunitario que debe ser interpretado y aplicado de la misma forma en todos los Estados miembros de la Comunidad Europea?

2) En caso de respuesta afirmativa:

a) ¿Conforme a qué criterios se debe determinar la cuantía de la remuneración equitativa?

b) ¿Debe fijarse exclusivamente en función de la cuantía de las remuneraciones que en el Estado miembro de que se trate eran usuales o habían sido acordadas entre las entidades interesadas con anterioridad a la entrada en vigor de la Directiva?

c) ¿Deben o pueden tenerse en cuenta las expectativas concebidas por los interesados acerca de la cuantía de la remuneración al adoptarse la ley nacional de adaptación a la Directiva?

d) ¿Debe fijarse exclusivamente en función de la cuantía de las remuneraciones que, en virtud de los derechos de autor de obras musicales, se pagan con motivo de la transmisión por las entidades de radiodifusión?

e) ¿Debe determinarse la remuneración en función del alcance potencial en términos de oyentes o espectadores o en función del número real de oyentes o espectadores, o bien debe determinarse, en parte, en función del primer alcance y, en parte, en función del último, y, en este último caso, en qué proporción?

3) En caso de respuesta negativa a la primera cuestión, ¿significa esto que los Estados miembros tienen plena libertad para establecer los criterios según los cuales debe determinarse la cuantía de la remuneración equitativa o existen determinados límites a dicha libertad y, de ser así, cuáles son estos límites?»

24. En el presente procedimiento presentaron observaciones ante el Tribunal de Justicia, además de las partes del litigio principal, la Comisión y los Gobiernos neerlandés, alemán, finlandés, portugués y del Reino Unido.

Análisis jurídico

25. Mediante las tres cuestiones planteadas, el juez remitente pide esencialmente al Tribunal de Justicia que dilucide si el concepto de «remuneración equitativa» del artículo 8, apartado 2, de la Directiva, es o no es un concepto comunitario y cuáles son las consecuencias que de ello se deducen, en uno u otro caso, a efectos de la determinación de los criterios destinados a fijar su cuantía.

Alegaciones de las partes

a) Sobre el concepto de remuneración equitativa

26. Según SENA, el concepto de remuneración equitativa es un concepto comuni-

tario que, como tal, debe ser interpretado sobre la base de parámetros uniformes en todos los Estados miembros. Esta solución, además de venir impuesta por los principios generales de igualdad y de no discriminación, se desprende fundamentalmente del objetivo de la Directiva, que, a su vez, se inspira directamente en la Convención de Roma. En realidad, ambas comparten el objetivo de garantizar una armonización efectiva, orientada a compensar el perjuicio económico que puede derivar para los artistas intérpretes o ejecutantes, así como para los productores, de la difusión de sus obras. Este resultado sólo puede obtenerse a través de una interpretación uniforme del concepto de remuneración equitativa. Además, ello queda confirmado, *a contrario,* por el artículo 5 de la Directiva, que prevé excepciones al derecho exclusivo de préstamo, cuando éste se realiza por organismos públicos, siempre que los autores «obtengan al menos una remuneración». Para tales supuestos, la Directiva dispone expresamente que los Estados miembros pueden determinar libremente esta remuneración, «teniendo en cuenta sus objetivos de promoción cultural». Por el contrario, el hecho de que no exista una indicación análoga para la «remuneración equitativa» mencionada en el artículo 8 demuestra que no existe el margen discrecional reconocido a los Estados miembros en el otro supuesto.

27. También NOS, la Comisión y los Gobiernos neerlandés, portugués y del Reino Unido consideran que la «remuneración equitativa» es un concepto comunitario. No obstante, este concepto hace referencia a un concepto abierto, el de equidad, que no tiene ninguna definición en la Directiva ni en la Convención de Roma y que más bien se remite, como destacan en particular NOS y los Gobiernos portugués y del Reino Unido, al concepto de justicia en el caso concreto. Por lo tanto, estiman, los Estados miembros conservan un amplio margen de libertad para interpretar dicho concepto, especialmente si se tiene en cuenta que la Directiva sólo contiene una armonización mínima.

28. No obstante, queda claro, como subrayan tanto la Comisión como el Gobierno neerlandés, que la libertad de los Estados miembros para determinar el contenido del concepto de que se trata no es absoluta, sino que debe mantenerse dentro de los límites deducidos del sistema de la Directiva: en efecto, dicha libertad debe estar dirigida a la obtención de un justo compromiso entre los intereses de los productores y de los artistas intérpretes o ejecutantes, por un lado, y los intereses de los terceros usuarios, por otro.

29. Además, según el Gobierno neerlandés, la naturaleza comunitaria del concepto de que se trata implica que, aunque gozan de una amplia discrecionalidad al respecto, los Estados miembros no quedan exentos de los límites y controles que derivan de la indicada naturaleza del concepto. Esto no es diferente de lo que sucede con otros conceptos comunitarios, como por ejemplo el de orden público.

A este respecto, dicho Gobierno recuerda, en concreto, las sentencias Van Duyn [8] y Rutili, [9] en las que el Tribunal de Justicia declaró que «los Estados miembros gozan de libertad para definir las exigencias del orden público de conformidad con sus necesidades nacionales; [...] no obstante, en el contexto comunitario y, especialmente, como justificación de una excepción a los principios fundamentales [...], dicho concepto ha de ser objeto de interpretación restrictiva, de manera que su alcance no puede ser determinado unilateralmente por cada Estado miembro sin control por parte de las instituciones de la Comunidad». [10]

30. Por último, los Gobiernos alemán y finlandés proponen una solución formalmente opuesta, pero que no se aleja esencialmente de las posiciones de los demás Gobiernos intervinientes. Es cierto que excluyen que la remuneración equitativa sea un concepto comunitario, pero observan que ello no implica una libertad ilimitada de los Estados miembros. En opinión del Gobierno alemán, en particular, los límites que deben cumplir los ordenamientos jurídicos nacionales a la hora de determinar la remuneración equitativa se deducen del objeto y de la finalidad de la propia Directiva y consisten en la necesidad de garantizar unos ingresos apropiados a los artistas intérpretes o ejecutantes, así como una distribución de los beneficios que sea proporcional a la importancia de la contribución de los autores y de los artistas intérpretes o ejecutantes.

8 — Sentencia de 4 de diciembre de 1974 (41/74, Rec. p. 1337).
9 — Sentencia de 28 de octubre de 1975 (36/75, Rec. p. 1219).
10 — Sentencia Rutili, antes citada, apartados 26 y 27.

b) Sobre los criterios interpretativos concretos

31. En cuanto a los criterios interpretativos mencionados en la letra a) de la segunda cuestión, no todas las partes les dedican mucha atención y, por lo tanto, teniendo en cuenta lo que expondré más adelante, no creo que sea necesario detenerse en las respectivas argumentaciones. Únicamente señalo que los distintos intervinientes niegan la oportunidad de una declaración del Tribunal de Justicia sobre este extremo y que el Gobierno alemán discute, aunque se explaya ampliamente sobre los criterios concretos, la propia admisibilidad de la cuestión, ya que considera que ésta no tiene por objeto tanto la interpretación de la Directiva como, más bien, la aplicación del Derecho nacional al caso concreto. Por lo tanto, no se trata de una materia sobre la que deba pronunciarse el Tribunal de Justicia, sino tal vez de una prueba que ha de ordenar el juez *a quo*.

Apreciación

32. En primer lugar, al apreciar las cuestiones planteadas, me parece difícil negar que el concepto de «remuneración equitativa» sea un concepto comunitario, puesto que éste se utiliza en una Directiva sin que se efectúe remisión alguna, expresa o implícita, a los Derechos nacionales para su interpretación. Como ha declarado el Tribunal de Justicia en varias ocasiones «de las exigencias tanto de la aplicación uni-

forme del Derecho comunitario como del principio de igualdad se desprende que el tenor de una disposición de Derecho comunitario que no contenga una remisión expresa al Derecho de los Estados miembros para determinar su sentido y su alcance normalmente debe ser objeto de una interpretación autónoma y uniforme en toda la Comunidad, que debe realizarse teniendo en cuenta el contexto de la disposición y el objetivo perseguido por la normativa de que se trate». [11]

33. No obstante, no se ha discutido mucho respecto a la definición del concepto de que se trata, porque la Directiva se limita a mencionarlo sin dar definición alguna. Puede parecer realmente sorprendente si se considera que dicho concepto se relaciona con el de equidad y que, como han señalado casi todas las partes, aunque con diversos matices, la equidad es, por su propia naturaleza, un concepto «abierto» que expresa un principio general de adecuación o de equilibrio y deja un amplio margen de apreciación a quien deba aplicarlo. Como se ha señalado efectivamente en el debate desarrollado en el presente procedimiento (en particular, por el Gobierno portugués y el del Reino Unido), la referencia a la equidad implica que, salvo que exista acuerdo entre las partes, los intereses contrapuestos de aquéllos serán ponderados por el juez, teniendo en cuenta las peculiaridades del caso concreto y no criterios normativos predeterminados de modo general y abstracto.

34. Por consiguiente, como antes he dicho, no sorprende que el concepto de «remuneración equitativa» no sea objeto de una definición precisa en la Directiva. Sin embargo, cabe destacar que, además de no dar la mencionada definición, la Directiva tampoco se preocupa por proporcionar indicaciones, expresas o implícitas, sobre los posibles criterios útiles para apreciar la «equidad» de la remuneración, de forma distinta de lo que sucede, por ejemplo, con respecto a la cesión del derecho de alquiler en la misma Directiva. En efecto, para este supuesto se indica, por lo menos, un criterio uniforme —aunque bastante genérico— para determinar la remuneración equitativa correspondiente a los autores y a los artistas intérpretes o ejecutantes (artículo 4, apartado 1) [12] a saber, el criterio que se basa en la importancia de la contribución al fonograma o a la película (considerando 17). [13]

35. Pero también en la Directiva 2001/29/CE, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de

11 — Véanse, como más recientes, las sentencias de 9 de noviembre de 2000, Yiadom (C-357/98, Rec. p. I-9265), apartado 26, y de 19 de septiembre de 2000, Linster (C-287/98, Rec. p. I-6917), apartado 43; anteriormente, sentencia de 18 de enero de 1984, Ekro (327/82, Rec. p. 107), apartado 11.

12 — Con arreglo al cual, «cuando un autor o un artista intérprete o ejecutante haya transferido o cedido a un productor de fonogramas o de películas su derecho de alquiler respecto de un fonograma o un original o una copia de una película, el autor o el artista intérprete o ejecutante conservará el derecho de obtener por el alquiler una remuneración equitativa».

13 — A cuyo tenor «dicha remuneración debe estar en consonancia con la importancia de la contribución al fonograma o a la película por parte de los autores y de los artistas intérpretes o ejecutantes».

autor en la sociedad de la información, [14] se encuentran indicaciones de los criterios aplicables para la determinación de la compensación equitativa. El artículo 5 de dicha Directiva dispone que los Estados miembros pueden establecer la libre utilización, para uso privado, de objetos protegidos por los derechos de autor o por derechos afines a éstos, siempre y cuando se garantice una compensación equitativa en beneficio de determinados titulares de derechos. En particular, por una parte, el mencionado artículo 5 dispone expresamente, en relación con uno de los supuestos en él contemplados, que la compensación se calcula «teniendo en cuenta si se aplican o no [...] las medidas tecnológicas» de protección establecidas en dicha Directiva. Por otra parte, y desde un punto de vista más general, la Directiva enumera en su considerando 35 determinados criterios de aplicación posteriores que pueden ser tomados en consideración, si bien no con carácter exclusivo, en el momento de la determinación de la cuantía de la compensación equitativa con arreglo al artículo 5. [15]

36. Por el contrario, en otras ocasiones, el legislador comunitario no ha sentido la necesidad de indicar criterios aplicables uniformes, por ejemplo, en la Directiva 93/83/CEE, sobre coordinación de determinadas disposiciones relativas a los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la radiodifusión vía satélite y de la distribución por cable, [16] que se limita a extender a dichas formas de comunicación al público la aplicabilidad del artículo 8 de la Directiva 92/100.

37. Por consiguiente, puede deducirse de ello que, cuando ha sido necesario u oportuno, el legislador comunitario ha intervenido en relación con conceptos totalmente análogos a aquel del que se trata en el presente asunto. Por el contrario, cuando, como en el caso de autos, ha guardado silencio, se da por supuesto que ha querido conceder a los Estados miembros un margen de libertad más amplio, por considerar evidentemente que una armonización más intensa en la materia no era necesaria u oportuna. Por otra parte, no creo que corresponda al Tribunal de Justicia sustituir al legislador comunitario fijando criterios uniformes no establecidos por éste y limitando, por lo tanto, la libertad de los Estados miembros sin motivos justificados.

38. No obstante, expuesto lo que antecede en términos generales, hay que precisar que dicha libertad no es ilimitada, puesto que siempre se ejercita en relación con la aplicación de un concepto comunitario y, por consiguiente, bajo el control de las

14 — Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de mayo de 2001 (DO L 167, p. 10).

15 — Se establece, en particular, que, «a la hora de determinar la forma, las modalidades y la posible cuantía de esa compensación equitativa, deben tenerse en cuenta las circunstancias de cada caso concreto. Un criterio útil para evaluar estas circunstancias sería el posible daño que el acto en cuestión haya causado a los titulares de los derechos. Cuando los titulares de los derechos ya hayan recibido una retribución de algún tipo, por ejemplo, como parte de un canon de licencia, puede ocurrir que no haya que efectuar un pago específico o por separado. El nivel de compensación equitativa deberá determinarse teniendo debidamente en cuenta el grado de utilización de las medidas tecnológicas de protección contempladas en la presente Directiva. Determinadas situaciones en las que el perjuicio causado al titular del derecho haya sido mínimo no pueden dar origen a una obligación de pago».

16 — Directiva del Consejo de 27 de setiembre de 1993 (DO L 248, p. 15).

instituciones comunitarias y, en particular, del Tribunal de Justicia.

39. Como ha recordado el Gobierno neerlandés, en el caso de autos se trata de una situación que no es diferente de la que se observa en relación con otros conceptos utilizados por el Derecho comunitario, pero que éste no define, remitiéndose, en gran medida, a los ordenamientos nacionales. Éste es el caso, por ejemplo, del concepto de orden público, mencionado en las observaciones del Gobierno neerlandés, especialmente en la medida en que el artículo 39 CE lo menciona como límite a la libertad de circulación de los trabajadores. Según la conocida jurisprudencia Van Duyn y Rutili, dicho concepto remite por su propia naturaleza a las competencias soberanas de los Estados miembros y, por tanto, a sus Derechos internos. En consecuencia, como señaló el Tribunal de Justicia en estas sentencias, «los Estados miembros gozan de libertad para definir las exigencias del orden público de conformidad con sus necesidades nacionales», [17] ya que éstas «pueden variar de un país a otro y de una época a otra». [18] Sin embargo, por el hecho de estar inscrito «en el contexto comunitario» y de imponer un límite a un principio fundamental del Tratado, en aquel asunto el de la libre circulación de personas, la libertad de que gozan los Estados miembros para determinar las exigencias de su orden público nacional no puede sustraerse al control y a los límites del Derecho comunitario. [19]

17 — Sentencia Rutili, antes citada, apartado 26.
18 — Sentencia Van Duyn, antes citada, apartado 18.
19 — Sentencia Rutili, antes citada, apartado 27.

40. En mi opinión, pueden hacerse consideraciones análogas por lo que respecta al concepto de «remuneración equitativa» mencionado en el artículo 8 de la Directiva. La libertad reconocida a los Estados miembros deberá, pues, ejercitarse bajo el control de las instituciones comunitarias, respetando las condiciones y los límites derivados de la Directiva, así como, más en general, los principios y el sistema del Tratado.

41. Para especificar dichas indicaciones, me parece evidente, en primer lugar, que la determinación de la «remuneración equitativa» no podrá efectuarse en un Estado miembro infringiendo un principio general del Derecho comunitario.

42. En particular, como observa acertadamente el Gobierno finlandés, en esta materia el margen de actuación de los ordenamientos nacionales está limitado por la necesidad de salvaguardar la aplicación del principio de no discriminación por la nacionalidad, consagrado en el artículo 12 CE y posteriormente detallado, por lo que interesa en el presente contexto, por las disposiciones relativas a la libre circulación de mercancías, de personas y de servicios.

43. Además, en esta materia, la prohibición de discriminación por la nacionalidad tiene un ámbito de aplicación más amplio que el establecido aplicando únicamente el artículo 12 CE. En efecto, en lo que atañe a la protección de los derechos afines, dicha prohibición se extiende a una serie de sujetos que, aun siendo nacionales de países terceros y, por consiguiente, no protegidos con arreglo al artículo 12 CE, gozan de la protección establecida por el Acuerdo ADPIC de la Organización Mundial del Comercio y por la Convención de Roma.

44. En efecto, como es sabido, el Acuerdo ADPIC vincula a la Comunidad y a todos sus Estados miembros, y, con independencia de la controversia sobre su aplicabilidad directa, las normas sobre el trato nacional en él establecidas son parte integrante del Derecho cuyo respeto debe garantizar el Tribunal de Justicia en virtud del artículo 220 CE. Pues bien, por medio de la remisión efectuada en su artículo 1, apartado 3, dicho Acuerdo incorpora los artículos 2, 4 y 5 de la Convención de Roma, que determinan la aplicación del principio del trato nacional a una amplia categoría de sujetos y situaciones que no presentan una conexión cualificada con la Comunidad, ya sea por pertenencia o por establecimiento, y que, por consiguiente, no estarían en principio protegidos por el artículo 12 CE. En consecuencia, la libertad de acción de los Estados miembros al aplicar la Directiva y, en particular, su artículo 8, apartado 2, quedará limitada, además de por el artículo 12 CE, por estas disposiciones convencionales.

45. Todo lo antes expuesto atañe a los principios generales. Sin embargo, creo que las indicaciones que pueden limitar el margen de apreciación dejado a los Estados miembros se pueden deducir también del sistema de la Directiva y, especialmente, de la necesidad de preservar su efecto útil.

46. Desde esta perspectiva, me parece que se puede afirmar, en primer lugar, que la remuneración no podrá ser considerada equitativa si su resultado perjudica la finalidad perseguida por la Directiva, en particular a través de su artículo 8, apartado 2. En efecto, puesto que esta disposición está destinada a garantizar a los titulares de los derechos una «remuneración» por los actos de disfrute en ella contemplados, me parece evidente que, al ser «equitativa», dicha remuneración debe ser siempre efectiva y sustancial, para evitar el riesgo de expoliar al artista intérprete o ejecutante o al productor del derecho que se les ha reconocido. En otros términos, como subraya con acierto el Gobierno neerlandés, la apreciación de las circunstancias del caso concreto no podrá conducir, salvo en supuestos totalmente excepcionales, a la determinación de una compensación meramente simbólica que, en definitiva, se traduzca en una negación del derecho a la remuneración.

47. A mi parecer, dicha conclusión queda confirmada también por el tenor literal del séptimo considerando de la Directiva, según el cual la protección jurídica de los artistas intérpretes o ejecutantes y de los productores, prevista por la Directiva en su totalidad, está destinada a garantizar niveles de ingresos adecuados para los primeros y una amortización de las inversiones para los segundos. En consecuencia, la remuneración mencionada por el artículo 8, apartado 2, de la Directiva debe ser de tal cuantía que contribuya a asegurar efectivamente la rentabilidad de la actividad artística y de producción.

48. Cabría incluso preguntarse si la consideración de dicha finalidad podría servir como patrón *exclusivo* para determinar la remuneración equitativa. Sin embargo, a tal conclusión se opone el hecho de que la rentabilidad de la actividad artística y productiva está garantizada a través de la totalidad de las medidas instituidas por la Directiva en beneficio de los artistas intérpretes o ejecutantes y de los productores. Esta actividad queda especialmente asegurada, en primer lugar y normalmente, mediante los derechos exclusivos reconocidos a dichos sujetos, como son el derecho de alquiler y préstamo del artículo 2,[20] el derecho de fijación del artículo 6,[21] el derecho de reproducción del artículo 7,[22] y el derecho de radiodifusión y comunicación al público *en directo,* del artículo 8, apartado 1, de la Directiva. Por el contrario, la radiodifusión o comunicación al público obtenida de un fonograma publicado con fines comerciales no es objeto de un derecho exclusivo («de autorizar o prohibir», según la Directiva) del intérprete, ni tampoco del productor (artículo 8, apartado 1). Por consiguiente, el derecho a la remuneración equitativa establecido para dichos supuestos en el artículo 8, apartado 2, sólo es un componente accesorio del sistema de garantías de la rentabilidad, en coherencia con la naturaleza «débil» de dicho derecho respecto de los derechos exclusivos antes mencionados.

49. En definitiva, considero que se puede concluir que el concepto de «remuneración equitativa» mencionado en el artículo 8, apartado 2, de la Directiva es un concepto de Derecho comunitario, pero que la Directiva no fija criterios uniformes para la determinación de su cuantía. Por consiguiente, los Estados miembros conservan la libertad de determinar dichos criterios, siempre que se respeten la finalidad de la Directiva y los principios del Derecho comunitario.

20 — Recuerdo que, según esta disposición, «el derecho exclusivo de autorizar o prohibir el alquiler o préstamo corresponderá:
[...]
— al artista intérprete o ejecutante, respecto de las fijaciones de sus actuaciones,
— al productor de fonogramas, respecto de sus fonogramas [...]».

21 — «Los Estados miembros concederán a los artistas intérpretes o ejecutantes el derecho exclusivo de autorizar o prohibir la fijación de sus actuaciones [...]»

22 — «Los Estados miembros concederán el derecho exclusivo de autorizar o prohibir la reproducción directa o indirecta: a los artistas intérpretes o ejecutantes respecto de las fijaciones de sus actuaciones, a los productores de fonogramas respecto de sus fonogramas [...]»

Conclusión

50. Considerando lo antes expuesto, propongo al Tribunal de Justicia que responda a las cuestiones prejudiciales en el sentido de que el concepto de «remuneración equitativa» mencionado en el artículo 8, apartado 2, de la Directiva es un concepto de Derecho comunitario, pero que la Directiva no fija criterios uniformes para la determinación de su cuantía. Por consiguiente, los Estados miembros conservan la libertad de determinar dichos criterios, siempre que se respeten la finalidad de la Directiva y los principios del Derecho comunitario.