CONCLUSIONES DE LA ABOGADO GENERAL
SRA. ELEANOR SHARPSTON
presentadas el 4 de abril de 2006 [1]

1. Mediante estos dos recursos que la Comisión ha interpuesto, con arreglo al artículo 226 CE, contra Portugal, dicha institución solicita que se declare [2] que Portugal no adaptó correctamente su Derecho interno a los artículos 2, 4 y 5 (en relación con el artículo 1) 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»). [3]

La Directiva

2. La Directiva fue adoptada sobre la base del artículo 95 CE, entre otros. Desea eliminar las diferencias en la protección jurídica que ofrecen los Estados miembros a las obras amparadas por los derechos de autor y objetos protegidos por derechos afines [4] en materia de alquiler y préstamo. [5] Pretende limitarse a disposiciones que prevean que los Estados miembros establezcan los derechos de determinadas categorías de titulares en materia de alquiler y préstamo, así como los derechos de fijación, [6] reproducción, distribución, radiodifusión y comunicación pública para determinados grupos de titulares en el ámbito de la protección de los derechos afines. [7] El primer capítulo de la Directiva, del que se trata en el presente asunto, se refiere al derecho de alquiler y préstamo de conformidad con el primero de tales objetivos.

1 — Lengua original: inglés.

2 — En el asunto C-53/05, se alega la infracción del artículo 5, en relación con el artículo 1; en el asunto C-61/05 se alega la infracción de los artículos 2 y 4.

3 — DO L 346, p. 61.

4 — En el contexto del Derecho comunitario, los derechos de autor («copyright») comprenden los derechos exclusivos concedidos a los autores, compositores, artistas, etcétera, mientras que los derechos afines («related rights») abarcan los derechos análogos otorgados a los artistas intérpretes o ejecutantes (músicos, actores, etcétera) y empresarios (editores, productores de cine, etcétera). Sin embargo, en aras de la brevedad, me referiré simplemente a las «obras amparadas por los derechos de autor», y no al término más engorroso empleado por la Directiva, esto es, «obras amparadas por los derechos de autor y objetos protegidos por derechos afines», puesto que en el presente asunto no existe ningún motivo para establecer la diferencia.

5 — Primer considerando de la exposición de motivos.

6 — Parece que tan poco feliz término, desgraciadamente un *leitmotiv* en toda la legislación comunitaria en materia de armonización de los derechos de autor (y también en convenios internacionales), significa simplemente «grabación».

7 — Undécimo considerando de la exposición de motivos.

3. La exposición de motivos de la Directiva contiene los siguientes considerandos:

«[1] 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 fuente de obstáculos al comercio y de distorsiones de la competencia que impiden el buen funcionamiento y la realización del mercado interior;

[2] Considerando que las diferencias de protección jurídica podrían aumentar a medida que los Estados miembros adopten nuevas y diferentes disposiciones legales o a medida que la jurisprudencia nacional que interpreta dichas normas vaya evolucionando de forma divergente;

[3] Considerando que tales diferencias deben ser eliminadas conforme al objetivo previsto en el artículo 8 A del Tratado de establecer un espacio sin fronteras interiores, de forma que se establezca un régimen que garantice que la competencia no será falseada en el mercado común, de acuerdo con la letra f) del artículo 3 del Tratado;

[4] Considerando que el alquiler y préstamo de obras amparadas por los derechos de autor y objetos protegidos por derechos afines tienen cada vez más importancia, en particular para los autores, artistas y productores de fonogramas y películas; [...];

[...]

[7] 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;

[...]

[15] Considerando que es necesario establecer un régimen que garantice de manera irrenunciable una remuneración equitativa para autores y artistas intérpretes y ejecutantes;

[...]

[17] Considerando que 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;

[18] Considerando que también es necesario proteger al menos los derechos de los autores en el caso de préstamo público mediante un régimen específico; [...].»

4. El artículo 1, apartado 1, exige que los Estados miembros reconozcan el derecho de autorizar o prohibir el alquiler o préstamo de originales y copias de obras protegidas por el derecho de autor.

5. El artículo 1, apartado 2, define el término «alquiler» como la «puesta a disposición, para su uso por tiempo limitado y con un beneficio económico o comercial directo o indirecto». El artículo 1, apartado 3, define el concepto de «préstamo» como la «puesta a disposición, para su uso, por tiempo limitado sin beneficio económico o comercial directo ni indirecto, siempre que dicho préstamo se lleve a cabo a través de entidades accesibles al público».

6. El artículo 2, apartado 1, dispone:

«El derecho exclusivo de autorizar o prohibir el alquiler o el préstamo corresponderá:

— al autor, respecto del original y de las copias de sus obras,

— al artista intérprete o ejecutante, respecto de las fijaciones de sus actuaciones,

— al productor de fonogramas, respecto de sus fonogramas y

— al productor de la primera fijación de una película respecto del original y de las copias de sus películas. A efectos de la presente Directiva se entenderá por "película" la obra cinematográfica o audiovisual o imágenes en movimiento, con o sin acompañamiento de sonido.»

7. El artículo 2, apartado 2, establece que se considerará autor o coautor al director principal de una obra cinematográfica o audiovisual.

8. Según el artículo 2, apartado 4, los derechos a que se refiere el artículo 2, apartado 1, podrán transferirse, cederse o ser objeto de la concesión de licencias contractuales.

9. El artículo 4 prevé, por lo que aquí resulta relevante:

«1. 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.

2. El derecho a obtener una remuneración equitativa a cambio del alquiler por parte de los autores o artistas intérpretes o ejecutantes será irrenunciable.

[...]

4. Los Estados miembros podrán establecer [...] la determinación de las personas de quienes se pueda exigir o recaudar tal remuneración.»

10. El artículo 5 dispone, por lo que aquí interesa:

«1. Los Estados miembros podrán establecer excepciones al derecho exclusivo a que se refiere el artículo 1 en lo referente a los préstamos públicos siempre que los autores obtengan al menos una remuneración por esos préstamos. Los Estados miembros podrán determinar libremente esta remuneración teniendo en cuenta sus objetivos de promoción cultural.

[...]

3. Los Estados miembros podrán eximir a determinadas categorías de establecimientos del pago de la remuneración a que se [refiere el apartado 1].»

11. Con arreglo al artículo 15, apartado 1, de la Directiva, los Estados miembros tenían la obligación de adaptar su Derecho interno a dicha Directiva antes del 1 de julio de 1994.

Normativa nacional relevante

12. Portugal pretendió adaptar su Derecho interno a la Directiva mediante el Decreto-ley nº 332/97, de 27 de noviembre de 1997.

13. El artículo 5 de este Decreto-ley establece:

«1. Cuando un autor transfiera o ceda a un productor de fonogramas o de películas sus derechos de alquiler respecto de un fonograma, un videograma o el original o una copia de una película, el autor tendrá un derecho inalienable a obtener por el alquiler una remuneración equitativa.

2. A los efectos del apartado 1, el productor será responsable del pago de la remuneración que, a falta de acuerdo, se fije mediante laudo arbitral y de conformidad con la ley.»

14. El artículo 6, apartado 1, dispone que el autor tendrá derecho a una remuneración en caso de que el original o copias de su obra sean objeto de préstamo público.

15. El artículo 6, apartado 3, prevé:

«Lo dispuesto en el presente artículo no será de aplicación a las bibliotecas públicas, escolares o universitarias, ni a los museos, archivos públicos, fundaciones públicas o instituciones privadas sin ánimo de lucro.»

16. El artículo 7, apartado 2, confiere derechos de alquiler y de préstamo:

«— [...] al artista intérprete o ejecutante, respecto de las fijaciones de sus actuaciones,

— [...] al productor de fonogramas o videogramas, respecto de sus fonogramas o videogramas, y

— [...] al productor de la primera fijación de una película respecto del original y de las copias de sus películas.»

17. El artículo 7, apartado 4, define la «película» como una «obra cinematográfica y audiovisual y cualesquiera imágenes en movimiento, con o sin acompañamiento de sonido».

Asunto C-61/05: supuesta infracción del artículo 2

18. La Comisión alega que el artículo 7 del Decreto-ley nº 332/97 tiene por efecto que no es seguro que el productor de la primera fijación de una película pueda autorizar o prohibir el alquiler de copias de su película, o de videogramas o grabaciones en DVD de la misma; en cualquier caso, no tiene el derecho exclusivo, como exige el artículo 2, apartado 1, de la Directiva, de autorizar o prohibir dicho alquiler. [8]

19. Portugal sostiene que la lista establecida en el artículo 2, apartado 1, no es exhaustiva y que la definición poco precisa del termino «película» que figura en dicha disposición puede tener por efecto que el productor de la primera fijación de una película sea a la vez productor de copias de la película y que pueda ceder también derechos respecto del original y de las copias, o sólo de las copias, a otra persona –el productor de videogramas. La ley portuguesa trata a los productores de videogramas en pie de igualdad con los de fonogramas.

20. A mi juicio, el recurso de la Comisión está bien fundado en la medida en que alega la infracción del artículo 2 de la Directiva.

21. En primer lugar, si bien admito que la lista establecida en el artículo 2, apartado 1, de la Directiva no es necesariamente exhaustiva, ello no significa que un Estado miembro pueda añadir cualquier categoría de titulares. Como el Tribunal de Justicia señaló en el asunto Warner Brothers y otros, [9] la facultad de prohibir el alquiler de videogramas puede influir en el comercio de videogramas en un Estado miembro y, por ende, afectar indirectamente a los intercambios de dichos productos en el seno de la Comunidad. Como resulta claramente de su exposición de motivos, el objetivo de la Directiva consiste en eliminar las diferencias existentes en la protección jurídica que se ofrece a las obras amparadas por los derechos de autor en materia de alquiler y préstamo, con la intención de reducir los obstáculos al comercio y las distorsiones de la competencia. Es obvio que este objetivo no se

8 — La Comisión se refiere también a las definiciones de «videograma» y «productor de videograma» establecidas en el artículo 176, apartado 3, del Código portugués de derechos de autor y derechos afines. Sin embargo, parece que esta disposición no aporta nada al análisis. Por consiguiente, no propongo examinarla.

9 — Sentencia de 17 de mayo de 1988 (158/86, Rec. p. 2605), apartado 10.

conseguiría si los distintos Estados miembros tuvieran la libertad de conceder el derecho de controlar el alquiler de videogramas a diversas categorías de personas.

22. Además, esta interpretación resulta coherente con los trabajos preparatorios. La exposición de motivos de la primera propuesta de la Directiva [10] establece que, mientras el artículo 2, apartado 1 (que no sufrió ningún cambio importante durante el proceso legislativo) «cubre a todos los principales grupos de propietarios cuyas obras y creaciones protegidas pueden alquilarse», su redacción «no impide que los Estados miembros amplíen los derechos de alquiler y préstamo a otros grupos de titulares de derechos afines, tales como los titulares de un derecho sobre meras fotografías». [11] Sin embargo, la Comisión añadió que, puesto que «los casos de los que se trata son de una importancia económica marginal respecto al alquiler y el préstamo, la armonización no queda comprometida». [12] Éste no es claramente el caso cuando se trata del alquiler de videogramas. La exposición de motivos establece también [13] en cuanto al artículo 2, apartado 1, que «con [la limitación a las "primeras fijaciones"] se dejan fuera de la protección a los productores de simples copias de películas; por ejemplo, las películas de cine que se adaptan para distribuirse por vídeo».

23. En segundo lugar, el artículo 2, apartado 1, confiere expresamente al productor de la primera fijación de una película el derecho exclusivo de controlar el alquiler respecto del original y de las copias de sus películas. Si, paralelamente, se concediera al productor de un videograma de esa película el derecho de controlar el alquiler de dicho videograma, es obvio que el derecho del productor de la película no sería exclusivo.

24. En tercer lugar, el derecho otorgado por Portugal a los productores de videogramas no añade «simplemente» otra categoría de titulares a la lista establecida en el artículo 2, apartado 1, de la Directiva, sino que los derechos concedidos limitan, y en realidad socavan, los derechos exclusivos específicos contemplados en esa disposición.

25. En cuarto lugar, de la exposición de motivos (en la que brillan por su ausencia, cabría añadir, los productores de videogra-

10 — Propuesta de Directiva del Consejo sobre derechos de arrendamiento y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor, de 24 de enero de 1991, COM (90) 586 final.

11 — Apartados 2.1.3 y 2.1.4.

12 — Apartado 2.1.4. Reinbothe, J., y von Lewinski, S.: *The EC Directive on Rental and Lending Rights and on Piracy*, 1993, sugieren que, en principio, la lista establecida en el artículo 2, apartado 1, *es* exhaustiva, pero señalan que «parece que la Comisión y los Estados miembros estaban de acuerdo en que la Directiva no pretende, con respecto a sistemas existentes de derechos de préstamo público, suprimir los derechos existentes de determinados grupos de titulares, en particular, cuando los asuntos de que se trate tienen una importancia económica menor. Por consiguiente, los derechos afines existentes de fotógrafos, directores de publicaciones científicas y editores con respecto al préstamo pueden seguir existiendo.» (p. 50).

13 — En el apartado 2.1.2.2. Véase también Reinbothe y von Lewinski, *op.cit.* en la nota 12 *supra*, pp. 48 a 50.

mas, a diferencia de los autores, artistas intérpretes o ejecutantes y productores de fonogramas y películas) [14] resulta que la razón por la cual se protegen los derechos de préstamo de los productores de fonogramas y películas es garantizar que se recuperen las inversiones necesarias, que son especialmente cuantiosas y aleatorias. [15] Nadie ha sugerido que tales inversiones «especialmente cuantiosas y aleatorias» sean necesarias para producir videogramas.

26. Al contrario, el Tribunal de Justicia ha reconocido «la suma facilidad de reproducción de los soportes de sonido». [16] Aunque esta afirmación se hizo en el contexto de las grabaciones de sonido, también es válida para las grabaciones de vídeo.

27. En consecuencia, opino que Portugal ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 2 de la Directiva.

Asunto C-61/05: supuesta infracción del artículo 4

28. La Comisión alega que, como el artículo 7, apartado 4, del Decreto-ley nº 332/97 define el término «película» de tal modo que incluye los videogramas, un productor de videogramas también podría estar comprendido en la definición de productor de películas a los efectos del artículo 5, apartado 2, del Decreto-ley. Por consiguiente, hay dos personas que están incluidas en esta definición y que, por ende, pueden ser responsables del pago de la remuneración por el alquiler. Esto ha generado una confusión que impide que los artistas intérpretes o ejecutantes portugueses perciban la remuneración a la que tienen derecho, puesto que no saben quién es el «productor» responsable de pagarla. En cambio, la Directiva es clara a este respecto: sólo el productor de la primera fijación de una película tiene tal responsabilidad.

29. Portugal responde que, en principio y salvo prueba en contrario, el productor de la primera fijación de la película es el responsable del pago de la remuneración. A su juicio, cualquier ambigüedad que pueda haber se deriva no sólo de la normativa portuguesa, sino también de la propia Directiva. Parece que la definición de «película» en el

14 — Tampoco aparecen mencionados en el artículo 14 del Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio, incluido como anexo 1C al Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, aprobado en nombre de la Comunidad Europea por lo que respecta a los temas de su competencia mediante la Decisión 94/800/CE del Consejo, 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) («acuerdo TRIPs») [con el título «Protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas (grabaciones de sonido) y los organismos de radiodifusión»], ni en la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información (DO L 167, p. 10), que exige que los Estados miembros establezcan el derecho exclusivo de autorizar o prohibir la reproducción para cinco categorías de titulares, de las cuales las cuatro primeras aparecen en la lista prevista en el artículo 2, apartado 1, de la Directiva 92/100, mientras que la quinta se refiere a los organismos de radiodifusión.

15 — Véase también la sentencia de 28 de abril de 1998, Metronome Musik (C-200/96, Rec. p. I-1953), en particular los apartados 24 y 25.

16 — Sentencia Metronome Musik, citada en la nota 15 *supra*, apartado 24.

artículo 2, apartado 1, engloba tanto la obra cinematográfica (por lo que parece que concede derechos al productor de la primera fijación) como la obra de fijación videográfica (de modo que, aparentemente, confiere derechos al productor del videograma).

30. Ya he explicado antes por qué considero que no cabe interpretar el artículo 2, apartado 1, en el sentido de que permite a los Estados miembros añadir los productores de videogramas a las categorías de titulares enumeradas en esta disposición.

31. Se introdujo el artículo 4 para asegurar que los autores [por ejemplo, el director de una película (véase el artículo 2, apartado 2, de la Directiva), el autor de la novela en la que se basa una película o el compositor de la música] y artistas intérpretes o ejecutantes se beneficien de los derechos de alquiler que la Directiva les reconoce. Sin disposición expresa en este sentido, muy a menudo esto no ocurriría, dado que los autores y artistas intérpretes o ejecutantes ceden con frecuencia sus derechos al productor de la película o del fonograma, como admite el artículo 2, apartado 4, de la Directiva. A falta de remuneración por tal cesión, el derecho de alquiler quedaría vacío de contenido. Como los autores y artistas intérpretes o ejecutantes suelen tener menos fuerza de negociación que los productores de películas y fonogramas, no siempre percibían una remuneración equitativa por ceder sus derechos. El artículo 4 pretende garantizar que la reciban.[17] De su redacción se desprende claramente que está concebido para situaciones en las que el cesionario de los derechos de alquiler respecto de un original o una copia de una película es el productor de la película.

32. Portugal admite que la normativa por la que adapta su Derecho interno a la Directiva es ambigua. Si bien el artículo 4, apartado 4, permite a los Estados miembros decidir quién es responsable del pago de la remuneración, el principio de seguridad jurídica exige que quede claro quién tiene tal responsabilidad. En mi opinión, la normativa por la que se adapta el Derecho interno a la Directiva carece de precisión. Por consiguiente, considero que Portugal ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 4 de la Directiva.

Asunto C-53/05: supuesta infracción del artículo 5

33. La Comisión alega que el artículo 5, apartado 3, de la Directiva permite a los Estados miembros eximir a «determinadas categorías» de establecimientos del pago de la remuneración garantizada en el artículo 5, apartado 1, como contrapartida de las excepciones establecidas al derecho exclu-

17 — Exposición de motivos de la propuesta, citada en la nota 10 *supra*, apartado 3.1.1.

sivo de préstamo que concede el artículo 1. Sin embargo, el artículo 6, apartado 3, del Decreto-ley nº 332/97 exime a todas las bibliotecas públicas, escolares o universitarias y a todos los museos, archivos públicos, fundaciones públicas e instituciones privadas sin ánimo de lucro. Por lo tanto, están exentos todos los servicios de la Administración central del Estado, todos los organismos que forman parte de la Administración estatal indirecta, como entidades y corporaciones públicas, todos los servicios y organismos de la Administración local, así como todas las personas jurídicas de Derecho privado que desempeñan funciones de carácter público e incluso escuelas y universidades privadas y todas las instituciones privadas sin ánimo de lucro. Esta lista engloba a todos los organismos que realizan préstamos sin contraprestación y, por lo tanto, a todos los organismos que llevan a cabo «préstamos» en el sentido del artículo 1, apartado 3. Una exención que exime a todo el mundo no es una exención, sino la anulación de la obligación subyacente. La adaptación del Derecho interno portugués al artículo 5 de la Directiva tiene por efecto que ningún establecimiento de préstamo público está obligado a pagar la remuneración prevista en el artículo 5, apartado 1. Ello supone vulnerar el derecho exclusivo de préstamo y la protección concedida por la Directiva.

34. Considero que el recurso de la Comisión en el asunto C-53/05 está bien fundado. A mi juicio, de las finalidades de la Directiva y del sistema y de la redacción de su artículo 5, apartado 3, se desprende claramente que un Estado miembro no puede eximir, en términos prácticos, a todas las categorías de establecimientos mencionados en dicha disposición.

35. Uno de los principales objetivos de la Directiva es garantizar que los autores obtengan unos ingresos suficientes por su esfuerzo creativo. [18] Conforme a esta finalidad, el artículo 5, apartado 1, exige que los autores sigan percibiendo una remuneración por dar sus obras en préstamo cuando un Estado miembro haya establecido una excepción al derecho exclusivo de estos autores a autorizar o prohibir tal préstamo. Por consiguiente, si bien el artículo 5, apartado 1, aparece formulado como una excepción, dicha disposición contiene de hecho la exigencia primordial de toda la Directiva, a saber, que los autores sean remunerados, de conformidad con los artículos 1 y 2 de la Directiva.

36. El artículo 5, apartado 3, establece una verdadera excepción a esta exigencia de remuneración, al permitir a los Estados miembros eximir a determinadas categorías de establecimientos del pago de la remuneración. Como tal, esta disposición debe ser objeto de interpretación estricta. El tenor del artículo 5, apartado 3, induce poderosamente a pensar que sólo un número limitado de categorías de establecimientos [19] potencial-

18 — Véase el séptimo considerando de la exposición de motivos, citado en el punto 3.

19 — Parece ser que se añadió al artículo 5 su apartado 3 en respuesta a la preocupación de dos Estados miembros que deseaban tener la facultad de excluir a las bibliotecas de los establecimientos educativos y a las bibliotecas públicas del pago por el derecho de préstamo público. Véase Reinbothe y von Lewinski, *op. cit.* en la nota 12 *supra*, p. 82.

mente responsables de pagar la remuneración con arreglo al artículo 5, apartado 1, puede quedar exento de tal responsabilidad. Éste es también el caso en, al menos, las versiones neerlandesa, francesa, alemana, italiana, portuguesa y española de la Directiva. [20]

37. Es cierto que la postura no es inequívoca, dado que «determinadas» puede significar tanto «algunas pero no todas» como «claramente definidas». Una disposición legal por la que se autoriza a los Estados miembros a establecer medidas especiales a fin de «evitar "determinados" fraudes o evasiones fiscales» difícilmente puede significar que los Estados miembro no puedan evitar todo tipo de evasión fiscal. [21]

38. Sin embargo, el Tribunal de Justicia ya ha precisado que interpreta el artículo 5, apartado 3, de forma restrictiva, al declarar que «si las circunstancias existentes en el Estado miembro de que se trate no permiten efectuar una distinción válida entre categorías de establecimientos, ha de imponerse a todos los establecimientos afectados la obligación de pagar la remuneración en cuestión». [22]

39. Estoy de acuerdo con la Comisión en que una exención de una responsabilidad que exime a todos los que de otro modo serían responsables no es una exención, sino la anulación de la obligación subyacente. En el presente asunto, Portugal no pretende negar que el alcance de su exención se confunde efectivamente por completo con las categorías de establecimientos que, de otro modo, estarían obligados a pagar la remuneración. En cambio, alega una serie de argumentos que a su juicio hacen válida su opción legislativa.

40. En primer lugar, Portugal alega que, en la fecha en que se publicó la Directiva, la mayoría de los Estados del mundo no disponían de normativa alguna en materia de préstamo, ni estaban obligados a adoptarla en virtud de los diversos Tratados entonces en vigor. [23] El Libro Verde de la Comisión de 1988 [24] no pretendía regular los préstamos públicos.

41. No está claro adónde quiere llegar Portugal con esta alegación. El artículo 5,

20 — Respectivamente «bepaalde categorieën», «certaines catégories», «bestimmte Kategorien», «alcune categorie», «determinadas categorias» y «determinadas categorías».

21 — Véase el punto 17 de las conclusiones del Abogado General Jacobs presentadas en el asunto Italittica (sentencia de 26 de octubre de 1995, C-144/94, Rec. p. I- 3653).

22 — Sentencia de 16 de octubre de 2003, Comisión/Bélgica (C-433/02, Rec. p. I-12191), apartado 20.

23 — Convenio de Berna sobre protección de obras literarias y artísticas, de 9 de septiembre de 1886; Convención de Roma sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión, de 26 de octubre de 1961; los Tratados de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual sobre interpretaciones, ejecuciones y fonogramas y sobre derechos de autor, ambos de 20 de diciembre de 1996, y el acuerdo TRIPs, citado en la nota 14 *supra*.

24 — Libro Verde de 7 de junio de 1988 sobre los derechos de autor y el reto de la tecnología — Temas relativos a los derechos de autor que exigen una actuación inmediata [COM(88) 172 final].

apartado 1, establece una excepción al derecho exclusivo, concedido a los autores por el artículo 2, apartado 1, de autorizar o prohibir el préstamo. Este derecho exclusivo se remonta a la primera propuesta que la Comisión hizo de la Directiva. [25] En efecto, el Libro Verde de 1988 menciona que «se ha apuntado que la problemática del préstamo público o alquiler de libros y el posible derecho del autor a percibir un canon por semejante uso de su obra debería exigir una solución a nivel comunitario», [26] no obstante lo cual la Comisión decidió en aquel momento que la adopción de medidas comunitarias no estaba justificada. [27] La idea de legislar sobre el derecho de préstamo público surgió otra vez en 1989 en una comunicación de la Comisión. [28] Aunque en ese momento la Comisión no consideró que la armonización de la legislación estuviera justificada, declaró que «el problema del derecho de préstamo público se planteará con mayor intensidad» y que seguiría con atención la evolución de este campo para, llegado el caso, formular propuestas concretas.

42. En consecuencia, parece que, si bien en ese momento no existía ninguna normativa comunitaria (o internacional), [29] ni siquiera en fase de proyecto, era público y notorio desde 1988 que probablemente habría una normativa en el futuro. Por consiguiente, la disposición relativa a un derecho exclusivo de préstamo en favor de los autores, prevista en la primera propuesta de la Comisión, en modo alguno llegó sin anuncio previo, como parece que Portugal sugiere.

43. En segundo lugar, Portugal sostiene que es poco probable que el préstamo público tenga una importancia económica suficiente para merecer una regulación específica a nivel comunitario. A su juicio, el mercado tiene unas dimensiones básicamente nacionales y económicamente insignificantes. Opina que, por motivos culturales y económicos, esta materia debe permanecer en la esfera de las competencias de los Estados miembros.

44. En la medida en que tales argumentos constituyen una alegación de que la Directiva, o su artículo 5, se adoptó sobre una base legal incorrecta o en contra del principio de subsidiariedad, es obvio que esta alegación no puede acogerse. [30]

25 — Citada en la nota 10 *supra*.

26 — Apartado 4.4.4. Parece que tales sugerencias se remontan a 1977 («Community action in the cultural sector», Boletín de las Comunidades Europeas, Suplemento 6/77, apartado 26) y a 1978 (Dietz A.: *Copyright Law in the European Community*, apartado 233): véase la nota final nº 19 al capítulo 4 del Libro Verde citado en la nota 24 *supra*.

27 — Apartado 4.4.10.

28 — «El libro y la lectura: dos retos culturales para Europa», de 3 de agosto de 1989, COM(89) 258 final, apartado I.B.3.

29 — Aunque parece que, en enero de 1991, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual había incluido en sus borradores de las disposiciones modelo en el ámbito de los derechos de autor entonces discutidos un derecho exclusivo de alquiler y un derecho optativo de préstamo público; véase la exposición de motivos de la propuesta original de la Directiva, citada en la nota 10 *supra*.

30 — Véase el apartado 5 del artículo 230 CE.

45. En cualquier caso, entiendo que Portugal no ha probado sus alegaciones.

46. En los trabajos preparatorios, la Comisión dio la siguiente explicación de la justificación económica para adoptar una normativa en materia de préstamos públicos: [31]

«Puesto que el servicio de los establecimientos de alquiler y de las bibliotecas públicas es muy similar, dichos establecimientos se hacen competencia entre sí. Dado lo exiguo de sus tarifas, las bibliotecas suelen ser, en general, más atractivas. Hay que recordar que, con la creación de las bibliotecas públicas a comienzos de este siglo, los establecimientos de alquiler de libros que existían en la época desaparecieron en gran medida. Puesto que las bibliotecas públicas no prestan sólo libros, sino también otros medios de comunicación, sobre todo fonogramas y videogramas, que hasta ahora se venían alquilando en establecimientos comerciales, puede suceder que ocurra lo mismo que en otro tiempo con los libros.

Por lo tanto, si se regulara sólo el alquiler y no el préstamo, se correría el peligro de que la nueva normativa perdiera efectividad porque el alquiler iría siendo sustituido por el préstamo. Además, dado que, debido a su función, las bibliotecas públicas tienen un mayor valor cultural que los establecimientos comerciales de alquiler, reglamentar únicamente el derecho de alquiler significaría ignorar de forma injustificable la situación económica de un sector que crea unos bienes de gran valor cultural e ignorar, más en general, la situación de estos servicios en lo que a este punto se refiere. No se puede regular el derecho de alquiler de una forma global sin regular también el derecho de préstamo.

Por otro lado, como el derecho de préstamo al público sólo existe en la actualidad en cuatro Estados miembros, se crea una distorsión de la competencia entre autores y titulares de derechos afines de diferentes Estados miembros. Además, en principio, deben crearse unas condiciones económicas y comerciales similares para autores y titulares de derechos afines. En un mercado interior no se puede aceptar que los autores y titulares de derechos afines obtengan una remuneración por la utilización de sus obras y trabajos en una parte del mercado, por ejemplo, en un Estado miembro y que, por lo

31 — Exposición de motivos de la propuesta original de la Directiva, citada en la nota 10 *supra*.

tanto, cuentan allí con una cierta base económica que les permita continuar su creación, y que en otras áreas de dicho mercado no suceda lo mismo.» [32]

47. A mi juicio, esta declaración explica de forma clara y convincente por qué el mercado interior se vería afectado si los derechos de préstamo público no se regularan al mismo tiempo que los derechos de alquiler. Nada en las alegaciones de Portugal permite que se cuestione tal explicación.

48. En tercer lugar, Portugal alega que la obligación de pagar una remuneración por préstamos públicos carece de justificación. A su juicio, los titulares afectados ya han obtenido una remuneración adecuada en virtud de sus derechos de reproducción y distribución.

49. Sin embargo, esta alegación se basa en una concepción errónea de la naturaleza y finalidad del derecho de préstamo público. Si bien es cierto que los autores ya habrán recibido ingresos por sus derechos de reproducción y distribución, tales ingresos no corresponderán a los libros prestados, sino más bien a los que se hayan vendido. [33] Obviamente, es verdad que no toda persona que toma libros prestados de una biblioteca pública (o que los consulta *in situ)* acabaría comprando cada libro que toma prestado de no existir tal servicio, pero hay una tendencia general en este sentido. [34] En cualquier caso, la Directiva refleja una clara decisión política de conceder tanto el derecho exclusivo de préstamo como el derecho a una remuneración cuando un Estado miembro ha establecido una excepción a este derecho exclusivo de préstamo.

50. Por ultimo, Portugal alega que el artículo 5 fue objeto de debates particularmente intensos entre la Comisión y los Estados miembros. El texto adoptado, en especial el del artículo 5, apartado 3, constituyó un compromiso, de carácter abierto, impreciso y ambiguo.

51. En efecto, la redacción final del artículo 5 refleja, como afirma Portugal, las divisiones existentes entre los Estados miembros en esta materia. [35] Sin embargo, ello no significa

32 — Apartado 44.

33 — Tomo el ejemplo de los libros. Obviamente, el derecho de préstamo público también resulta aplicable a fonogramas y videogramas, que son grabaciones de actuaciones o copias de películas u otras obras audiovisuales (si bien los videogramas son tal vez más a menudo alquilados que prestados).

34 — Véase, por analogía, el apartado 44, citado en el punto 46 *supra,* de la exposición de motivos de la propuesta original de la Directiva, citada en la nota 10 *supra.* Véase también el Informe de la Comisión, de 12 de septiembre de 2002, al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social sobre el derecho de préstamo público en la Unión Europea, COM(2002) 502 final, apartado 2.

35 — Véase Reinbothe & von Lewinski, *op. cit.* en la nota 12 *supra,* pp. 77 a 82.

necesariamente que su tenor sea vago e impreciso. Es verdad que, el artículo 5 deja a los Estados miembros cierto margen de discrecionalidad en varios ámbitos –si se aplica la excepción o no; si, en caso afirmativo, libros, fonogramas y/o películas deben estar cubiertos por dicha excepción; cómo determinar la remuneración; quién debe pagar la remuneración (por ejemplo, el Estado, la biblioteca u otro centro de que se trate o alguna otra entidad); quién debe administrar la recaudación y el pago de la remuneración (por ejemplo, sociedades de recaudación); si se debe eximir a determinadas categorías de establecimientos del pago de la remuneración y, en su caso, qué categorías– pero se trata de otro problema.

52. Me parece que muchas de las cuestiones subyacentes planteadas por Portugal en su defensa, por no decir todas, pueden, de hecho, resolverse precisamente aplicando las materias en las que el artículo 5 sí deja a los Estados miembros cierto margen de discrecionalidad. Sin embargo, esta discrecionalidad no es tan amplia que permita disponer que todos los establecimientos relevantes en su conjunto estén exentos del pago de la remuneración por préstamos públicos. Como acabo de comentar,[36] el sentido del artículo 5, y en particular de su apartado 3, me parece claro.

36 — Véanse los puntos 34 a 38 *supra*.

53. En consecuencia, opino que Portugal ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 5, en relación con el artículo 1, de la Directiva.

Comentario final

54. Me gustaría concluir con un comentario sobre el estilo de las observaciones escritas de la Comisión en los dos casos que nos ocupan. En ambos asuntos, la Comisión emplea en el escrito de réplica un lenguaje que considero manifiestamente inadecuado para una institución que se dirige al Tribunal de Justicia y, de hecho, a un Estado miembro. En el asunto C-53/05, la Comisión observa que Portugal no sabe leer la Directiva y le acusa de un acto de piratería por expropiar a los autores y por confiscarles su propiedad intelectual. En el asunto C-61/05, la Comisión acusa a Portugal de desfachatez y de querer engañar y pregunta si sabe leer. En ambos documentos, la Comisión emplea con carácter general un tono sarcástico y desdeñoso. Con independencia del mayor o menor fundamento de las alegaciones del recurso por incumplimiento, considero que este lenguaje y este tono son inaceptables.

Conclusión

55. En consecuencia, propongo al Tribunal de Justicia lo siguiente:

— En el asunto C-53/05, declarar que Portugal ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 5, en relación con el artículo 1, 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 el asunto C-61/05, declarar que Portugal ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 2 y 4 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 ambos asuntos, condenar en costas a Portugal.