CONCLUSIONES DE LA ABOGADO GENERAL

SRA. VERICA TRSTENJAK

presentadas el 11 de mayo de 2010

Asunto C-467/08

Sociedad General de Autores y Editores (SGAE)

contra

Padawan, S.L.

(Petición de decisión prejudicial planteada por la Audiencia Provincial de Barcelona)

«Directiva 2001/29/CE – Derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor – Artículo 2 – Derecho de reproducción – Artículo 5, apartado 2, letra b) – Excepciones y limitaciones – Compensación equitativa – Alcance – Sistema de gravamen sobre los equipos, aparatos y materiales de reproducción digital»

I. Introducción

1. La invención de la imprenta de tipos móviles por Johannes Gutenberg hacia el año 1450 supuso un hito cultural en la historia europea y mundial. Este evento, que implicó la aparición de un nuevo método de reproducción y, a primera vista, sólo tenía relevancia técnica, llegó a desencadenar una revolución mediática que hizo florecer notablemente la vida intelectual europea. Mediante la reproducción exacta del conocimiento, permitió la divulgación de información y educación a una escala desconocida hasta el momento y a precios cada vez más accesibles a los ciudadanos. Con ello se fomentó la difusión masiva y se estimuló el intercambio de ideas, lo cual allanó el camino hacia las eras culturales del Renacimiento y, más adelante, de la Ilustración. Simultáneamente cobró trascendencia la autoría, ya que cada vez resultaba más importante saber quién y en qué contexto fáctico y temporal había redactado un texto. De este modo, surgió la necesidad de proteger efectivamente los derechos del autor sobre su obra, así como los derechos de los tipógrafos y editores encargados de reproducirla. Había nacido la idea fundamental de los derechos de autor. Visto en retrospectiva, la problemática del control de las reproducciones de obras literarias y artísticas es tan antigua como las propias técnicas de reproducción. (2) Como demuestra el presente procedimiento, esta problemática es cada vez más actual, ya que la evolución tecnológica hacia la era digital ha ideado nuevos métodos y aparatos que, actualmente, permiten a cualquier persona almacenar datos digitalmente, modificarlos y reproducirlos a su voluntad. Recae en el legislador y en el juez la delicada tarea de hallar soluciones pertinentes para estos nuevos retos, soluciones que han de tener en cuenta en igual medida los intereses de los autores y de los usuarios.

2. En el presente procedimiento de decisión prejudicial, incoado con arreglo al artículo 234 CE, (3) la Audiencia Provincial de Barcelona (en lo sucesivo, «órgano jurisdiccional remitente») plantea al Tribunal de Justicia una serie de cuestiones relativas a la interpretación del concepto de «compensación equitativa» que figura en el artículo 5, apartado 2, letra b), de la Directiva 2001/29/CE, 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, (4) compensación que, según la excepción que prevé ese precepto, corresponde a los titulares de los derechos de autor en caso de reproducción de una obra o prestación protegida para uso privado.

3. Dichas cuestiones se plantean en el marco de un litigio en el que la Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE; en lo sucesivo, «demandante en el litigio principal»), una entidad española de gestión de los derechos de propiedad intelectual, reclama a la mercantil Padawan, S.L. (en lo sucesivo, «demandada en el litigio principal»), el pago de una compensación por copia privada a tanto alzado por los dispositivos de almacenamiento que esta última comercializó durante un período de tiempo concreto.

II. **Marco jurídico**

A. *Derecho de la Unión*

4. El considerando décimo de la Directiva 2001/29 expone:

«Para que los autores y los intérpretes puedan continuar su labor creativa y artística, deben recibir una compensación adecuada por el uso de su obra, al igual que los productores, para poder financiar esta labor. La inversión necesaria para elaborar productos tales como fonogramas, películas o productos multimedia, y servicios tales como los servicios "a la carta", es considerable. Es indispensable una protección jurídica adecuada de los derechos de propiedad intelectual para garantizar la disponibilidad de tal compensación y ofrecer la oportunidad de obtener un rendimiento satisfactorio de tal inversión.»

5. A tenor del considerando trigésimo primero:

«Debe garantizarse un justo equilibrio entre los derechos e intereses de las diferentes categorías de titulares de derechos, así como entre las distintas categorías de titulares de derechos y usuarios de prestaciones protegidas. Las actuales excepciones y limitaciones a los derechos previstas en los Estados miembros deben revaluarse a la luz de los avances logrados en la electrónica. Las diferencias existentes en las excepciones y limitaciones a determinados actos restringidos inciden directa y negativamente en el funcionamiento del mercado interior de derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor. Tales diferencias podrían perfectamente acentuarse a medida que se desarrollen la explotación transfronteriza de las obras y las actividades transfronterizas. Para garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior, resulta oportuno definir

de manera más armonizada tales excepciones y limitaciones. El grado de armonización de las mismas debe estar en función de sus efectos sobre el correcto funcionamiento del mercado interior.»

6. El considerando trigésimo segundo recoge la siguiente afirmación:

«La presente Directiva establece una lista exhaustiva de excepciones y limitaciones a los derechos de reproducción y de comunicación al público. Algunas de las excepciones o limitaciones sólo se aplican al derecho de reproducción cuando resulta pertinente. La lista toma oportunamente en consideración las diferentes tradiciones jurídicas de los Estados miembros, y está destinada al mismo tiempo a garantizar el funcionamiento del mercado interior. Los Estados miembros deben aplicar con coherencia dichas excepciones y limitaciones, lo que será comprobado en un futuro examen de las medidas de transposición.»

7. A tenor del considerando trigésimo quinto:

«En determinados casos de excepciones o limitaciones, los titulares de los derechos deberían recibir una compensación equitativa para recompensarles adecuadamente por el uso que se haya hecho de sus obras o prestaciones protegidas. 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.»

8. El considerando trigésimo octavo señala:

«Debe facultarse a los Estados miembros para que establezcan una excepción o limitación al derecho de reproducción en relación con determinados tipos de reproducción de material sonoro, visual y audiovisual para uso privado, mediante una compensación equitativa. Ello puede suponer la introducción o el mantenimiento de los sistemas de retribución para compensar a los titulares de los derechos por los perjuicios sufridos. […]»

9. El artículo 2 de la Directiva establece:

«Derecho de reproducción

Los Estados miembros establecerán el derecho exclusivo a autorizar o prohibir la reproducción directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, de la totalidad o parte:

a) a los autores, de sus obras;

b) a los artistas, intérpretes o ejecutantes, de las fijaciones de sus actuaciones;

c) a los productores de fonogramas, de sus fonogramas;

d) a los productores de las primeras fijaciones de películas, del original y las copias de sus películas;

e) a los organismos de radiodifusión, de las fijaciones de sus emisiones, con independencia de que éstas se transmitan por procedimientos alámbricos o inalámbricos, inclusive por cable o satélite.»

10. El artículo 5 de la Directiva dispone lo siguiente:

«Excepciones y limitaciones

[…]

2. Los Estados miembros podrán establecer excepciones o limitaciones al derecho de reproducción contemplado en el artículo 2 en los siguientes casos:

[…]

b) en relación con reproducciones en cualquier soporte efectuadas por una persona física para uso privado y sin fines directa o indirectamente comerciales, siempre que los titulares de los derechos reciban una compensación equitativa, teniendo en cuenta si se aplican o no a la obra o prestación de que se trate las medidas tecnológicas contempladas en el artículo 6».

B. *Derecho nacional*

11. Según la información proporcionada por el órgano jurisdiccional remitente, el artículo 2 de la Directiva 2001/29 tiene su equivalente en el artículo 17 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia (en lo sucesivo, «TRLPI»), conforme al cual «corresponde al autor el ejercicio exclusivo de los derechos de explotación de su obra en cualquier forma y, en especial, los derechos de reproducción […], que no [podrá] ser [realizada] sin su autorización, salvo en los casos previstos en la presente Ley», y en los

artículos concordantes que extienden este derecho de reproducción a los demás titulares de derechos de propiedad.

12. El artículo 18 del TRLPI define la reproducción como «la fijación de la obra en un medio que permita su comunicación y la obtención de copias de toda o parte de ella».

13. En consonancia con el artículo 5, apartado 2, letra b), de la Directiva 2001/29, el artículo 31, apartado 1, punto 2, del TRLPI permite que las obras ya divulgadas se reproduzcan sin autorización del autor, entre otros casos para «uso privado del copista, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 25 y 99.a de esta Ley, y siempre que la copia no sea objeto de utilización colectiva ni lucrativa».

14. El artículo 25 del TRLPI, en su redacción anterior a la Ley 23/2006, de 7 de julio, (5) regulaba de forma pormenorizada la compensación económica que corresponde a los titulares de derechos de propiedad intelectual por la reproducción realizada exclusivamente para uso privado, «mediante aparatos o instrumentos técnicos no tipográficos, de obras divulgadas en forma de libros o publicaciones que a estos efectos se asimilen reglamentariamente, así como de fonogramas, videogramas o de otros soportes sonoros, visuales o audiovisuales».

15. Esta compensación, que debía ser equitativa y única, consistía en un canon que se aplicaba a los equipos o aparatos de reproducción de libros, a los equipos o aparatos de reproducción de fonogramas y videogramas y a los materiales de reproducción sonora, visual o audiovisual –artículo 25, apartado 5, del TRLPI–. El canon debía aplicarse a los fabricantes e importadores de estos equipos y materiales, así como a los «distribuidores, mayoristas y minoristas, sucesivos adquirentes» de dichos productos –artículo 25, apartado 4, letra a), del TRLPI–, y se hacía efectivo a través de las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual –artículo 25, apartado 7, del TRLPI–.

16. La Ley 23/2006 modificó el artículo 25 del TRLPI para extender expresamente este canon a los equipos, aparatos y materiales de reproducción digital, aunque el importe de la compensación debe ser aprobado conjuntamente por los Ministerios de Cultura y de Industria, Turismo y Comercio conforme a las siguientes reglas: en primer lugar, se concede un plazo de cuatro meses a las entidades de gestión colectiva y a las asociaciones sectoriales que representen mayoritariamente a los obligados al pago para que determinen los equipos, aparatos y soportes materiales sujetos al pago por la compensación equitativa por copia privada, así como los importes que deben satisfacerse en cada caso; en segundo lugar, los Ministerios de Cultura y de Industria, Turismo y Comercio, transcurridos tres meses desde la comunicación del acuerdo o desde el agotamiento del plazo de cuatro meses sin alcanzarse tal acuerdo, aprobarán la relación de equipos, aparatos y soportes materiales gravados con el «canon», así como las cuantías del mismo (artículo 25, apartado 6, del TRLPI).

17. Para ello, la propia Ley establece unos criterios que han de tenerse en cuenta: a) el perjuicio efectivamente causado a los titulares de derechos de propiedad intelectual por las reproducciones catalogadas como copia privada; b) el grado de uso de los equipos, aparatos y soportes materiales para dicha copia privada; c) la capacidad de almacenamiento de estos equipos, aparatos y soportes materiales para dicha copia privada; d) la calidad de las reproducciones; e) la disponibilidad, grado de aplicación y efectividad de las medidas tecnológicas; f) el tiempo de conservación de las reproducciones y g) los importes correspondientes de la compensación aplicables a los distintos equipos y aparatos deben ser proporcionados económicamente respecto del precio medio final al público de los mismos (artículo 25, apartado 6, del TRLPI).

18. En cumplimiento de lo anterior, la Orden PRE/1743/2008, de 18 de junio, (6) dispuso qué equipos, aparatos y soportes materiales deben quedar sujetos al pago de la compensación por copia privada, así como el importe de la compensación que deberá satisfacer cada deudor por cada uno de ellos.

III. **Hechos, litigio principal y cuestiones prejudiciales**

19. Como se ha señalado en la introducción, la demandante en el litigio principal es una entidad española de gestión de los derechos de propiedad intelectual. La demandada en el litigio principal comercializa dispositivos de almacenamiento electrónico, entre otros CD-R, CD-RW, DVD-R y aparatos de MP3. La demandante le reclama el pago de una compensación a tanto alzado por copia privada correspondiente a los dispositivos de almacenamiento comercializados durante el período comprendido entre septiembre de 2002 y septiembre de 2004.

20. La sentencia dictada en primera instancia estimó la demanda y condenó a la demandada al pago de 16.759,25 euros, más los correspondientes intereses. La demandada recurrió dicha sentencia.

21. El órgano jurisdiccional remitente, que conoce del recurso de apelación, manifiesta en su auto de remisión sus dudas acerca de la correcta interpretación del concepto de «compensación equitativa» recogido en el artículo 5, apartado 2, letra b), de la Directiva 2001/29. Se plantea si la normativa vigente en el Reino de España, conforme a la cual los equipos, aparatos y materiales de reproducción digital se gravan indiscriminadamente con un canon por copia privada, es conforme con la Directiva. Considera que la respuesta a sus cuestiones incidirá en la resolución del litigio principal en la medida en que de ella depende el derecho de la demandante en el litigio principal a reclamar la compensación equitativa por copia privada que correspondería por todos los CD-R, CD-RW, DVD-R y aparatos de MP3 comercializados por la demandada durante el período de tiempo antes citado, o sólo sobre aquellos aparatos y soportes de reproducción digital que presumiblemente se hayan destinado a la copia privada.

22. Por consiguiente, el órgano jurisdiccional remitente decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) Si el concepto de "compensación equitativa" previsto en el artículo 5, apartado 2, letra b), de la Directiva 2001/29/CE implica o no una armonización, con independencia de la facultad reconocida a los Estados miembros de escoger los sistemas de retribución que estimen pertinentes para hacer efectivo el derecho a una "compensación equitativa" de los titulares de los derechos de propiedad intelectual afectados por el establecimiento de la excepción de copia privada al derecho de reproducción.

2) Si cualquiera que sea el sistema empleado por cada Estado miembro para determinar la compensación equitativa, éste debe respetar un justo equilibrio entre los afectados, por una parte los titulares de derechos de propiedad intelectual afectados por la excepción de copia privada, acreedores de dicha compensación, y, por otra, los obligados directa o indirectamente al pago; y si este equilibrio viene determinado por la justificación de la compensación equitativa, que es paliar el perjuicio derivado de la excepción de copia privada.

3) Si en los casos en que un Estado miembro opta por un sistema de gravamen o canon sobre los equipos, aparatos y materiales de reproducción digital, este gravamen (la compensación equitativa por copia privada) debe ir necesariamente ligado, de acuerdo con la finalidad perseguida con el artículo 5, apartado 2, letra b), de la Directiva 2001/29/CE y el contexto de esta norma, al presumible uso de aquellos equipos y materiales para realizar reproducciones beneficiadas por la excepción de copia privada, de tal modo que la aplicación del gravamen estaría justificada cuando presumiblemente los equipos, aparatos y materiales de reproducción digital vayan a ser destinados a realizar copia privada, y no lo estarían en caso contrario.

4) Si, caso de optar un Estado miembro por un sistema de "canon" por copia privada, es conforme al concepto de "compensación equitativa" la aplicación indiscriminada del referido "canon" a empresas y profesionales que claramente adquieren los aparatos y soportes de reproducción digital para finalidades ajenas a la copia privada.

5) Si el sistema adoptado por el Estado español de aplicar el canon por copia privada a todos los equipos, aparatos y materiales de reproducción digital de forma indiscriminada podría contrariar la Directiva 2001/29/CE, por cuanto dejaría de existir una adecuada correspondencia entre la compensación equitativa y la limitación del derecho por copia privada que la justifica, al aplicarse en gran medida a supuestos distintos en los que no existe la limitación de derechos que justifica la compensación económica.»

IV. Procedimiento ante el Tribunal de Justicia

23. El auto de remisión, de fecha 15 de septiembre de 2008, fue presentado en la Secretaría del Tribunal de Justicia el 31 de octubre de 2008.

24. Han presentado observaciones escritas dentro del plazo señalado en el artículo 23 del Estatuto del Tribunal de Justicia las partes en el litigio principal, los Gobiernos del

Reino de España, de la República Federal de Alemania, del Reino Unido, de la República Helénica, de la República Francesa, de la República de Finlandia y de la República Portuguesa, el Centro Español de Derechos Reprográficos (CEDRO), la Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales (EGEDA), la Asociación de Artistas Intérpretes o Ejecutantes – Sociedad de Gestión de España (AIE), la Asociación de Gestión de Derechos Intelectuales (AGEDI) y la Comisión.

25. En la vista celebrada el 4 de marzo de 2010 han formulado observaciones orales los representantes de las partes en el litigio principal, de EGEDA, AIE, AGEDI y CEDRO, de los Gobiernos del Reino de España, de la República Federal de Alemania, de la República Helénica y de la República de Finlandia, así como el representante de la Comisión.

V. **Principales alegaciones de las partes**

A. *Sobre la admisibilidad de las cuestiones prejudiciales*

26. El *Gobierno español* y *CEDRO* proponen al Tribunal de Justicia que se declare la inadmisibilidad de la remisión prejudicial, dado que, en su opinión, el órgano jurisdiccional remitente plantea una petición de decisión prejudicial en relación con un litigio al que resulta aplicable la normativa vigente con anterioridad a la adaptación del Derecho español a la Directiva 2001/29. Señalan que únicamente resulta aplicable lo dispuesto en el artículo 25 del TRPLI en su versión anterior a la entrada en vigor de la Ley modificatoria 23/2006. Por consiguiente, para resolver el caso de autos no se precisan criterios de interpretación del concepto de «compensación equitativa» recogido en la Directiva 2001/29.

27. La *demandante en el litigio principal* propone igualmente que se declare la inadmisibilidad de la remisión prejudicial, si bien por otro motivo. En su opinión, parece claro que la compensación por copia privada sólo ha sido objeto de armonización en un grado mínimo. La Directiva 2001/29 no fija la forma en la que se debe calcular la compensación equitativa por copia privada, los tipos de equipos, aparatos y soportes cuya comercialización obliga a proceder al pago de la compensación ni los supuestos específicos en los que no procedería dicho pago.

B. *Sobre la primera cuestión prejudicial*

28. La *Comisión,* el *Gobierno del Reino Unido,* los *Gobiernos alemán y finlandés,EGEDA* y *AIE* consideran que el concepto de «compensación equitativa» que figura en el artículo 5, apartado 2, letra b), de la Directiva 2001/29 debe ser interpretado de una manera uniforme en todos los Estados miembros y ha de aplicarse en cada Estado miembro dentro de los límites impuestos por el Derecho comunitario y, en particular, por dicha Directiva.

29. En cambio, los *Gobiernos español* y *francés* y, parcialmente, también el *Gobierno griego*, así como la *demandante en el litigio principal, CEDRO* y *AGEDI* consideran que es voluntad manifiesta del legislador comunitario limitar la función de armonización en relación a un concepto, el de «compensación equitativa», que ni ha de estar contemplado necesariamente en todos los ordenamientos nacionales ni contiene en su formulación elementos esenciales referidos a los sujetos, objeto y contenido de la relación jurídica que permitan deducir la existencia de un concepto armonizado a escala comunitaria. Por ello, debe entenderse que el concepto de «compensación equitativa» previsto en el artículo 5, apartado 2, letra b), de la Directiva 200l/29 no implica una armonización del mismo a escala comunitaria.

C. *Sobre la segunda cuestión prejudicial*

30. El *Gobierno del Reino Unido,* el *Gobierno griego,* la *demandada en el litigio principal, EGEDA* y *AGEDI* alegan que todo sistema utilizado por un Estado miembro para calcular la cuantía de la «compensación equitativa» tiene que asegurar un justo equilibrio entre los titulares de derechos y los usuarios, y por extensión, las personas obligadas directa o indirectamente al pago de la compensación, teniendo en cuenta el daño y perjuicio, de haberlo, causado a los titulares de derechos por la aplicación de la excepción de copia privada. Los *Gobiernos francés* y *alemán* aducen, en particular, que el modo de cálculo de la «compensación equitativa» debe permitir una retribución apropiada de los titulares de derechos por el uso de sus obras.

31. En cambio, el *Gobierno español* y *CEDRO* alegan que del tenor de la Directiva 2001/29 no puede inferirse la exigencia del requisito de un «justo equilibrio». Asimismo señalan que el objetivo de la compensación no es sólo paliar el daño, lo cual ha de reputarse como un mero «criterio útil», pero no significa que sea el único factor a considerar ni tampoco el preponderante para determinar la correspondiente compensación económica. Por su parte, el *Gobierno alemán* considera que el artículo 5, apartado 2, letra b), de la Directiva 2001/29 no se opone a un sistema de retribución adecuada de un Estado miembro que se base, a tanto alzado, en el presumible uso de los aparatos que por lo común se utilizan para realizar copias privadas, siempre que este método no viole el principio de proporcionalidad.

32. La *Comisión* argumenta que, en la medida en que la Directiva 2001/29 no contiene provisiones en cuanto al modo de financiación de la compensación equitativa que figura en el artículo 5, apartado 2, letra b), los Estados miembros son libres de determinar tanto las modalidades de financiación de la misma como, en caso de optar por la financiación a través de un gravamen, los parámetros de dicho gravamen, siempre dentro de los límites impuestos por el Derecho comunitario, y en particular, del respeto de las libertades fundamentales y de los principios generales del Derecho comunitario.

D. *Sobre la tercera cuestión prejudicial*

33. El *Gobierno del Reino Unido,* el *Gobierno francés,* la *demandada en el litigio principal* y *AGEDI* consideran que, si un Estado miembro opta por un sistema de gravamen sobre los equipos, aparatos y materiales, de acuerdo con la finalidad del artículo 5, apartado 2, letra b), consistente en establecer una compensación por cualquier daño o perjuicio causado a los titulares de derechos, este gravamen debe ir necesariamente ligado al presumible uso de esos equipos y aparatos para realizar reproducciones digitales.

34. En cambio, los *Gobiernos español, finlandés* y *griego,EGEDA* y *CEDRO* son de la opinión de que los Estados miembros tienen márgenes de maniobra para establecer, tal y como sucede en la práctica, diversos sistemas de compensación. Dentro de esta variedad, resulta admisible fijar ese sistema en función de la idoneidad objetiva del equipo o soporte para la realización de copias de uso privado. También resulta razonable la presunción de que la fabricación o importación del equipo ofrece los medios para ocasionar un perjuicio económico a los titulares del derecho de reproducción, sin perjuicio de que ese criterio pueda ser, tal como sucede en la legislación española, matizado o modulado en función de circunstancias u otros criterios adicionales.

35. La *Comisión* y *AIE* señalan que la Directiva 2001/29 deja a los Estados miembros la decisión acerca de quiénes y de qué manera han de contribuir a la financiación de la «compensación equitativa» y no se opone a que deban contribuir a la misma quienes se beneficien de la excepción o limitación al derecho de reproducción de los autores, artistas, intérpretes o ejecutantes, productores o entidades de radiodifusión, dentro de los límites impuestos por el Derecho comunitario.

E. *Sobre la cuarta cuestión prejudicial*

36. El *Gobierno del Reino Unido,* el *Gobierno francés* y *la demandada en el procedimiento principal* argumentan que la aplicación indiscriminada del canon a empresas y profesionales que claramente adquieren los aparatos y soportes de reproducción digital para finalidades ajenas a la copia privada no es compatible con el concepto de «compensación equitativa». En particular, cuando el Estado miembro ha elegido un sistema de cánones sobre los aparatos, equipos y dispositivos de reproducción digital, el *Gobierno finlandés* considera justificada la exclusión del canon correspondiente de los aparatos, equipos y dispositivos de uso estrictamente profesional.

37. En cambio, los *Gobiernos español* y *griego,EGEDA,CEDRO* y *AGEDI* opinan que, si bien el criterio de la idoneidad objetiva del equipo o soporte es susceptible de ser modulado en función de la calidad subjetiva del adquirente (siempre que resulte garantizado que no los utilicen para copias privadas), este elemento subjetivo no tiene por qué configurarse como criterio determinante, máxime cuando el destino final de los dispositivos no es fácilmente discernible. La Directiva 200l/29 no obliga a los Estados miembros a eximir del pago de la compensación a determinadas categorías de adquirentes. El *Gobierno griego* defiende la postura de que los equipos y aparatos

destinados a un uso profesional no deberían quedar exentos de la obligación del pago de la compensación, ya que no puede comprobarse si realmente son utilizados para otros fines.

38. La *Comisión* y *AIE* señalan que la Directiva 2001/29 no se opone a que un Estado miembro que ha establecido un canon sobre los equipos, materiales y aparatos susceptibles de ser utilizados para reproducir para uso privado obras o prestaciones protegidas lo aplique sin distinguir si el adquirente es un particular, una empresa o un profesional independiente.

F. *Sobre la quinta cuestión prejudicial*

39. Los *Gobiernos español* y *francés,* la *demandante en el litigio principal, EGEDA, CEDRO* y *AGEDI* consideran que el sistema legal adoptado por el legislador español es compatible con la Directiva 2001/29. Si bien la *Comisión* no se pronuncia expresamente acerca de esta cuestión prejudicial, parece partir igualmente de la base de que la normativa española es compatible con la Directiva 2001/29.

40. En cambio, la *demandada en el litigio principal* opina que la normativa española de la copia privada contraría el artículo 5, apartado 2, letra b), de la Directiva 2001/29 y los principios de Derecho comunitario de proporcionalidad y no discriminación en la medida en que se aplica a todos los equipos y soportes de reproducción digital con independencia de que efectivamente se utilicen para hacer copias para uso privado (sin fines comerciales) de obras y demás prestaciones protegidas.

VI. **Apreciación jurídica**

A. *Observaciones previas*

41. La Directiva 2001/29, que entró en vigor el 23 de junio de 2001 como transposición a escala comunitaria del Tratado de la OMPI sobre derecho de autor del año 1996, (7) establece, junto con otras seis Directivas, la base normativa en materia de derechos de autor en la Unión Europea. (8) Constituye una reacción del legislador comunitario al desarrollo técnico en el ámbito de la tecnología de la información, desarrollo que, por un lado, ofrece a los titulares de derechos nuevas formas de producción y explotación (9) y, por otro, genera nuevos retos para la protección de la propiedad intelectual ante el peligro de falsificaciones, imitaciones y reproducciones no autorizadas de obras y prestaciones protegidas. (10) Asimismo, tiene por objeto satisfacer el interés legítimo del público en acceder a las prestaciones protegidas. Por lo tanto, la Directiva 2001/29 es fruto del esfuerzo del legislador comunitario por conciliar los intereses de los titulares de derechos con los del público. (11) Como señala su segundo considerando, se incardina entre las medidas normativas que decidió el Consejo Europeo en su reunión de Corfú de 24 y 25 de junio de 1994 al objeto de crear un marco jurídico general y flexible de ámbito comunitario para fomentar el desarrollo de la sociedad de la información en Europa.

42. Adoptada sobre la base de los artículos 95 CE, 47 CE, apartado 2, y 55 CE, la Directiva 2001/29 contribuye, según su primer considerando, a garantizar que la competencia dentro del mercado interior no sea falseada. En efecto, conforme a su sexto considerando es preciso evitar, mediante una armonización a escala comunitaria, el peligro de una fragmentación del mercado interior debido a diferencias de protección. El cuarto considerando explica que el objetivo de la Directiva 2001/29 consiste en crear un marco jurídico armonizado en materia de derechos de autor y de derechos afines a los derechos de autor, el cual debe fomentar, mediante un mayor grado de seguridad jurídica y el establecimiento de un nivel elevado de protección de la propiedad intelectual, un aumento de la inversión en actividades de creación e innovación, incluida la infraestructura de red, lo que a su vez se traducirá en el desarrollo de la industria europea y en el incremento de su competitividad.

43. Desde el punto de vista de la política legislativa, la Directiva 2001/29 constituye un compromiso (12) que, a pesar de su expreso objetivo armonizador, tiene suficientemente en cuenta las diferentes tradiciones jurídicas e interpretaciones de los Estados miembros de la Unión Europea –entre las que destacan el concepto anglosajón del copyright y el concepto continental europeo de la protección de los derechos de autor–, (13) a cuyos efectos establece numerosas excepciones (14) y deja a los Estados miembros considerables márgenes de actuación en la adaptación de su Derecho interno. (15)

44. Lo mismo sucede con lo dispuesto en el artículo 5, apartado 2, letra b), de la Directiva, que permite a los Estados miembros establecer en sus ordenamientos jurídicos excepciones o limitaciones en relación con la reproducción para uso privado de obras o prestaciones protegidas, si bien en este caso los Estados miembros están expresamente obligados a velar por que los titulares de derechos reciban una «compensación equitativa». Tal y como indica el propio tenor del citado precepto («podrán»), la decisión acerca del establecimiento de tales excepciones o limitaciones tiene carácter facultativo, es decir, está reservada al poder discrecional de los Estados miembros. (16) En cambio, la cuestión central del presente procedimiento, relativa a cómo ha de configurarse concretamente dicho sistema de compensación, no puede responderse atendiendo sin más al tenor del citado precepto, sino que se requiere una minuciosa interpretación de la Directiva mediante la aplicación de todos los métodos de interpretación de que dispone el Tribunal de Justicia.

45. En el fondo, la petición de decisión prejudicial tiene por objeto que el Tribunal de Justicia, mediante una apreciación razonable de las cuestiones planteadas, determine cuáles son los límites que el Derecho comunitario impone al margen de actuación de los Estados miembros en la adaptación de su Derecho interno, así como los criterios que éstos han de respetar a la hora de configurar la «compensación equitativa» atendiendo a lo dispuesto en la Directiva. En aras a la claridad, en la apreciación jurídica seguiré el orden de las cuestiones sugerido por el órgano jurisdiccional remitente. Las cuestiones 3 a 5 se tratarán conjuntamente, debido a su estrecha relación material.

B. *Sobre la admisibilidad de la remisión prejudicial*

1. Procedencia del objeto de interpretación y carácter decisivo de las cuestiones planteadas

46. Antes de proceder al examen de las cuestiones prejudiciales, es preciso analizar la excepción de inadmisibilidad propuesta por el Gobierno español, CEDRO y la demandante en el litigio principal.

47. El Gobierno español y CEDRO alegan, en esencia, que las cuestiones planteadas son irrelevantes para la resolución del litigio principal, dado que no resulta aplicable la normativa por la que se adaptó el Derecho español a la Directiva 2001/29, sino la normativa anterior. Por su parte, la demandante en el litigio principal alega que la Directiva 2001/29 establece una armonización mínima, por lo que el cálculo de la compensación equitativa por copia privada no es una cuestión de Derecho comunitario, sino de Derecho nacional, lo cual implica que únicamente es relevante la interpretación de las disposiciones nacionales aplicables.

48. Ha de señalarse que la excepción de inadmisibilidad propuesta por las citadas partes en el procedimiento –a pesar de las diferencias manifiestas en su argumentación– se basa esencialmente en el argumento de que la resolución del litigio principal no depende de la interpretación del Derecho comunitario, sino del Derecho nacional. De este modo, desde un punto de vista jurídico, las citadas partes ponen en tela de juicio, por un lado, la existencia de un objeto de interpretación admisible y, por otro, el carácter decisivo de las cuestiones planteadas. Consecuentemente, también alegan que el Tribunal de Justicia carece de competencia para interpretar disposiciones de Derecho nacional.

49. Si bien este último extremo es cierto y responde a jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, (17) también se desprende de la jurisprudencia de dicho Tribunal que éste no puede, en principio, efectuar una apreciación de los motivos por los que el juez nacional plantea una determinada cuestión. (18) En este sentido, el Tribunal de Justicia ha declarado en repetidas ocasiones que, en el marco de la cooperación entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales nacionales prevista en el artículo 234 CE, corresponde exclusivamente al órgano jurisdiccional nacional, que conoce del litigio y ha de asumir la responsabilidad de la decisión jurisdiccional que debe adoptarse, apreciar, a la luz de las particularidades del asunto pendiente ante él, tanto la necesidad de una decisión prejudicial para poder dictar sentencia como la pertinencia de las cuestiones que plantea al Tribunal de Justicia. (19)

50. Por lo tanto, cuando las cuestiones planteadas por los órganos jurisdiccionales nacionales versan sobre la interpretación de una disposición de Derecho comunitario, el Tribunal de Justicia está obligado, en principio, a pronunciarse, (20) salvo que resulte evidente que la petición de decisión prejudicial pretende, en realidad, que este Tribunal se pronuncie mediante un litigio inventado o formule opiniones consultivas respecto a

cuestiones generales o hipotéticas, que la interpretación del Derecho comunitario solicitada no tiene relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio, o que el Tribunal de Justicia no dispone de los elementos de hecho o de Derecho necesarios para responder de manera adecuada a las cuestiones planteadas. (21)

51. En el presente procedimiento prejudicial, es indiscutido que, en primer lugar, se solicita al Tribunal de Justicia una interpretación del artículo 5, apartado 2, letra b), de la Directiva 2001/29. No hay duda de que dicho precepto es un objeto de interpretación pertinente con arreglo al artículo 234 CE, párrafo primero, letra b). En cuanto al carácter decisivo, no se encuentran indicios que apoyen la hipótesis de que las cuestiones prejudiciales no guardan relación con el litigio principal. Más bien parece suceder lo contrario, toda vez que el órgano jurisdiccional remitente señala en varias ocasiones en su auto de remisión (22) que la respuesta a las cuestiones prejudiciales incidirá en la resolución del juicio que ha motivado el planteamiento de la cuestión prejudicial, pues de dicha respuesta depende el derecho de la demandante en el litigio principal a reclamar una compensación equitativa. Según el órgano jurisdiccional remitente, ello depende a su vez de que la normativa española aplicable, en su concreta configuración, sea conforme al concepto comunitario de «compensación equitativa», o dicho en otros términos, si cumple los requisitos de la «compensación equitativa» en el sentido del artículo 5, apartado 2, letra b), de la Directiva 2001/29.

52. Dadas las circunstancias, a efectos de la admisibilidad de las cuestiones planteadas resulta, en principio, irrelevante cuál es la normativa nacional concretamente aplicable al litigio principal, puesto que esa decisión incumbe al juez nacional competente para la interpretación y aplicación del Derecho nacional en el litigio principal.

53. Por consiguiente, procede declarar la admisibilidad del auto de remisión.

2. Sobre la alegación de la introducción *a posteriori* del concepto de «compensación equitativa» en la normativa española en materia de derechos de autor

54. En aras de la exhaustividad, considero conveniente analizar en este contexto la alegación formulada por el Gobierno español según la cual la resolución del litigio principal no requiere una interpretación de la Directiva 2001/29, dado que el concepto de «compensación equitativa», en el sentido del artículo 5, apartado 2, letra b), de la Directiva 2001/29, fue introducido en el artículo 25 del TRLPI mediante la Ley 23/2006, de 7 de julio, sustituyendo al concepto de «remuneración equitativa» utilizado hasta ese momento.

55. En primer lugar, procede señalar que el Gobierno español no ha alegado ni demostrado en qué medida el concepto utilizado anteriormente en la normativa española difiere del concepto de «compensación equitativa» en lo referente a su contenido normativo. En particular, no queda claro si, con dicha modificación, el legislador español sólo pretendía efectuar una precisión semántica para adaptar la terminología de

la normativa nacional sobre derechos de autor a la Directiva 2001/29. Habida cuenta de las diferencias mínimas entre el tenor de ambos conceptos, ello parece bastante plausible. (23)

56. Asimismo, debe recordarse que el procedimiento del artículo 234 CE se basa en una colaboración entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales nacionales, en cuyo ámbito el Tribunal de Justicia no es competente para pronunciarse sobre la interpretación de las disposiciones nacionales ni para juzgar si la interpretación que hace de ellas el órgano jurisdiccional remitente es correcta. (24) Desde el punto de vista procesal, en el marco del reparto de competencias entre los órganos jurisdiccionales comunitarios y nacionales, el Tribunal de Justicia ha de tener en cuenta, en principio, el contexto fáctico y normativo en el que se insertan las cuestiones prejudiciales, tal como lo define el auto de remisión. (25) Dado que este aspecto no ha sido puesto en duda por el órgano jurisdiccional remitente, procede considerar que carece de relevancia para el presente procedimiento prejudicial.

57. No obstante, habida cuenta de que es preciso proporcionar al juez nacional una respuesta útil a sus cuestiones prejudiciales, (26) considero necesario señalar con carácter preventivo que, en la medida en que fuera decisivo para el litigio principal determinar con exactitud la normativa nacional aplicable cuando se produjeron los hechos –lo cual podría suceder, en particular, debido a la adaptación que se llevó a cabo del Derecho material español a lo dispuesto en la Directiva–, habrá de tenerse en cuenta que los hechos que han dado lugar al litigio principal se produjeron durante el período comprendido entre septiembre de 2002 y septiembre de 2004, es decir, que sucedieron en su mayor parte durante un período de tiempo en el que, primero, ya había entrado en vigor la Directiva 2001/29 y, segundo, los Estados miembros debían adaptar su Derecho interno a ésta. Tal y como resulta del artículo 13, apartado 1, de la Directiva 2001/29, los Estados miembros tenían la obligación de poner en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en la Directiva antes del 22 de diciembre de 2002.

58. Aun admitiendo que el concepto de «compensación equitativa» se hubiese incorporado *a posteriori* en la normativa española en materia de derechos de autor mediante la Ley de modificación 23/2006, de 7 de julio, y que dicho concepto no fuera jurídicamente idéntico al concepto anterior, ha de señalarse que, una vez expirado el plazo de adaptación del Derecho interno, los órganos jurisdiccionales españoles tenían en todo caso la obligación de efectuar una interpretación conforme con la Directiva. Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, a partir de la expiración del plazo de adaptación del Derecho interno a una directiva, los órganos jurisdiccionales nacionales tienen la obligación general de interpretar el Derecho interno de conformidad con la directiva. (27) La obligación de efectuar una interpretación conforme con una directiva significa interpretar el Derecho interno en la medida de lo posible a la luz de la letra y de la finalidad de la directiva de que se trate con objeto de alcanzar los resultados que ésta persigue, dando prioridad a la interpretación de las normas nacionales que mejor se

ajuste a dicha finalidad, para llegar así a una solución compatible con las disposiciones de dicha directiva. (28)

C. *Sobre la primera cuestión prejudicial*

59. Mediante su primera cuestión, el órgano jurisdiccional remitente interesa saber si el concepto de «compensación equitativa» del artículo 5, apartado 2, letra b), de la Directiva 2001/29 implica una armonización y si se trata de un concepto comunitario que ha de interpretarse de forma autónoma con arreglo al Derecho comunitario.

60. La propia Directiva 2001/29 no contiene ninguna definición legal de dicho concepto, por lo que ha de plantearse si esta circunstancia empece su clasificación como concepto comunitario.

61. A efectos de dicha clasificación procede citar en primer lugar la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que hoy en día ya cabe considerar asentada, (29) según la cual tanto la aplicación uniforme del Derecho comunitario como el principio de igualdad exigen 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 en toda la Comunidad de una interpretación autónoma y uniforme que debe buscarse teniendo en cuenta el contexto de la disposición y el objetivo que la normativa de que se trate pretende alcanzar. Sin embargo, si en un acto normativo comunitario el legislador comunitario se refiere implícitamente a los usos nacionales, no corresponde al Tribunal de Justicia efectuar una interpretación uniforme del concepto en cuestión conforme al Derecho comunitario. (30)

62. Por consiguiente, cuando existe una remisión implícita a usos o normativas nacionales para aclarar un concepto, se prescinde de una interpretación del concepto conforme a Derecho comunitario. En ese caso, el Derecho nacional despliega un efecto interpretativo dentro del Derecho comunitario. Las remisiones de este tipo son inevitables, especialmente cuando la Comunidad, por no haber ejercitado una competencia normativa en un ámbito específico o por carecer de ella, no ha creado una terminología uniforme para el Derecho comunitario. Por tanto, son consecuencia de los principios de atribución expresa de competencias y de subsidiariedad, intrínsecos al Derecho comunitario conforme al artículo 5 CE. (31)

63. Dado que la Directiva 2001/29 no contiene ninguna remisión expresa al Derecho de los Estados miembros, ello abogaría, en principio, a favor de una clasificación como concepto comunitario.

64. La jurisprudencia antes citada debe entenderse en el sentido de que el Tribunal de Justicia parte manifiestamente de una presunción a favor de la interpretación autónoma debido a la necesidad de efectuar una interpretación uniforme y de otorgar un trato

igual, presunción que, no obstante, puede quedar desvirtuada (32) si no es posible definir un concepto uniforme (33) o si así lo exige una mera armonización parcial. (34)

65. En el presente procedimiento no concurren tales circunstancias, dado que el contenido de dicho concepto puede determinarse con suficiente precisión mediante un análisis sistemático y teleológico de determinadas disposiciones de la Directiva a la luz de la exposición de motivos de ésta. Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, para interpretar una disposición de Derecho comunitario, debe tenerse en cuenta no sólo su tenor, sino también su contexto y los objetivos perseguidos por la normativa de la que forma parte. (35)

66. El concepto en cuestión se utiliza en el artículo 5, apartado 2, letra b), de la Directiva para describir el contenido de un requisito («siempre que»). Tal y como se ha expuesto inicialmente, los Estados miembros han de cumplir dicho requisito si establecen excepciones o limitaciones al derecho de reproducción contemplado en el artículo 2. Por otro lado, el trigésimo quinto considerando explica el objetivo de la compensación equitativa, señalando que se trata de que el titular de derechos sea recompensado adecuadamente por el uso que se haya hecho de sus obras o prestaciones protegidas. Pero también de otros considerandos, como por ejemplo del trigésimo primero o del trigésimo segundo, se deducen requisitos concretos de Derecho comunitario que han de cumplir los Estados miembros a la hora de regular dicha compensación y que serán analizados más detalladamente en el curso de las presentes conclusiones. Por consiguiente, tal y como indica acertadamente el Gobierno del Reino Unido, (36) la densidad normativa de la Directiva 2001/29 permite a quien aplique el Derecho cuando menos determinar los rasgos esenciales de la compensación equitativa.

67. A favor de la clasificación como concepto comunitario aboga también la propia finalidad de la Directiva 2001/29, consistente en armonizar determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información y en evitar, de este modo, que la competencia dentro del mercado interior sea falseada por la diversidad de normativas nacionales. Una aproximación de las legislaciones presupone necesariamente la implantación de conceptos comunitarios autónomos, incluida una terminología uniforme, para poder cumplir con el objetivo normativo. (37) Debe ser posible una conceptualización propia con independencia de que los Estados miembros dispongan de un determinado margen de actuación a la hora de adaptar el Derecho nacional a una directiva. La preocupación del legislador comunitario por efectuar una interpretación lo más uniforme posible de la Directiva 2001/29 se refleja, en particular, en el trigésimo segundo considerando de ésta, en el que se insta a los Estados miembros a aplicar con coherencia las excepciones y limitaciones a los derechos de reproducción. Un interpretación no uniforme del concepto básico de «compensación equitativa» del artículo 5, apartado 2, letra b), de la Directiva 2001/29 equivaldría directamente a frustrar dicha finalidad.

68. Las anteriores consideraciones se ven confirmadas en el asunto SENA, (38) en el que se recabó del Tribunal de Justicia una interpretación del concepto de «remuneración

equitativa» en el sentido del 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. (39) En dicha sentencia, el Tribunal de Justicia se remitió en primer lugar a la jurisprudencia, antes citada, relativa a la interpretación autónoma de los conceptos comunitarios, (40) para llamar seguidamente la atención sobre el hecho de que la Directiva 92/100 no contenía ninguna definición del concepto en cuestión. (41) El Tribunal de Justicia consideró que el legislador comunitario había renunciado deliberadamente a establecer un método detallado y obligatorio para calcular la cuantía de dicha remuneración. (42) Consecuentemente, reconoció expresamente el derecho de los Estados miembros a fijar las modalidades precisas de cálculo de la «remuneración equitativa» determinando «los criterios más pertinentes para lograr, dentro de los límites impuestos por el Derecho comunitario, y en particular por la Directiva 92/100, el respeto de dicho concepto comunitario», (43) y se limitó a instar a los Estados miembros a hacer respetar de la forma más uniforme posible, en el territorio de la Comunidad, el concepto de «remuneración equitativa» a la luz de los objetivos de la Directiva 92/100 definidos en su exposición de motivos. (44) Ha de destacarse que el hecho de que dicho concepto requiriese una concreción mediante criterios que habían de determinar los ordenamientos jurídicos nacionales no impidió al Tribunal de Justicia declarar que el concepto de «remuneración equitativa» del artículo 8, apartado 2, de la Directiva 92/100 debía interpretare de una manera uniforme en todos los Estados miembros y que había de ser aplicado por cada Estado miembro. (45) Así pues, incluso en las particulares circunstancias que subyacían a aquel caso, el Tribunal de Justicia pudo confirmar, en definitiva, el carácter de concepto de Derecho comunitario y la necesidad de efectuar una interpretación autónoma conforme a Derecho comunitario.

69. Me parece que dichos principios pueden trasladarse al litigio principal, habida cuenta de que el presente procedimiento también trata de la interpretación de un concepto jurídico comunitario en materia de derechos de autor que, dada la técnica legislativa por la que ha optado el legislador comunitario, es similarmente indeterminado y necesita una concreción.

70. La interpretación histórica de la Directiva 2001/29 ofrece otro argumento concluyente a favor de la clasificación como concepto comunitario. De la génesis de dicha Directiva se desprende que el concepto de «compensación equitativa» del artículo 5, apartado 2, letra b), debía constituir un «concepto nuevo» cuya aplicación, a falta de una definición legal en la propuesta de la Comisión, precisaba de una orientación por parte del Consejo. (46) Dicha orientación se encuentra actualmente en el trigésimo quinto considerando de la Directiva. De lo anterior cabe deducir que la voluntad del legislador comunitario fue crear un concepto nuevo a escala comunitaria sin referirse a conceptos ya existentes en la normativa nacional o internacional sobre derechos de autor. (47) He aquí una diferencia entre dicho concepto y, por ejemplo, el concepto de «remuneración equitativa» utilizado en los artículos 5 y 8, apartado 2, de la Directiva 2006/115, cuyo origen se encuentra en la normativa internacional sobre derechos de autor (48) y que fue trasladado literalmente al ordenamiento jurídico comunitario.

71. Por lo tanto, habida cuenta de la génesis del concepto, de la necesidad de dotarlo de contenido, de su autonomía frente a conceptos nacionales e internacionales y del objetivo armonizador de la Directiva 2001/29, la elección de un concepto nuevo para la retribución de los autores por la realización de copias privadas parece traer causa del esfuerzo del legislador comunitario por abarcar las normativas nacionales existentes, elaboradas a partir de las diferentes tradiciones jurídicas de los Estados miembros. Al mismo tiempo, parece razonable suponer que el legislador comunitario quiso crear un concepto lo más flexible posible, que pudiese revisarse regularmente en función del desarrollo tecnológico y económico. (49)

72. En virtud de las anteriores consideraciones, procede responder a la primera cuestión prejudicial que el concepto de «compensación equitativa» del artículo 5, apartado 2, letra b), de la Directiva 2001/29 es un concepto autónomo de Derecho comunitario que todos los Estados miembros deben interpretar de manera uniforme y que cada Estado miembro debe aplicar, determinando para su territorio los criterios más pertinentes para garantizar el respeto de dicho concepto comunitario dentro de los límites impuestos por el Derecho comunitario y, en particular, por la Directiva.

D. *Sobre la segunda cuestión prejudicial*

73. Mediante su segunda cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente interesa saber, en esencia, si los Estados miembros deben respetar un justo equilibrio entre los titulares de derechos de propiedad intelectual y los obligados directa o indirectamente al pago de la compensación. En caso de respuesta afirmativa, el órgano jurisdiccional remitente pregunta si la justificación de la necesaria compensación equitativa consiste en paliar el perjuicio de los titulares de derechos.

74. En mi opinión, la primera parte de la cuestión ha de responderse, en principio, de forma afirmativa. La necesidad de respetar un justo equilibrio se desprende, en primer lugar, del trigésimo primer considerando de la Directiva 2001/29, según el cual debe garantizarse un «justo equilibrio entre los derechos e intereses» de las diferentes categorías de titulares de derechos y usuarios de prestaciones protegidas. Asimismo, el tenor del artículo 5, apartado 2, letra b), señala expresamente que la limitación relativa a la copia privada está supeditada al requisito de la «compensación equitativa». Incluso desde el punto de vista semántico, el propio concepto implica un cierto equilibrio entre intereses contrapuestos. Por otro lado, el hecho de que el legislador comunitario haya recurrido a una noción como la de «justicia», ?(50) que realmente se incardina en la Filosofía del Derecho, permite una comprensión más profunda de las consideraciones legislativas que subyacen a dicho precepto. En este contexto, baste recordar a Aristóteles, quien emprendió en su tratado «Ética a Nicómaco» el primer intento de análisis y estructuración dogmáticas de dicha noción, llegando a la conclusión de que la justicia no sólo es una virtud, sino que ha de entenderse siempre en relación con los demás. En este sentido, actúa injustamente quien reclama más de lo que le corresponde legalmente. En cambio, existe injusticia cuando alguien recibe a cambio de sus servicios menos de lo que le corresponde. Según Aristóteles, la labor de hacer respetar la igualdad

y, con ella, la justicia corresponde normalmente al juez *(dikastes).* Resulta interesante que, al objeto de ilustrar sus teorías acerca de la «justicia conmutativa» *(iustitia commutativa),* Aristóteles cita, entre otros, el derecho de los artistas a obtener una retribución adecuada cualitativa y cuantitativamente por sus obras. (51) De ello se deduce que el carácter justo de la compensación, tal y como señala acertadamente el Gobierno del Reino Unido, ha de alcanzarse ponderando tanto los intereses de los titulares de derechos como los de los usuarios.

75. El hecho de que el órgano jurisdiccional remitente no se refiera en su cuestión expresamente a los «usuarios», sino a los «obligados directa o indirectamente al pago» de la compensación equitativa, no desvirtúa las consideraciones anteriores. La cuestión prejudicial ha de entenderse en su correcto contexto, lo cual requiere algunas precisiones por mi parte. La condición formal, de deudor de la compensación no dice en sí misma nada acerca de la identidad de la persona física que, en el sentido del artículo 5, apartado 2, letra b), de la Directiva 2001/29, se beneficia de la normativa sobre la copia privada. En mi opinión, ha de atenderse a dicha persona antes que al deudor. En virtud del aforismo *cuius commoda, eius incommoda,* (52) el usuario es quien ha de asumir la carga económica de la compensación, por lo que son los intereses de éste los que deberían tenerse en cuenta a efectos de la ponderación de intereses. Me parece que ello responde más certeramente a la voluntad del legislador, tal y como viene expresada en el trigésimo primer considerando.

76. Con independencia de lo anterior, el artículo 5, apartado 2, letra b), de la Directiva 2001/29 no determina quién está obligado al pago. Tampoco el trigésimo quinto considerando de la Directiva brinda ninguna ayuda a efectos de interpretación. En algunos casos, el deudor puede indudablemente coincidir con el propio usuario, como sucede por ejemplo en el caso de la «remuneración equitativa» prevista en el artículo 8, apartado 2, de la Directiva 92/100. (53) Por otro lado, ha de tenerse en cuenta que, en un sistema de compensación a tanto alzado mediante un canon –como el previsto en la normativa española–, los obligados directamente al pago de la compensación equitativa, es decir, los fabricantes e importadores con arreglo al artículo 25, apartado 4, letra a), del TRLPI, repercutirán por regla general dicho canon a través del precio de compra al cliente que, en definitiva, es el usuario. (54) Como observa acertadamente el Gobierno alemán, para los distribuidores e importadores el resultado de este régimen es neutro. (55) Si bien tienen que abonar al autor una compensación a tanto alzado, no sufren perjuicio alguno, puesto que mediante el precio de venta se reembolsan la compensación. Por lo tanto, no sería correcto fijarse únicamente en los intereses de los deudores de la compensación. Ahora bien, ello no excluye que puedan tener relevancia en determinadas circunstancias, por ejemplo cuando actúan en salvaguardia de los intereses de los usuarios.

77. Por consiguiente, la primera parte de la cuestión sólo tiene sentido si se entiende la expresión «obligados indirectamente al pago», utilizada por el órgano jurisdiccional remitente, en un sentido no técnico, a saber, en el sentido de que se refiere a los usuarios

que, en definitiva, asumen la carga económica de la compensación. En ese caso resultarían de aplicación las consideraciones expuestas anteriormente.

78. En cuanto a la segunda parte de la cuestión, ha de señalarse ante todo que la finalidad de la «compensación equitativa», en el sentido del artículo 5, apartado 2, letra b), de la Directiva 2001/29, no consiste en indemnizar a los titulares de derechos por la comisión de actos ilegales relativos a la reproducción no autorizada de obras y prestaciones protegidas. Sólo existe derecho a una compensación por copia privada en caso de que lo autorice la normativa en materia de derechos de autor del Estado miembro. (56) El hecho de que pueda constatarse una infracción generalizada del derecho de reproducción, en principio exclusivo, que corresponde al autor –como sucede por ejemplo en Internet mediante las redes de intercambio de archivos denominadas P2P («peer to peer»)– no es relevante a efectos del citado precepto de la Directiva ni puede considerarse un factor a la hora de buscar un equilibrio entre los intereses de los titulares de derecho y de los usuarios. (57) En efecto, este tipo de copias ilegales suele tener fines comerciales. En todo caso, tienen una finalidad distinta del «uso privado» en el sentido del artículo 5, apartado 2, letra b), de la Directiva 2001/29, por lo que no están incluidas en la posibilidad de limitar el derecho de autor. (58)

79. Como señala acertadamente el Gobierno alemán, el derecho a la «compensación equitativa» en el sentido del artículo 5, apartado 2, letra b), de la Directiva 2001/29 tiene un carácter esencialmente retributivo. (59) Así se desprende de la primera frase del décimo considerando, según la cual los autores y los intérpretes deben recibir una «compensación adecuada» ?(60)? por el uso de su obra para que puedan continuar su labor creativa y artística. El trigésimo quinto considerando pone de manifiesto que la «compensación equitativa» pertenece a esta categoría de retribuciones al señalar que, en determinados casos de excepciones o limitaciones, los titulares de derechos deberían recibir una compensación equitativa para recompensarles adecuadamente ?(61)?? por el uso que se haya hecho de sus obras o prestaciones protegidas.

80. A la vista de lo expuesto, no puede confirmarse sin más el carácter jurídico puramente indemnizatorio que el órgano jurisdiccional remitente parece atribuir a la institución jurídica de la «compensación equitativa». Es cierto que el derecho exclusivo de reproducción establecido en el artículo 2 de la Directiva 2001/29 es una manifestación de la propiedad intelectual del autor. Consecuentemente, la excepción o limitación permitida por el artículo 5, apartado 2, letra b), puede interpretarse como una ingerencia en este derecho fundamental protegido por el Derecho comunitario. (62) No obstante, la compensación equitativa no tiene que establecerse necesariamente en función del criterio del daño causado. La Directiva se limita a permitir que se tome el daño o perjuicio como criterios orientativos, pero no los eleva a criterios vinculantes. (63)

81. Con arreglo a la segunda frase del trigésimo quinto considerando de la Directiva, a la hora de determinar la forma, las modalidades y la posible cuantía de la compensación equitativa, deben tenerse en cuenta las circunstancias de cada caso

concreto; un «criterio útil» para evaluar estas circunstancias es el posible daño que el acto en cuestión haya causado a los titulares de derechos. Ello muestra que, como acertadamente observa el Gobierno español, los posibles daños no pueden ser considerados ni como el único criterio ni necesariamente como el preponderante a efectos de determinar la «compensación equitativa», sino simplemente como uno entre varios que pueden tener en cuenta los Estados miembros para el cálculo de dicha compensación. Cabe añadir otros criterios citados en el trigésimo quinto considerando, como por ejemplo el hecho de que los titulares de derechos ya hayan recibido retribuciones de algún tipo, el grado de utilización de medidas tecnológicas de protección o el carácter mínimo del perjuicio causado. Ahora bien, esta enumeración no constituye en modo alguno una lista cerrada. (64)

82. En cierta medida, la Directiva 2001/29 se muestra favorable a garantizar la existencia de las copias privadas cuando señala, en la primera frase del trigésimo octavo considerando, que debe facultarse a los Estados miembros para que establezcan una excepción o limitación al derecho de reproducción en relación con determinados tipos de reproducción de material sonoro, visual y audiovisual para uso privado, mediante una compensación equitativa. Sin embargo, reconoce a los Estados miembros un amplio margen de actuación a la hora de establecer sus respectivos sistemas nacionales para dar cumplimiento a la compensación equitativa, (65) indicando por ejemplo, en la segunda frase del trigésimo octavo considerando, que ello puede suponer la introducción o el mantenimiento de sistemas de retribución para compensar a los titulares de derechos por los perjuicios sufridos.

83. Esta técnica legislativa responde a la naturaleza jurídica de las directivas, las cuales, en virtud del artículo 249 CE, párrafo tercero, obligan al Estado miembro en cuanto al resultado que debe conseguirse, dejándole sin embargo la elección de la forma y de los medios. (66) A su vez, la Directiva 2001/29 se caracteriza por contener normas comunitarias individuales que, en parte, son poco concretas, como lo señalado en el trigésimo quinto considerando en relación con la forma, las modalidades y la cuantía de la «compensación equitativa». A la adaptación del Derecho interno a toda directiva va asociada la obligación de los Estados miembros de obtener un determinado resultado, (67) que, en el caso de la Directiva 2001/29, consiste en garantizar una compensación económica entre autores y usuarios, siempre y cuando el Estado miembro en cuestión decida establecer excepciones o limitaciones al derecho de reproducción del autor con arreglo al artículo 5, apartado 2, letra b). (68)

84. Habida cuenta de todo lo anterior, procede responder a la primera parte de la segunda cuestión prejudicial que, cualquiera que sea el sistema empleado por cada Estado miembro para determinar la compensación equitativa, debe respetar un justo equilibrio entre los afectados, por una parte los titulares de derechos de propiedad intelectual afectados por la excepción de copia privada, acreedores de dicha compensación, y, por otra, los obligados directa o indirectamente al pago. En cuanto a la segunda parte de la cuestión, procede responder que el concepto de «compensación equitativa» del artículo 5, apartado 2, letra b), de la Directiva 2001/29 debe entenderse

como una asignación al titular de derechos que, teniendo en cuenta todas las circunstancias de la copia privada autorizada, representa una retribución adecuada por el uso de su obra o prestación protegidas.

E. *Sobre las cuestiones prejudiciales tercera a quinta*

85. Las cuestiones tercera a quinta del órgano jurisdiccional remitente se refieren todas ellas a la configuración del sistema que han de establecer los Estados miembros en caso de introducir una excepción o limitación con arreglo al artículo 5, apartado 2, letra b), de la Directiva 2001/29 al objeto de cumplir con el requisito de la compensación equitativa. Mediante dichas cuestiones se solicita al Tribunal de Justicia que determine los requisitos comunitarios que ha de cumplir un sistema nacional que, como en el caso de España, establece una retribución a tanto alzado a favor del titular de derechos por el presumible uso de los equipos, aparatos y materiales para la realización de copias privadas. La controversia acerca de la compatibilidad de tal normativa nacional con el Derecho comunitario, ante todo con la Directiva 2001/29, se plantea especialmente en el contexto de la aplicación indiscriminada de dicha normativa a toda una serie de destinatarios y aparatos técnicos.

86. Si bien no corresponde al Tribunal de Justicia, en el marco de un procedimiento iniciado con arreglo al artículo 234 CE, pronunciarse sobre la compatibilidad de normas de Derecho interno con las disposiciones del Derecho comunitario, es competente, sin embargo, para proporcionar al órgano jurisdiccional nacional todos los elementos de interpretación relacionados con el Derecho comunitario que le permitan apreciar la compatibilidad de dichas normas con la normativa comunitaria. (69)

1. Requisito de la relación entre la compensación y el presumible uso para la realización de copias privadas

87. La tercera cuestión prejudicial es una cuestión de principio, por lo que ha de examinarse en primer lugar. En ella, el órgano jurisdiccional remitente interesa saber si debe existir necesariamente una relación entre el canon que ha de financiar la compensación equitativa y el presumible uso de los aparatos y dispositivos de almacenamiento antes citados. En otras palabras, se pregunta si el método consistente en un cálculo a tanto alzado de la retribución de los titulares de derechos es conforme con el Derecho comunitario.

a) Conexión como requisito implícito

88. Como se ha expuesto anteriormente, la excepción o limitación previstas en el artículo 5, apartado 2, letra b), de la Directiva 2001/29 pueden interpretarse como una ingerencia, admitida por el Derecho comunitario, en el derecho exclusivo de reproducción del titular, (70) por lo cual dicho precepto ordena que, en ese caso, se fije obligatoriamente una compensación a favor del autor. En la medida en que un Estado miembro incorpore dicha disposición a su ordenamiento jurídico, la realización de una

copia privada por una persona física habrá de considerarse un acto concreto de ingerencia que, sin perjuicio de los demás criterios legales que se determinen, generará el derecho del titular a obtener una compensación económica.

89. Así pues, existe ciertamente una conexión entre la realización de una copia privada y la retribución adeudada, y ello con independencia de cuál sea el sistema retributivo que el Estado miembro haya establecido concretamente para la compensación de las copias privadas y de que acaso se financie mediante un canon. Por consiguiente, desde el punto de vista del legislador comunitario, ha de exigirse que entre el canon en cuestión y el uso de los aparatos y dispositivos de almacenamiento antes citados exista cuando menos una relación suficientemente estrecha.

90. Por otro lado, los requisitos de dicha relación no pueden ser tan estrictos que impliquen exigir un uso efectivo de los aparatos en cuestión para la realización de copias privadas. Más bien debería considerarse suficiente un uso potencial. Una conclusión análoga se puede deducir de la sentencia SGAE, (71) en la que el Tribunal de Justicia interpretó el concepto jurídico indeterminado de «comunicación al público» en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29, considerando que basta con que una obra se ponga meramente a disposición del público, en el caso concreto mediante televisores. (72) A estos efectos, el Tribunal de Justicia consideró irrelevante que algunos usuarios no hiciesen uso de dicha posibilidad, por ejemplo por no haber encendido el televisor. (73) Asimismo, resultan de gran utilidad las consideraciones expuestas por la Abogado General Sharpston en sus conclusiones presentadas en dicho asunto, en las que recordó que, en virtud de los principios fundamentales del derecho de autor, el titular del derecho es remunerado no por el disfrute efectivo de la obra, sino por la simple posibilidad jurídica de dicho disfrute. (74)

b) Respeto de la conexión en un sistema de gravamen que permite el cálculo a tanto alzado

91. La cuestión es si el requisito de la relación suficientemente estrecha entre el uso del derecho y la correspondiente compensación económica por copia privada se cumple en el marco de un sistema de gravamen nacional que utiliza el método de cálculo a tanto alzado de la retribución.

92. En todo caso, el requisito de la relación suficientemente estrecha no impide que los Estados miembros, en el ejercicio del amplio margen de actuación que tienen atribuido para la adaptación de su Derecho interno a la Directiva, establezcan por razones prácticas un sistema que no se base en el alcance efectivo, sino en el alcance presumible de la realización de copias privadas por los usuarios de aparatos técnicamente aptos a estos efectos y que, por lo tanto, calculen la «compensación equitativa» del artículo 5, apartado 2, letra b), de la Directiva 2001/29 en función de una estimación. El establecimiento de este sistema por los Estados miembros puede considerarse necesario, entre otros motivos, porque de hecho resulta prácticamente imposible controlar efectivamente dichas reproducciones o registrar estadísticamente el

número exacto de copias privadas. (75) Por lo tanto, ha de aceptarse que, por regla general, el titular de derechos no estará en condiciones de averiguar si se ha realizado una copia privada ni quién la ha realizado. En consecuencia, debe excluirse por razones prácticas la recaudación directa al usuario. (76) Los Gobiernos español, griego, alemán y del Reino Unido hacen expresamente referencia a estas dificultades.

93. La retribución a tanto alzado a favor del titular de derechos establecida por el Derecho español en función del presumible uso de los aparatos y dispositivos de almacenamiento supera estas dificultades prácticas de un modo objetivo. En efecto, el fabricante, importador o distribuidor de un aparato o dispositivo de almacenamiento que, por regla general, se utilice efectivamente para realizar reproducciones paga directamente una cantidad a tanto alzado, que se recauda como retribución por copia privada a favor del conjunto de titulares de derechos. Es cierto que la obligación de pago no recae en el usuario efectivo, sino que se adelanta su imposición al grupo de personas citado primeramente. Sin embargo, tal y como se ha señalado anteriormente, puede presumirse que el importe a tanto alzado se repercutirá mediante el precio de compra al adquirente del aparato o dispositivo de almacenamiento y, con ello, al usuario. (77) De este modo, la retribución está basada, en definitiva, en el uso efectivo del aparato o dispositivo de almacenamiento para la realización de copias privadas.

94. Tal y como explica el Gobierno español en sus observaciones escritas, (78) el criterio de la idoneidad objetiva de un aparato para la realización de copias privadas se basa, en cierto modo, en la presunción legal de que el comprador hará uso con toda probabilidad de esta posibilidad. (79) Así pues, existe una relación suficientemente estrecha en tanto dicha presunción no se desvirtúe mediante indicios concretos. Esta presunción legal tiene en cuenta la conexión, requerida por el artículo 5, apartado 2, letra b), de la Directiva 2001/29, entre el uso del derecho y la compensación equitativa. Por lo tanto, un método que calcula a tanto alzado la retribución del titular de derechos ha de considerarse, en principio, conforme con el Derecho comunitario.

c) Conclusión

95. Por consiguiente, procede responder a la tercera cuestión prejudicial que, en los casos en que un Estado miembro opte por un sistema de gravamen o canon sobre los equipos, aparatos y materiales de reproducción digital, este tipo de gravamen sólo estará legitimado por el artículo 5, apartado 2, letra b), de la Directiva 2001/29 en el supuesto de que los equipos, aparatos y materiales vayan a destinarse presumiblemente a la realización de reproducciones beneficiadas por la excepción de copia privada.

2. Sobre la aplicación indiscriminada del canon a empresas y profesionales

96. La cuarta cuestión prejudicial tiene un carácter más concreto, dado que con ella el órgano jurisdiccional remitente llama la atención sobre una particularidad del sistema de gravamen español. Se plantea si la aplicación indiscriminada del canon concretamente a empresas y profesionales es conforme al concepto de «compensación

equitativa». A estos efectos, el órgano jurisdiccional remitente se basa en la presunción de que las empresas y profesionales adquieren claramente los aparatos y soportes de reproducción digital en cuestión para finalidades ajenas a la copia privada. (80) Por lo tanto, la cuestión prejudicial constata un hecho esencial que el Tribunal de Justicia ha de incorporar a su apreciación jurídica.

a) Consideración debida de las circunstancias de cada caso concreto

97. Una recaudación indiscriminada del canon que no tenga adecuadamente en cuenta que, debido a características específicas sectoriales, los aparatos en cuestión podrían adquirirse para finalidades distintas de la copia privada no está legitimado por el artículo 5, apartado 2, letra b), de la Directiva 2001/29. No constituye una «compensación equitativa» en el sentido de dicho precepto, habida cuenta de que, tal y como se desprende del trigésimo quinto considerando, (81) se recomienda expresamente a los Estados miembros que tengan en cuenta las circunstancias de cada caso concreto a la hora de determinar la forma, las modalidades y la posible cuantía de la compensación equitativa. Atendiendo a lo anterior, este requisito no se cumpliría en el litigio principal.

b) Necesaria conexión entre la copia privada y la compensación

98. Por otro lado, dadas las circunstancias, una normativa de este tipo no cumpliría, en particular, el requisito de la conexión que, según el artículo 5, apartado 2, letra b), de la Directiva 2001/29, ha de existir entre la ingerencia y la correspondiente compensación económica. En el litigio principal faltaría incluso la base jurídica de la compensación, dado que, según el citado precepto, el requisito básico para una compensación es la realización de una reproducción «por una persona física para uso privado y sin fines directa o indirectamente comerciales».

99. La imposición indiscriminada a una empresa de un canon para la compensación por copia privada no podría justificarse, dado que, en primer lugar, la copia privada ha de realizarse «por una persona física», por lo que la reproducción «por una empresa» no está comprendida en el tenor del precepto. Pero aunque se partiese de la observación práctica de que el acto de reproducción ha de realizarse necesariamente por una persona física, por ejemplo un empleado de la empresa, la imputabilidad del acto de reproducción a la empresa plantearía cuestiones jurídicas que no pueden responderse concluyentemente. Por otro lado, del sentido y finalidad de lo dispuesto en el artículo 5, apartado 2, letra b), se desprende indirectamente que la copia en cuestión debe estar destinada en todo caso «para el uso privado de una persona determinada». Ello excluye, por ejemplo, la realización de una copia privada para su uso por una persona jurídica, dado que ello implicaría el uso de la copia por una pluralidad de personas. (82)

100. Pero aunque, de modo excepcional, se respondiera afirmativamente a la cuestión de la imputabilidad de un acto de reproducción, tampoco se cumplirían los requisitos del artículo 5, apartado 2, letra b). Dicho precepto excluye expresamente todo tipo de copia para fines comerciales, con independencia de que éstos sean legales (por ejemplo,

copias de seguridad) o ilegales (por ejemplo, piratería musical). En la medida en que, como ha constatado el órgano jurisdiccional remitente, las empresas y profesionales adquieren los citados aparatos y soportes de reproducción digital «claramente […] para finalidades ajenas a la copia privada», por ejemplo para finalidades profesionales, el supuesto al que se refiere el órgano jurisdiccional remitente no estaría incluido en la disposición limitadora prevista en el artículo 5, apartado 2, letra b). (83) Por lo tanto, una retribución económica de los titulares de derechos iría más allá de lo que realmente exige la Directiva 2001/29 a efectos de garantizar una «compensación equitativa». (84)

101. Desde un punto de vista jurídico, la normativa nacional controvertida da lugar a una ampliación del ámbito de aplicación subjetivo y objetivo del artículo 5, apartado 2, letra b), de la Directiva 2001/29, puesto que extiende la obligación de compensación prevista en dicho precepto, por un lado, a personas distintas de las personas físicas y, por otro, a supuestos de hecho que no consisten en una reproducción «para uso privado».

c) Regulación exhaustiva de la «compensación equitativa» en el artículo 5, apartado 2, letra b)

102. Las consecuencias de lo expuesto dependen, en esencia, de que el artículo 5, apartado 2, letra b), de la Directiva 2001/29 establezca o no una regulación exhaustiva respecto de la «compensación equitativa» por copia privada.

103. Cuando las disposiciones de una directiva regulan exhaustivamente un determinado aspecto, los Estados miembros no pueden establecer normativas sobre el mismo supuesto de hecho que vayan más allá de lo dispuesto en la directiva. Para comprobar si una directiva pretende establecer una regulación exhaustiva ha de estarse al caso concreto, atendiendo al tenor, la finalidad y la sistemática de la directiva. (85) Ha de tenerse en cuenta que una directiva puede contener disposiciones que tengan carácter exhaustivo y, simultáneamente, disposiciones que dejen a los Estados miembros una facultad de apreciación –por ejemplo, en lo relativo al nivel de protección de una disposición–. (86)

104. A este respecto, debe señalarse nuevamente que la «compensación equitativa» en el sentido del citado precepto de la Directiva es un concepto jurídico comunitario suficientemente determinado. A pesar de que el grado de armonización de la Directiva 2001/29 es relativamente bajo, resultando comparable a estos efectos al de una Directiva marco, el artículo 5, apartado 2, letra b), establece claramente las circunstancias en que el titular tiene derecho a una retribución. Asimismo, el deudor de tal retribución puede determinarse con exactitud atendiendo al sentido y finalidad de dicha normativa. En caso de duda, se trata del usuario beneficiario de la normativa sobre la copia privada. (87) Dadas las circunstancias, ha de partirse de la base de que el artículo 5, apartado 2, letra b), establece una regulación comunitaria exhaustiva en relación con la «compensación equitativa», lo cual impide a los Estados miembros –cuando menos, en el ámbito de las copias privadas– extender unilateralmente la

condición de deudor a otros grupos de personas, como empresas y profesionales que, según muestra la práctica, adquieren los aparatos y soportes de reproducción digital para fines ajenos a la copia privada.

105. Por consiguiente, la asignación de una retribución a los titulares de derechos como consecuencia de la aplicación indiscriminada de un canon a empresas y profesionales sobre la base de una normativa sobre la copia privada no puede considerarse una «compensación equitativa» en el sentido del artículo 5, apartado 2, letra b), de la Directiva 2001/29.

106. Ahora bien, esto no significa que la recaudación de un canon por derechos de autor a empresas y profesionales en virtud del artículo 5, apartado 2, letra b), de la Directiva 2001/29 esté terminantemente prohibida. Dicha Directiva sólo armoniza determinados aspectos de los derechos de autor. Por lo tanto, el artículo 5, apartado 2, letra b), de la Directiva 2001/29 sólo se opone a una normativa nacional que imponga a empresas y profesionales el pago de un canon para la compensación por copia privada sobre aparatos, materiales y equipos en la medida en que pueda presumirse que dichos aparatos, materiales y equipos no se usan para realizar copias privadas en el sentido del citado precepto. En cambio, dicho precepto no se opone a una normativa nacional que imponga un canon por otros motivos. (88)

d) Conclusión

107. Por consiguiente, procede responder a la cuarta cuestión prejudicial que la asignación de una retribución a los titulares de derechos como consecuencia de la aplicación indiscriminada de un canon a empresas y profesionales en virtud de una normativa sobre la copia privada no constituye una «compensación equitativa» en el sentido del artículo 5, apartado 2, letra b), de la Directiva 2001/29.

3. Compatibilidad del sistema de gravamen español con la Directiva 2001/29

108. La quinta cuestión prejudicial, relativa a la compatibilidad de un sistema de gravamen como el vigente en España con la Directiva 2001/29, ha de responderse a la luz de cuanto se ha expuesto anteriormente y atendiendo a las apreciaciones del órgano jurisdiccional remitente.

109. En principio, un sistema de compensación por copia privada financiado mediante un canon, que, por razones prácticas, calcula la «compensación equitativa» a tanto alzado resulta compatible con la Directiva 2001/29, habida cuenta del amplio margen de actuación de los Estados miembros. Ahora bien, el legislador nacional debe cerciorarse de que se respeta la correspondencia que exige el artículo 5, apartado 2, letra b), entre la ingerencia en el derecho de reproducción, en principio exclusivo, del titular de derechos y la debida compensación económica. (89)

110. En la medida en que deje de existir tal correspondencia, por ejemplo porque el canon en cuestión se aplica a supuestos de hecho distintos en los que no se produce una limitación de derechos que justifique la compensación económica, la retribución asignada a los titulares de derechos no constituirá una «compensación equitativa» en el sentido del artículo 5, apartado 2, letra b), de la Directiva 2001/29.

111. Por consiguiente, procede responder a la quinta cuestión prejudicial que un sistema nacional que prevé la aplicación de un canon por copia privada a todos los equipos, aparatos y materiales de reproducción digital de forma indiscriminada no es compatible con el artículo 5, apartado 2, letra b), de la Directiva 2001/29, por cuanto dejaría de existir una adecuada correspondencia entre la compensación equitativa y la limitación del derecho por copia privada que la justifica, al aplicarse el canon en gran medida a supuestos de hecho distintos en los que no existe la limitación de derechos que justifica la compensación económica.

VII. **Conclusión**

112. A la luz de cuanto se ha expuesto, propongo al Tribunal de Justicia que responda del siguiente modo a las cuestiones planteadas por la Audiencia Provincial de Barcelona:

«1) El concepto de «compensación equitativa» del artículo 5, apartado 2, letra b), de 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, es un concepto autónomo de Derecho comunitario que todos los Estados miembros deben interpretar de manera uniforme y que cada Estado miembro debe aplicar, determinando para su territorio los criterios más pertinentes para garantizar el respeto de dicho concepto comunitario dentro de los límites impuestos por el Derecho comunitario y, en particular, por la Directiva.

2) El concepto de «compensación equitativa» debe entenderse como una asignación al titular de derechos que, teniendo en cuenta todas las circunstancias de la copia privada autorizada, representa una retribución adecuada por el uso de su obra o prestación protegidas. Cualquiera que sea el sistema empleado por cada Estado miembro para determinar la compensación equitativa, debe respetar un justo equilibrio entre los afectados, por una parte los titulares de derechos de propiedad intelectual afectados por la excepción de copia privada, acreedores de dicha compensación, y, por otra, los obligados directa o indirectamente al pago.

3) En los casos en que un Estado miembro opta por un sistema de gravamen para la compensación por copia privada, aplicable a los equipos, aparatos y materiales de reproducción digital, este gravamen debe ir necesariamente ligado, de acuerdo con la finalidad del artículo 5, apartado 2, letra b), y el contexto de esta norma, al presumible uso de aquellos equipos y materiales para realizar reproducciones beneficiadas por la

excepción de copia privada, de tal modo que la aplicación del gravamen sólo estará justificada cuando presumiblemente los equipos, aparatos y materiales de reproducción digital vayan a ser destinados a realizar copia privada.

4) La aplicación indiscriminada de un canon para la compensación por copia privada, en virtud de una normativa sobre la copia privada, a empresas y profesionales que claramente adquieren los aparatos y soportes de reproducción digital para finalidades ajenas a la copia privada no es conforme con el concepto de «compensación equitativa» en el sentido del artículo 5, apartado 2, letra b), de la Directiva 2001/29.

5) Un sistema nacional que prevé la aplicación indiscriminada de un canon por copia privada a todos los equipos, aparatos y materiales de reproducción digital no es compatible con el artículo 5, apartado 2, letra b), de la Directiva 2001/29, por cuanto dejaría de existir una adecuada correspondencia entre la compensación equitativa y la limitación del derecho por copia privada que la justifica, dado que no puede presumirse que dichos equipos, aparatos y materiales se utilicen para la realización de copias privadas.»

---

1 – Lengua original: alemán.

---

2 – En este sentido, véase Falcón Tella, R., «El llamado "canon por derechos de autor" (Copyright Levy) o compensación equitativa por copia privada (I): antecedentes y configuración en la Ley 23/2006, de 7 julio (RCL 2006, 1386)», *Quincena Fiscal Aranzadi,* nº 15/2006, p. 1, quien hace referencia al avance de los diferentes medios de reproducción. Véase igualmente Ortega Díaz, J.F., «Medidas tecnológicas y derechos de autor», *Noticias de la Unión Europea,* 2008, nº 286, p. 67, quien alude a los retos que han supuesto para la protección de los derechos de autor la invención de, por ejemplo, la fotocopiadora y el casete de música en la década de los ochenta o los ordenadores en la llamada «sociedad de la información».

---

3 – Conforme al Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007 (DO C 306, p. 1), el procedimiento de decisión prejudicial está actualmente regulado en el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

---

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

---

5 – BOE nº 162 de 8 de julio de 2006, p. 25561.

---

6 – BOE nº 148 de 19 de junio de 2008, p. 27842.

---

7 – El Tratado de la OMPI sobre derecho de autor es un arreglo particular internacional, en el sentido del artículo 20 del Convenio de Berna, adoptado en 1996 por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), que establece el marco para la adaptación de las legislaciones nacionales en materia de derechos de autor a las exigencias del entorno de red digital. Está publicado en DO 2000, L 89, p. 8

---

8 – Directiva 2009/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, sobre la protección jurídica de programas de ordenador (DO L 111, p. 16); Directiva 2006/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual (DO L 376, p. 28); Directiva 93/83/CEE del Consejo, de 27 de septiembre de 1993, 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 (DO L 248, p. 15); Directiva 2006/116/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa al plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines (DO L 372, p. 12); Directiva 96/9/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 1996, sobre la protección jurídica de las bases de datos (DO L 77, p. 20), y Directiva 2001/84/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de septiembre de 2001, relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original (DO L 272, p. 32).

---

9 – Véase el quinto considerando.

---

10 – Véase el vigésimo segundo considerando.

---

11 – Véanse entre otros, a modo de ejemplo, los considerandos noveno, decimocuarto y vigésimo tercero de la Directiva, así como el quinto considerando del Tratado de la OMPI sobre derecho de autor, que habla de «la necesidad de mantener un equilibrio entre los derechos de los autores y los intereses del público en general, en particular en la educación, la investigación y el acceso a la información, como se refleja en el Convenio de Berna».

---

12 – Buhrow, A., «Richtlinie zum Urheberrecht in der Informationsgesellschaft», *European Law Reporter,* 2001, vol. 10, p. 313, entiende el artículo 5 de la Directiva 2001/29 como un compromiso político que recoge las diferentes tradiciones jurídicas e interpretaciones. Según la autora, dadas las numerosas disposiciones limitadoras, el alcance efectivo de la armonización sólo podrá determinarse una vez que todos los Estados miembros hayan adaptado su ordenamiento jurídico a la Directiva.

---

13 – Ullrich, J.N., «Clash of Copyrights – Optionale Schranke und zwingender finanzieller Ausgleich im Fall der Privatkopie nach Art. 5 Abs. 2 Buchst. b Richtlinie 2001/29/EG und Dreistufentest», *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht – Internationaler Teil,* 2009, vol. 4, p. 283, indica que la sociedad de la información, tanto en Europa como en el resto del mundo, está expuesta a una pluralidad de normativas nacionales en materia de derechos de autor que difieren, a veces de modo sustancial, en lo relativo a la concepción, configuración y limitación de la protección de los derechos de autor. Según el autor, el mayor reto sigue consistiendo en conciliar las diferencias entre el concepto continental europeo de la protección de los derechos de autor y el copyright anglosajón.

---

14 – Philapitsch, F., *Die digitale Privatkopie,* Graz 2007, p. 85, hace referencia al considerable número de disposiciones limitadoras que se establecieron a lo largo del procedimiento legislativo. Las nueve disposiciones limitadoras previstas inicialmente en la Propuesta de directiva aumentaron a once en la segunda Propuesta modificada y alcanzaron la cifra final de veintidós en la Posición común.

---

15 – Según Metzger, A./Kreutzer, T., «Richtlinie zum Urheberrecht in der Informationsgesellschaft – Privatkopie trotz technischer Schutzmaßnahmen?», *Multimedia und Recht,* 2002, vol. 3, p. 139, la Directiva deja a los Estados miembros considerables márgenes de actuación en la adaptación de su Derecho interno. Considera

que el motivo es que no se llegó a un acuerdo con respecto a cuestiones básicas de una futura normativa sobre derechos de autor a escala comunitaria. En opinión de Guntrum, S., *Zur Zukunft der Privatkopie in der Informationsgesellschaft,* Hamburg 2007, p. 126, el carácter y tenor facultativos de la limitación europea por copia privada, así como los correspondientes considerandos de la exposición de motivos, abogan a favor de una amplia posibilidad de configuración en el ámbito de la limitación por copia privada.

---

16 – En este sentido, Guntrum, S., *op. cit.* en la nota 15, pp. 118 y 125; Plaza Penadés, J., «Propiedad intelectual y sociedad de la información», *Contratación y nuevas tecnologías,* Madrid 2005, p. 147; Bercovitz Rodríguez-Cano, R., «El canon de copia privada: escaramuza sobre el fuero», *Aranzadi Civil,* nº 14/2009, p. 1, y Hugenholtz, B./Guibault, L./van Geffen, S., «The Future of Levies in a Digital Environment», 2003, disponible en Internet (http://www.ivir.nl/publications/other/DRM&levies-report.pdf), p. 32, señalan que la Directiva 2001/29 no impone a los Estados miembros ninguna obligación de establecer una excepción de copia privada, por lo que el legislador nacional tiene libertad para prohibir completamente las copias privadas o permitirlas sólo parcialmente.

---

17 – Véase la sentencia de 23 de noviembre de 1977, Enka (38/77, Rec. p. 2203), apartado 20.

---

18 – Véanse Middeke, A., *Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union,* 2ª ed., Múnich 2003, p. 226, marginal 38, y la sentencia de 12 de julio de 1979, Union laitière normande (244/78, Rec. p. 2663), apartado 5.

---

19 – Véanse, entre otras, las sentencias de 18 de octubre de 1990, Dzodzi (C-297/88 y C-197/89, Rec. p. I-3763), apartados 33 y 34; de 8 de noviembre de 1990, Gmurzynska-Bscher (C-231/89, Rec. p. I-4003), apartados 18 y 19; de 17 de julio de 1997, Leur-Bloem (C-28/95, Rec. p. I-4161), apartado 24; de 29 de enero de 2008, Promusicae (C-275/06, Rec. p. I-271), apartado 36, y de 12 de febrero de 2008, Kempter (C-2/06, Rec. p. I-411), apartado 42.

---

20 – Véanse, entre otras, las sentencias de 13 de marzo de 2001, PreussenElektra (C-379/98, Rec. p. I-2099), apartado 38; de 22 de mayo de 2003, Korhonen y otros (C-18/01, Rec. p. I-5321), apartado 19; de 5 de febrero de 2004, Schneider (C-380/01,

Rec. p. I-1389), apartado 21; de 19 de abril de 2007, Asemfo (C-295/05, Rec. p. I-2999), apartado 30, y de 23 de abril de 2009, VTB-VAB (C-261/07 y C-299/07, aún no publicada en la Recopilación), apartado 32.

---

21 – Véanse, entre otras, las sentencias de 16 de diciembre de 1981, Foglia/Novello (244/80, Rec. p. 3045), apartado 18; de 15 de junio de 1995, Zabala Erasun y otros (C-422/93 a C-424/93, Rec. p. I-1567), apartado 29; de 15 de diciembre de 1995, Bosman (C-415/93, Rec. p. I-4921), apartado 61; de 12 de marzo de 1998, Djabali (C-314/96, Rec. p. I-1149), apartado 19; PreussenElektra (citada en la nota 20), apartado 39; Schneider (citada en la nota 20), apartado 22; de 1 de abril de 2008, Gouvernement de la Communauté française y Gouvernement wallon (C-212/06, Rec. p. I-1683), apartado 29, y VTB-VAB (citada en la nota 20), apartado 33.

---

22 – Véase el auto de remisión, pp. 2 y 13.

---

23 – Véase el preámbulo (punto I, párrafo cuarto) de la Ley 23/2006, de 7 de julio, según el cual los criterios seguidos en la transposición de la Directiva 2001/29 se basaron, preferentemente, en la «fidelidad al texto» de la Directiva y en el principio de «mínima reforma de la actual normativa». Ruiz Zapatero, G., «Naturaleza y límites constitucionales de la compensación equitativa por copia digital privada establecida en la Ley 23/2006 de modificación del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual», *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi,* 2007, vol. 7, opina que la redacción inicial del artículo 25 del TRLPI no podía mantenerse dadas las diferencias conceptuales con la Directiva 2001/29 y que la Ley 23/2006 introdujo las precisiones necesarias de naturaleza eminentemente técnica. Falcón Tella, R., *op. cit.* en la nota 2, p. 4, explica que la modificación del concepto de «remuneración equitativa» del artículo 25 del TRLPI, utilizado hasta ese momento, se efectuó con la intención de seguir la terminología de la Directiva 2001/29.

---

24 – Véanse, en este sentido, las sentencias de 3 de octubre de 2000, Corsten (C-58/98, Rec. p. I-7919), apartado 24, y de 29 de abril de 2004, Orfanopoulos y Oliveri (C-482/01 y C-493/01, Rec. p. I-5257), apartado 42.

---

25 – Véanse las sentencias de 25 de octubre de 2001, Ambulanz Glöckner (C-475/99, Rec. p. I-8089), apartado 10; de 13 de noviembre de 2003, Neri (C-153/02, Rec.

p. I-13555), apartados 34 y 35; de 29 de abril de 2004, Orfanopoulos y Oliveri (citada en la nota 24), apartado 42, y de 21 de abril de 2005, Lindberg (C-267/03, Rec. p. I-3247), apartados 41 y 42.

---

26 – De la jurisprudencia se desprende que el Tribunal de Justicia se esfuerza por dar respuestas útiles a las cuestiones prejudiciales que se le plantean. Véanse las sentencias de 19 de noviembre de 2009, Sturgeon y otros (C-402/07 y C-432/07, Rec. p. I-2119), apartado 28; de 24 de marzo de 2009, Danske Slagterier (C-445/06, aún no publicada en la Recopilación), apartado 29, y de 23 de abril de 1991, Höfner y Elsner (C-41/90, Rec. p. I-1979), apartado 16.

---

27 – Sentencias de 4 de julio de 2006, Adeneler y otros (C-212/04, Rec. p. I-6057), apartado 115, y de 14 de enero de 2010, Plus Warenhandelsgesellschaft (C-304/08, aún no publicada en la Recopilación), apartado 17.

---

28 – Véanse las sentencias de 5 de octubre de 2004, Pfeiffer y otros (C-397/01 a C-403/01, Rec. p. I-8835), apartados 115, 116, 118 y 119, y de 4 de julio de 2006, Adeneler y otros (citada en la nota 27), apartado 111.

---

29 – Véanse, entre otras, las sentencias de 18 de enero de 1984, Ekro (327/82, Rec. p. 107), apartado 11; de 19 de septiembre de 2000, Linster (C-287/98, Rec. p. I-6917), apartado 43; de 9 de noviembre de 2000, Yiadom (C-357/98, Rec. p. I-9265), apartado 26; de 6 de febrero de 2003, SENA (C-245/00, Rec. p. I-1251), apartado 23; de 12 de octubre de 2004, Comisión/Portugal (C-55/02, Rec. p. I-9387), apartado 45; de 27 de enero de 2005, Junk (C-188/03, Rec. p. I-885), apartados 27 a 30, y de 7 de diciembre de 2006, SGAE (C-306/05, Rec. p. I-11519), apartado 31.

---

30 – Véase la sentencia Ekro (citada en la nota 29), apartado 14.

---

31 – Véanse al respecto mis conclusiones de 3 de mayo de 2007 en el asunto Zefeser (C-62/06, Rec. p. I-11995), puntos 32 y 33.

---

32 – Así opina Riesenhuber, K., *Europäische Methodenlehre,* Berlín 2006, p. 247, marginal 7.

---

33 – Véanse las sentencias de 7 de julio de 1992, Micheletti y otros (C-369/90, Rec. p. I-4239), apartados 10 a 15, en relación con el concepto de «nacionalidad», y de 6 de octubre de 1976, Tessili (12/76, Rec. p. 1473), apartado 14, en relación con el concepto de «lugar de cumplimiento» en el marco del Convenio de 27 de septiembre de 1968 relativo a la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

---

34 – Véase la sentencia de 11 de julio de 1985, Danmols Inventar (105/84, Rec. p. 2639), apartados 22 a 27, en relación con el concepto de «trabajador» en el sentido de la Directiva 77/187/CEE del Consejo, de 14 de febrero de 1977, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad (DO L 61, p. 26; EE 05/02, p. 122).

---

35 – Véanse, entre otras, las sentencias de 19 de septiembre de 2000, Alemania/Comisión (C-156/98, Rec. p. I-6857), apartado 50; de 6 de julio de 2006, Comisión/Portugal (C-53/05, Rec. p. I-6215), apartado 20, y SGAE (citada en la nota 29), apartado 34.

---

36 – Véanse las observaciones del Gobierno del Reino Unido, punto 16.

---

37 – En opinión de Riesenhuber, K., *op. cit.* en la nota 32, p. 246, marginal 6, una aproximación de las legislaciones significa la creación de un concepto comunitario autónomo. Quien quiere aproximar, tiene que crear *un* baremo. Si se efectúan remisiones dinámicas a la interpretación nacional actual, el Derecho comunitario renuncia a su autonomía, mientras que si se hace una referencia estática a la situación inicial, se petrifica. Rott, P., «What is the Role of the ECJ in EC Private Law?», *Hanse Law Review,* nº 1/2005, p. 8, considera que el principio de interpretación autónoma genera dificultades en los supuestos en que el Derecho comunitario emplea cláusulas generales. El autor se muestra estrictamente contrario a conferir a los Estados miembros libertad para interpretar por su cuenta este concepto, señalando que ello es inaceptable si la Comunidad pretende una armonización de la normativa nacional en virtud, por

ejemplo, del artículo 95 CE. El empleo de cláusulas generales es una técnica normativa habitual en el ordenamiento jurídico continental europeo, que procede aplicar cuando resulta imposible definir *a priori* determinados criterios de aplicación. Ahora bien, ello no puede tener por objetivo limitar el influjo del Derecho comunitario en los ordenamientos jurídicos nacionales.

---

38 – Sentencia citada en la nota 29.

---

39 – DO L 346, p. 61.

---

40 – Sentencia SENA (citada en la nota 29), apartado 21.

---

41 – Ídem, apartados 7, 25 y 34.

---

42 – Ídem, apartado 32.

---

43 – Ídem, apartado 34.

---

44 – Ídem, apartado 36.

---

45 – Ídem, apartado 38.

---

46 – Véase la Posición común (CE) nº 48/2000, de 28 de septiembre de 2000, aprobada por el Consejo de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 251 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, con vistas a la adopción de una Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 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 C 344, p. 1), decimonoveno considerando.

---

47 – Según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, los textos de Derecho comunitario deben interpretarse, en la medida de lo posible, a la luz del Derecho internacional, en particular cuando dichos textos tengan por objeto precisamente la aplicación de un acuerdo internacional celebrado por la Comunidad (véanse, entre otras, las sentencias de 10 de septiembre de 1996, Comisión/Alemania, C-61/94, Rec. p. I-3989, apartado 52; de 14 de julio de 1998, Bettati, C-341/95, Rec. p. I-4355, apartado 20, y SGAE, citada en la nota 29, apartado 35). Algunos convenios internacionales sobre derechos de autor prevén la posibilidad de que los Estados firmantes establezcan en determinados casos concretos limitaciones o excepciones a los derechos reconocidos a los autores de obras, por ejemplo el Convenio de Berna enmendado (artículo 9), el Tratado de la OMPI sobre derecho de autor (artículo 10) y el Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio (ADPIC) (artículo 13). No obstante, no contienen ningún concepto que coincida exactamente con el de «compensación equitativa» en el sentido del artículo 5, apartado 2, letra b), de la Directiva 2001/29.

---

48 – Véanse los artículos 11 *bis,* apartado 2, y 13, apartado 1, del Convenio de Berna enmendado.

---

49 – Así opina igualmente Carbajo Cascón, F., «Copia privada y compensación equitativa», *Noticias de la Unión Europea,* nº 286/2008, pp. 34 y 35.

50? – NdT: en la versión alemana de la Directiva 2001/29, en la que se basan las conclusiones, el concepto del artículo 5, apartado 2, letra b), es «gerechter Ausgleich», literalmente «compensación justa».

---

51 – Véase Aristóteles, *Ética a Nicómaco,* Libro quinto, Capítulo séptimo – Justicia conmutativa, 322 a.C., 1132b. A su tenor: «Lo dicho ha de tenerse en cuenta aún en otro aspecto, en las prestaciones de las distintas artes. Estarían acabadas si el artista no crease activamente un producto que pudiera valorarse cuantitativa y cualitativamente y por el que no hubiera de incurrirse en una retribución equivalente tanto cuantitativa

como cualitativamente». (Traducción al castellano a partir de la traducción al alemán de Eugen Rolfes, editada por Günther Bien, 4ª ed., Hamburgo 1985, p. 110).

---

52 – Este aforismo de Derecho romano significa que quien obtiene provecho de un bien, también ha de cargar con los inconvenientes. Según alega el Gobierno español, el sistema de compensación español está basado en este principio.

---

53 – El artículo 8, apartado 2, de la Directiva 92/100 dispone lo siguiente: «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».

---

54 – Esta es la premisa de la que parte Falcón Tella, R., «El llamado "canon por derechos de autor" (Copyright Levy) o compensación equitativa por copia privada (II): antecedentes y configuración en la Ley 23/2006, de 7 julio (RCL 2006, 1386)», *Quincena Fiscal Aranzadi,* nº 17/2006, p. 1, al referirse al sentido y finalidad del canon, que consisten, en su opinión, en hacer participar a los distribuidores comerciales –y a través de ellos a los compradores– de equipos y soportes de reproducción digital en la retribución del derecho de copia privada. Véase igualmente Carbajo Cascón, F., *op. cit.* en la nota 49, p. 26, quien indica que los fabricantes, importadores y distribuidores obligados al pago suelen repercutir el coste de la remuneración en el precio de venta al público, consiguiendo así una balanza entre los titulares de derechos y los intereses del público. En sentido similar, véase también Bercovitz Rodríguez-Cano, R., «Compensación equitativa por copia privada», *Aranzadi Civil,* nº 16/2007, p. 2, así como, del mismo autor, *op. cit.* en la nota 16, p. 1.

---

55 – Véanse las observaciones del Gobierno alemán, p. 11, punto 26.

---

56 – En este sentido, véase Carbajo Cascón, F., *op. cit.* en la nota 49, p. 31, según el cual la reproducción de prestaciones protegidas ilegales (por ejemplo, en el ámbito de la piratería musical online) no quedan amparadas por el límite de copia privada del artículo 31, apartado 2, del TRLPI. A estos efectos, se remite al tenor unívoco de dicho precepto («[…] a partir de obras a las que haya accedido *legalmente* […]»).

---

57 – Philapitsch, F., *op. cit.* en la nota 14, p. 91, defiende la opinión de que la «compensación equitativa» del artículo 5, apartado 2, letra b), de la Directiva 2001/29 sólo está prevista para la reproducción privada legítima, tal y como se describe en la Directiva. El perjuicio causado por copias ilegales, en sentido amplio, no puede compensarse por esta vía y, por consiguiente, no constituye un criterio admisible para establecer el sistema de retribución.

---

58 – En este sentido, Hugenholtz, B./Guibault, L./van Geffen, S., *op. cit.* en la nota 16, p. 32, consideran que los actos de reproducción que van más allá del uso privado (por ejemplo, piratería musical) no están incluidos en el ámbito de aplicación de esta excepción.

---

59 – Philapitsch, F., *op. cit.* en la nota 14, p. 90, se refiere a una «retribución por reproducción» en relación con la excepción prevista en el artículo 5, apartado 2, letra b), de la Directiva 2001/29. Carbajo Cascón, F., *op. cit.* en la nota 49, p. 26, se refiere a un «concepto retributivo» en relación con las copias privadas.

60?? – NdT: en la versión alemana de la Directiva, el décimo considerando dice «angemessene Vergütung», literalmente «retribución adecuada».

61??? – NdT: en la versión alemana de la Directiva, el trigésimo quinto considerando dice «[…] damit ihnen […] angemessen vergütet wird», literalmente «para retribuirles adecuadamente».

---

62 – Conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el derecho de propiedad, del que forma parte el derecho de propiedad intelectual, es un derecho fundamental protegido por el ordenamiento jurídico comunitario en calidad de principio general del Derecho comunitario (véanse en este sentido las sentencias de 12 de septiembre de 2006, Laserdisken, C-479/04, Rec. p. I-8089, apartado 65, y Promusicae, citada en la nota 19, apartado 62. También el noveno considerando de la Directiva 2001/29 señala que la propiedad intelectual ha sido reconocida como una parte integrante del derecho de propiedad.

---

63 – En este sentido, véase Ullrich, J.N., *op. cit.* en la nota 13, p. 291. El autor explica que, al citar el criterio del «daño», el legislador comunitario quiso tener en cuenta la tradición jurídica anglosajona, que atribuye un papel esencial al daño causado mediante la copia privada a efectos de decidir acerca del importe de la compensación económica. En cambio, dado que en el Derecho de autor continental europeo el daño carece de relevancia a efectos de fijar una retribución adecuada, el legislador comunitario optó por unificar ambas tradiciones jurídicas. En este sentido, la Directiva permite utilizar el daño o perjuicio como criterio orientativo, sin ser un criterio vinculante. Según el autor, hay un aspecto que el trigésimo quinto considerando establece con carácter vinculante general: en el supuesto de que, debido a la copia privada objeto de excepción, el titular del derecho sufra un perjuicio que supere el límite de lo mínimo, procederá con arreglo a todas las tradiciones jurídicas acordarle una compensación económica.

---

64 – Véase el punto 35 de las conclusiones del Abogado General Tizzano de 26 de septiembre de 2002 presentadas en el asunto SENA, citado en la nota 29.

---

65 – También Lehmann, M., en: *Handbuch des Urheberrechts* (editado por Ulrich Loewenheim), 1ª ed., Múnich 2003, p. 878, marginal 46, parte de la base de que los Estados miembros tienen un amplia libertad para decidir cómo calcular y organizar concretamente la «compensación equitativa» en el sentido del artículo 5, apartado 2, letra b), de la Directiva 2001/29.

---

66 – Véase Dreier, T., «Die Umsetzung der Urheberrechtsrichtlinie 2001/29/EG in deutsches Recht», *Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht*, 2002, p. 28, conforme a quien la Directiva 2001/29, por su naturaleza, sólo es obligatoria en cuanto al resultado que debe conseguirse, dejando a los Estados miembros libertad para la elección de la forma y de los medios. En este contexto, el autor llega a la conclusión de que el margen de actuación que la Directiva otorga al legislador nacional es a veces considerable, a cuyos efectos recuerda que 20 de las 21 disposiciones limitadoras son facultativas. Carbajo Cascón, F., *op. cit.* en la nota 49, p. 27, lamenta la falta de concreción de las reglas comunitarias, lo cual, en su opinión, contraría el objetivo armonizador de toda directiva. Ullrich, J.N., *op. cit.* en la nota 13, p. 291, considera que el legislador comunitario redactó el artículo 5, apartado 2, letra b), de la Directiva 2001/29 después de haber inventariado minuciosamente las correspondientes normativas de los Estados miembros. En su opinión, el legislador comunitario observó que, allá donde se había previsto una compensación, las tradiciones jurídicas de todos los Estados miembros coincidían en configurarla como una compensación económica que sólo difería en

cuanto a la forma, las modalidades y la cuantía. Así pues, el legislador comunitario quiso fijar este mínimo común denominador en el artículo 5, apartado 2, letra b), dejando que la forma y modalidades del pago continuasen reguladas por los Estados miembros. El autor apoya su argumentación en la segunda frase del trigésimo quinto considerando.

---

67 – El concepto de «Ziel» [finalidad u objetivo] en la versión alemana del artículo 249 CE, párrafo tercero, es interpretado por la propia doctrina alemana en el sentido de «Ergebnis» [resultado] impuesto por la Directiva. Esta interpretación se apoya en la redacción de otras versiones lingüísticas («résultat», «result», «resultado», «risultato», «resultaat»). Por consiguiente, los Estados miembros deben establecer el régimen jurídico determinado por la Directiva (véanse al respecto Schroeder, W., en: *EUV/EGV – Kommentar,* editado por Rudolf Streinz, Múnich 2003, Art. 249 EGV, marginal 77, p. 2178, y Biervert, B., *EU-Kommentar,* editado por Jürgen Schwarze, Baden-Baden 2000, Art. 249 EGV, marginal 25, p. 2089). Por este motivo, la doctrina ha adoptado el concepto francés de «obligation de résultat» (véase Lenaerts, K./Van Nuffel, P., *Constitutional Law of the European Union,* 2ª ed., Londres 2006, marginales 17 a 123, p. 768).

---

68 – En opinión de Häuser, M., «Pauschalvergütung und digitale Privatkopie», *Computer und Recht,* 2004, p. 830, la Directiva establece de un modo inequívoco que el legislador nacional, en el supuesto de optar por la copia privada, tiene la obligación de proporcionar a los titulares de derechos una compensación equitativa. Según el autor, ello demuestra que la limitación por copia privada y el sistema de retribución obligatoria son las dos caras de una misma moneda, por lo que resultan inseparables.

---

69 – Véanse, entre otras, las sentencias de 15 de julio de 1964, Costa (6/64, Rec. pp. 1141 y ss., especialmente p. 1268); Enka (citada en la nota 17), apartado 22; de 15 de diciembre de 1993, Hünermund (C-292/92, Rec. p. I-6787), apartado 8; de 29 de noviembre de 2001, De Coster (C-17/00, Rec. p. I-9445), apartado 23, y de 16 de enero de 2003, Pansard y otros (C-265/01, Rec. p. I-683), apartado 18.

---

70 – Véase el punto 80 de las presentes conclusiones.

---

71 – Sentencia citada en la nota 29.

---

72 – Ídem, apartados 37, 38, 43 y 44.

---

73 – Ídem, apartado 43.

---

74 – Véase el punto 67 de las conclusiones de 13 de julio de 2006, que se remite a su vez a la argumentación expuesta por el Abogado General La Pergola en sus conclusiones de 9 de septiembre de 1999 presentadas en el asunto Egeda (sentencia de 3 de febrero de 2000, C-293/98, Rec. I-629), punto 22, quien explicó lo siguiente: «[La] alegación [según la cual la existencia de una comunicación al público queda excluida por el hecho de que la recepción efectiva de la obra radiodifundida depende de un acto individual del huésped] es incompatible con uno de los principios fundamentales del derecho de autor: aquél según el cual el titular del derecho es remunerado no por el disfrute efectivo de la obra, sino por la simple posibilidad jurídica de dicho disfrute. Piénsese, por ejemplo, en el editor, que debe pagar al autor los derechos de autor convenidos por los ejemplares vendidos de una novela, independientemente de si los mismos son efectivamente leídos por sus compradores o no. De un modo totalmente análogo, un hotel que procede a la distribución interna por cable –de forma simultánea, íntegra e inalterada– de una emisión primaria transmitida vía satélite no puede negarse a abonar al autor la remuneración que le corresponde alegando que la obra radiodifundida no ha sido recibida efectivamente por los potenciales telespectadores que tienen acceso a los receptores de televisión instalados en las diferentes habitaciones».

---

75 – Véase al respecto el informe de la Comisión «Fair compensation for acts of private copying» de 14 de febrero de 2008, disponible en Internet (http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/levy_reform/background_en.pdf), que define el canon por copia privada como una especie de indemnización a favor del titular de derechos basada en la consideración de que, por razones prácticas, no se puede otorgar un permiso para el acto de realizar una copia privada, por lo que dicho acto inflige un perjuicio económico al titular de derechos. Asimismo se argumenta que los Estados miembros han introducido el sistema de gravamen por copia privada porque no es posible controlar efectivamente y, en su caso, autorizar la reproducción de obras para uso privado.

---

76 – Véase en este sentido Geerlings, J., «Das Urheberrecht in der Informationsgesellschaft und pauschale Geräteabgaben im Lichte verfassungs- und

europarechtlicher Vorgaben», *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht,* 2004, vol. 3, p. 208, quien analiza el sistema de gravamen a tanto alzado vigente en Alemania desde 1965 –artículo 53, apartado 5, de la Urheberrechtsgesetz (Ley de derechos de autor) en su versión anterior y artículos 54 y 54a de la misma Ley en su versión actual–, sistema que, en este aspecto, presenta semejanzas con el sistema español. El sistema alemán se basa igualmente en la consideración de que en la práctica no puede imponerse un gravamen directamente al usuario, y ello da lugar a que el gravamen no se devengue por el acto de la reproducción, sino por la enajenación de aparatos que permiten la realización de copias privadas.

---

77 – Véase el punto 76 de las presentes conclusiones.

---

78 – Véanse las observaciones del Gobierno español, p. 19, punto 44.

---

79 – Véase Bercovitz Rodríguez-Cano, R., *op. cit.* en la nota 16, p. 2, en cuya opinión el artículo 25 del TRLPI parte, para la imposición del canon, de la presunción *iuris tantum* de que los aparatos o soportes adquiridos se destinan a la realización de copias privadas.

---

80 – La Comisión parte de la misma base en su informe «Fair compensation for acts of private copying» de 14 de febrero de 2008 (citado en la nota 72), p. 12, punto 42, remitiéndose a las declaraciones de varias entidades de gestión colectiva.

---

81 – El trigésimo quinto considerando dice: «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». [NdT: En la versión alemana, dicho considerando dice «deberían» (sollten) en vez de «deben»].

---

82 – Véase Plaza Penadés, J., *op. cit.* en la nota 16, p. 152, en cuya opinión lo dispuesto en el artículo 5, apartado 2, letra b), de la Directiva 2001/29 no incluye las copias realizadas por una persona física para su uso por una persona jurídica (de Derecho público o de Derecho privado), en la medida en que ello implica el uso de la copia por una pluralidad de personas. En cambio, el autor parece defender la postura de que una persona jurídica también puede beneficiarse de la normativa sobre la copia privada,

siempre y cuando la copia se utilice exclusivamente para el uso privado de la persona jurídica.

---

83 – Véase Plaza Penadés, J., *op. cit.* en la nota 16, p. 152, quien considera que el uso de la copia en cuestión por una persona jurídica para fines comerciales no está incluido en el ámbito de aplicación del artículo 5, apartado 2, letra b), de la Directiva 2001/29.

---

84 – Véase en este contexto la respuesta del Comisario responsable de Mercado Interior y Servicios McCreevy de 19 de septiembre de 2007 a la pregunta escrita del diputado del Parlamento Europeo Romeva i Rueda de 5 de junio de 2007 sobre aplicación del canon digital en España (E-2864/07). En su respuesta, el Comisario Europeo puso de manifiesto la opinión de la Comisión, según la cual sólo deben gravarse con cánones los soportes y equipos que puedan utilizarse, y que efectivamente se utilicen en medida apreciable, para hacer copias realmente destinadas a uso privado. La Comisión considera asimismo que los equipos utilizados con fines comerciales (por ejemplo, en empresas o en Administraciones Públicas) no deberían gravarse con cánones, pues ello supone ir claramente más allá de la necesaria compensación por actos autorizados (es decir, la copia privada), con arreglo a lo dispuesto en la Directiva.

---

85 – En este sentido, véase Herrnfeld, H.-H., *EU-Kommentar* (editado por Jürgen Schwarze), 2ª ed., Baden-Baden 2009, Art. 94, p. 1127, marginal 42.

---

86 – Véanse las sentencias de 22 de junio de 1993, Gallagher (C-11/92, Rec. p. I-3545), apartados 11 y ss., y de 5 de octubre de 1994, Centre d'insémination de la Crespelle (C-323/93, Rec. p. I-5077), apartados 33 y ss.

---

87 – Véanse los puntos 75 a 78 de las presentes conclusiones.

---

88 – Un canon que no estuviese vinculado a la compensación por copia privada en el sentido del artículo 5, apartado 2, letra b), de la Directiva 2001/29 y que, presumiblemente, no se encontrara incluido en el ámbito de aplicación de la Directiva 2001/29 no afectaría a la competencia normativa de los Estados miembros, sin perjuicio de las demás limitaciones establecidas por el Derecho comunitario (véase la sentencia

de 4 de junio de 2009, Moteurs Leroy Somer, C-285/08, aún no publicada en la Recopilación, apartado 31).

---

89 – Véase el punto 94 de las presentes conclusiones.

20 May 2010

(Regulation (EC) No 44/2001 – Action brought by an insurer before the court of its place of domicile seeking the payment of an insurance premium by the policyholder, domiciled in a different Member State – Appearance of the defendant entered before the court seised – Jurisdiction not contested and defence as to substance – Entering an appearance conferring jurisdiction)

In Case C-111/09,

REFERENCE for a preliminary ruling under Articles 68 EC and 234 EC from the Okresní soud v Chebu (Czech Republic), made by decision of 3 February 2009 and received at the Court on 23 March 2009, in the proceedings

Česká podnikatelská pojišťovna as, Vienna Insurance Group

v

Michal Bilas,

THE COURT (Fourth Chamber),

composed of J.-C. Bonichot, President of the Chamber, C. Toader (Rapporteur), K. Schiemann, P. Kūris and L. Bay Larsen, Judges,

Advocate General: J. Mazák,

Registrar: R. Grass,

having regard to the written procedure,

after considering the observations submitted on behalf of:

– the Czech Government, by M. Smolek, acting as Agent,

– the German Government, by M. Lumma, acting as Agent,

– the Slovak Government, by B. Ricziová, acting as Agent,

– the Commission of the European Communities, by A.-M. Rouchaud-Joët and M. Šimerdová, acting as Agents,

having decided, after hearing the Advocate General, to proceed to judgment without an Opinion,

gives the following

Judgment

1 This reference for a preliminary ruling concerns the interpretation of Articles 24 and 26 of Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (OJ 2001 L 12, p. 1).

2 The reference was submitted in the course of proceedings between Česká podnikatelská pojišťovna as, Vienna Insurance Group ('ČPP'), an insurance company established in the Czech Republic, and Mr Bilas, a policyholder domiciled in Slovakia, regarding the payment of an insurance premium.

Legal context

3 The rules of jurisdiction in matters relating to insurance are laid down in Chapter II, Section 3, of Regulation No 44/2001, which comprises Articles 8 to 14 of that regulation.

4 Article 8 of that regulation provides:

'In matters relating to insurance, jurisdiction shall be determined by this Section, without prejudice to Article 4 and point 5 of Article 5.'

5 Article 12(1) of that regulation provides:

'Without prejudice to Article 11(3), an insurer may bring proceedings only in the courts of the Member State in which the defendant is domiciled, irrespective of whether he is the policyholder, the insured or a beneficiary.'

6 Article 13 of that regulation provides:

'The provisions of this Section may be departed from only by an agreement:

(1) which is entered into after the dispute has arisen, or

…'

7 Article 22 of Section 6 of Chapter II of Regulation No 44/2001 sets out rules on 'Exclusive jurisdiction'.

8 Article 24 of that regulation, contained in Section 7, entitled 'Prorogation of jurisdiction', of Chapter II, provides:

'Apart from jurisdiction derived from other provisions of this Regulation, a court of a Member State before which a defendant enters an appearance shall have jurisdiction. This rule shall not apply where appearance was entered to contest the jurisdiction, or where another court has exclusive jurisdiction by virtue of Article 22.'

9 Section 8, entitled 'Examination as to jurisdiction and admissibility', of Chapter II of Regulation No 44/2001 includes Articles 25 and 26.

10 Article 25 of that regulation provides:

'Where a court of a Member State is seised of a claim which is principally concerned with a matter over which the courts of another Member State have exclusive jurisdiction by virtue of Article 22, it shall declare of its own motion that it has no jurisdiction.'

11 Article 26(1) of that regulation states:

'Where a defendant domiciled in one Member State is sued in a court of another Member State and does not enter an appearance, the court shall declare of its own motion that it has no jurisdiction unless its jurisdiction is derived from the provisions of this Regulation.'

12 Article 35 of Regulation No 44/2001, included in Chapter III, entitled 'Recognition and Enforcement', under Section I, itself entitled 'Recognition', reads as follows:

'1. Moreover, a judgment shall not be recognised if it conflicts with Sections 3, 4 or 6 of Chapter II, or in a case provided for in Article 72.

...

3. Subject to the [provisions of] paragraph 1, the jurisdiction of the court of the Member State of origin may not be reviewed. The test of public policy referred to in point 1 of Article 34 may not be applied to the rules relating to jurisdiction.'

The dispute in the main proceedings and the questions referred for a preliminary ruling

13 On 14 April 2008, ČPP brought an action against Mr Bilas before the referring court seeking an order for the payment by the latter of the sum of CZK 1 755, plus default interest, as the premium due under an insurance policy concluded between those parties on 30 May 2002.

14 Having been called on by the Okresní soud v Chebu (Cheb District Court) to submit his observations, Mr Bilas challenged ČPP's claim as to its substance without contesting the jurisdiction of the court seised.

15 In its order for reference, the Okresní soud v Chebu observes that it follows from Regulation No 44/2001 that, where its jurisdiction has not been contested, that court cannot conduct an examination as to its own jurisdiction since the dispute does not fall within the situations provided for in Articles 25 and 26 of that regulation.

16 It also observes that, if it rules on the substance without examining its jurisdiction, its judgment cannot be recognised for the purpose of Article 35 of Regulation No 44/2001. That provision does not allow the recognition in a Member State of a judgment which has not been given by a court with jurisdiction for the purposes of the provisions of Sections 3, 4 and 6 of Chapter II of that regulation. According to the Okresní soud v Chebu, in so far as it was seised in breach of Article 12(1) of that regulation, it will not be possible for its judgment to be recognised in another Member State.

17 The referring court is accordingly uncertain as to whether that conclusion is correct. It observes that either it should have the possibility to examine its jurisdiction irrespective of Article 26 of Regulation No 44/2001, or it should be able to apply Article 24 of that regulation to its jurisdiction, even though Article 8 of that regulation does not expressly provide for the possibility to apply that provision.

18 Having regard to those considerations, the Okresní soud v Chebu decided to stay the proceedings and to refer the following questions to the Court for a preliminary ruling:

'(1) Should Article 26 of … Regulation … No 44/2001 … be interpreted as not authorising a court to review its international jurisdiction where the defendant participates in the proceedings, even when the case is subject to the rules on compulsory jurisdiction under Section 3 [of Chapter II] of the Regulation and the application is brought contrary to those rules?

(2) Can the defendant, by the fact that he participates in the proceedings, establish the international jurisdiction of the court within the meaning of Article 24 of … Regulation [No 44/2001] even where the proceedings are otherwise subject to the rules of compulsory jurisdiction in Section 3 [of Chapter II] of the Regulation and the application is brought contrary to those rules?

(3) If the answer to question (2) is in the negative, may the fact that the defendant participates in the proceedings before a court which otherwise under the Regulation does not have jurisdiction in a case concerning insurance be regarded as an agreement on jurisdiction within the meaning of Article 13(1) of the Regulation?'

On the questions referred

The second question

19 By its second question, the referring court essentially inquires whether Article 24 of Regulation No 44/2001 must be interpreted as meaning that the court seised, where the rules in Section 3 of Chapter II of that regulation are not complied with, has jurisdiction where the defendant enters an appearance and does not contest the court's jurisdiction.

20 That question concerns whether, even for disputes to which the rules of special jurisdiction provided for by Regulation No 44/2001 apply, such as those contained in Section 3 of Chapter II of that regulation in matters relating to insurance, the entering of an appearance by the defendant, who does not contest the jurisdiction of the court seised, amounts to a tacit prorogation of jurisdiction.

21 In this connection, it must be observed that the first sentence of Article 24 of Regulation No 44/2001 provides for a rule of jurisdiction based on the entering of an appearance by the defendant in respect of all disputes where the jurisdiction of the court seised is not derived from other provisions of that regulation. That provision applies also in cases where the court has been seised in breach of the provisions of that regulation and implies that the entering of an appearance by the defendant may be considered to be a tacit acceptance of the jurisdiction of the court seised and thus a prorogation of that court's jurisdiction.

22 The second sentence of Article 24 of Regulation No 44/2001 provides for exceptions to that general rule. It determines that there is no tacit prorogation of jurisdiction of the court seised where the defendant contests the jurisdiction, thereby expressing his intention not to accept that court's jurisdiction, or where the dispute is one in respect of which Article 22 of that regulation provides for rules on exclusive jurisdiction.

23 That second sentence contains a rule which delimits the scope of the general rule. Consequently, as has been observed by the Czech, German and Slovak Governments, and by the Commission of the European Communities, it must be regarded as an exception and must be interpreted restrictively.

24 It follows that the second sentence of Article 24 of Regulation No 44/2001 cannot be understood as enabling the application of the general rule set out in the first sentence of that article to be excluded in respect of disputes other than those to which it expressly refers.

25 According to the case-law relating to Article 18 of the Convention of 27 September 1968 on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters (OJ 1978 L 304, p. 36), a provision essentially identical to Article

24 of Regulation No 44/2001, in the situations which are not expressly included in the exceptions provided for in the second sentence of Article 18, the general rule on the tacit prorogation of jurisdiction applies. Ruling in proceedings where the parties had concluded an agreement on jurisdiction, the Court stated that neither the general scheme nor the objectives of that convention provide grounds for the view that the parties are prevented from submitting their dispute to a court other than that stipulated in the agreement (see Case 150/80 *Elefanten Schuh* [1981] ECR 1671, paragraph 10, and Case 48/84 *Spitzley* [1985] ECR 787, paragraphs 24 and 25).

26 Accordingly, since the rules on jurisdiction set out in Section 3 of Chapter II of Regulation No 44/2001 are not rules on exclusive jurisdiction, the court seised, where those rules are not complied with, must declare itself to have jurisdiction where the defendant enters an appearance and does not contest that court's jurisdiction.

27 In its order for reference, the Okresní soud v Chebu inquires whether, by declaring itself to have jurisdiction on the basis of Article 24 of Regulation No 44/2001, where, however, the rules of Section 3 of Chapter II of that regulation were not complied with, its judgment might not be recognised, in accordance with Article 35(1) of that regulation.

28 In this connection, Article 35 provides that a basis for non-recognition is conflict with the rules on special jurisdiction, in particular those on matters relating to insurance, whose aim is to ensure stronger protection of the weaker party.

29 That provision concerns non-recognition of judgments given by a court without jurisdiction which has not been seised in accordance with those rules. It is therefore not applicable where the judgment is given by a court with jurisdiction. That is true, inter alia, of a court seised, even though those rules on special jurisdiction are not complied with, before which the defendant enters an appearance and does not contest that court's jurisdiction. Such a court in fact has jurisdiction on the basis of Article 24 of Regulation No 44/2001. Therefore, Article 35 of that regulation does not prevent the recognition of the judgment given by that court.

30 Accordingly, although in the fields concerned by Sections 3 to 5 of Chapter II of that regulation the aim of the rules on jurisdiction is to offer the weaker party stronger protection (see, in that regard, Case C-463/06 *FBTO Schadeverzekeringen* [2007] ECR I-11321, paragraph 28), the jurisdiction determined by those sections cannot be imposed on that party. If that party deliberately decides to enter an appearance, Regulation No 44/2001 leaves him the option to defend himself as to substance before a court other than those determined on the basis of those sections.

31 The Czech and Slovak Governments pointed out in their observations that, in order to treat the entering of an appearance by the defendant as amounting to the prorogation of jurisdiction in a dispute such as that in the main proceedings, the defendant, the weaker party, should be put in a position to be fully aware of the effects

of his defence as to substance. The court seised should therefore ascertain of its own motion, in the interest of the protection of the weaker party, whether that party's manifestation of intention is in fact deliberate and designed to give that court jurisdiction.

32 Such an obligation could not be imposed other than by the introduction into Regulation No 44/2001 of an express rule to that effect. However, it is always open to the court seised to ensure, having regard to the objective of the rules on jurisdiction resulting from Sections 3 to 5 of Chapter II of that regulation, which is to offer stronger protection of the party considered to be the weaker party, that the defendant being sued before it in those circumstances is fully aware of the consequences of his agreement to enter an appearance.

33 It is apparent from the foregoing that the answer to the second question is that Article 24 of Regulation No 44/2001 must be interpreted as meaning that the court seised, where the rules in Section 3 of Chapter II of that regulation were not complied with, must declare itself to have jurisdiction where the defendant enters an appearance and does not contest that court's jurisdiction, since entering an appearance in that way amounts to a tacit prorogation of jurisdiction.

On the first and third questions

34 In the light of the affirmative answer given to the second question, there is no need for the Court to consider the third question, since it was put by the referring court only in case the second question should be answered in the negative.

35 As regards the first question, concerning the interpretation of Article 26(1) of Regulation No 44/2001, it is sufficient to state that, since it follows from the answer given by the Court to the second question that the referring court must, in the present case, declare that it has jurisdiction under that regulation, an examination of the provision, which, in accordance with its actual wording, may be applied only where the court's jurisdiction is not derived from the provisions of the regulation, would be irrelevant.

Costs

36 Since these proceedings are, for the parties to the main proceedings, a step in the action pending before the national court, the decision on costs is a matter for that court. Costs incurred in submitting observations to the Court, other than the costs of those parties, are not recoverable.

On those grounds, the Court (Fourth Chamber) hereby rules:

Article 24 of Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and

commercial matters must be interpreted as meaning that the court seised, where the rules in Section 3 of Chapter II of that regulation were not complied with, must declare itself to have jurisdiction where the defendant enters an appearance and does not contest that court's jurisdiction, since entering an appearance in that way amounts to a tacit prorogation of jurisdiction.

[Signatures]

---

* Language of the case: Czech.