Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. MACIEJ SZPUNAR
presentadas el 25 de mayo de 2023 [1]

Asunto C-10/22

Liberi editori e autori (LEA)
contra
Jamendo SA

[Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunale ordinario di Roma (Tribunal Ordinario de Roma, Italia)]

«Procedimiento prejudicial — Directiva 2014/26/UE — Gestión colectiva de los derechos de autor y derechos afines — Entidades de gestión colectiva — Operadores de gestión independientes — Acceso a la actividad de gestión de los derechos de autor — Directiva 2000/31/CE — Servicios de la sociedad de la información — Artículo 3 — Libre circulación de los servicios de la sociedad de la información — Directiva 2006/123/CE — Artículo 16 — Libre prestación de servicios — Artículo 17 — Excepciones — Artículo 56 TFUE»

Introducción

1. La génesis de la gestión colectiva de los derechos de autor se remonta al siglo XVIII, con la creación, a iniciativa de Pierre-Augustin Caron de Beaumarchais, autor de obras de teatro indignado por las prácticas de la Comédie française (compañía nacional de teatro de Francia) que consideraba abusivas, de una asociación de escritores de teatro que se convirtió posteriormente en la Société des auteurs et compositeurs dramatiques (Sociedad de Autores y Compositores Dramáticos, Francia). En Italia, en 1882 se creó, por parte de personajes como Giuseppe Verdi, Giosuè Carducci y Edmondo De Amicis, la Società Italiana degli Autori (Sociedad Italiana de Autores), que pasó a denominarse Società Italiana degli Autori ed Editori (Sociedad Italiana de Autores y Editores; en lo sucesivo, «SIAE») y que sigue en funcionamiento a día de hoy.

2. La razón de ser de la gestión colectiva de los derechos de autor no se limita a la defensa de los intereses de los titulares de los derechos frente a los usuarios de las obras, gestión que resulta más eficaz cuando es colectiva. [2] En efecto, la multiplicidad de vías de difusión de las obras y de los actores que participan en ella, reforzada por la internacionalización de la cultura y, por tanto, de la explotación de las obras, hacen que la gestión individual de los derechos por parte de sus autores resulte a menudo ineficaz o incluso imposible. Solo una entidad que represente a diversos autores, dotada de una estructura administrativa adecuada, puede conceder, de manera eficaz y

[1] Lengua original: francés.

[2] Por «usuarios» entiendo, en este contexto, a las personas y las entidades que explotan las obras para proporcionar acceso a ellas al público. Por lo tanto, procede distinguir a estos usuarios de los miembros del público, que pueden ser calificados de «usuarios finales».

económicamente viable, las autorizaciones de explotación de las obras a los distintos usuarios, percibir y repartir entre los titulares las retribuciones debidas, así como controlar el cumplimiento por parte de los usuarios de las condiciones de explotación de las obras, incluyendo la persecución de las falsificaciones.

3. No obstante, la gestión colectiva no beneficia únicamente a los titulares de los derechos. Los usuarios también disfrutan de sus ventajas, dado que, de cara a obtener autorizaciones de explotación de diversas obras, tienen la posibilidad de dirigirse a un único organismo, sin necesidad de buscar a los distintos titulares de los derechos de autor y de contratar individualmente con estos.

4. Esta necesidad de eficacia, tanto por parte de los titulares de los derechos como de los usuarios, ha dado lugar a una situación de monopolio de las entidades de gestión colectiva en sus respectivos países. Este monopolio puede tener un carácter legal, como ocurría hasta hace poco con la SIAE en Italia, o *de facto*, cuando diversas entidades de gestión colectiva coexisten, estando sin embargo especializadas en función de las categorías de obras o de derechos que gestionan, de manera que cada entidad tiene el monopolio en su ámbito de actividad. A nivel internacional, si bien cada entidad de gestión colectiva concede autorizaciones de explotación para su propio territorio, con arreglo al principio de territorialidad de los derechos de autor, gracias a una red de acuerdos de representación recíproca, puede ofrecer autorizaciones para las obras pertenecientes a los repertorios de las entidades de otros países, es decir, en la práctica, del mundo entero.

5. Naturalmente, tal sistema presenta importantes ventajas. En primer término, desde el punto de vista de los usuarios, permite acceder, mediante el pago de un único canon, a menudo a tanto alzado, a prácticamente todas las obras de una categoría determinada que se encuentran en el mercado y utilizarlas sin preocuparse de la posibilidad de incurrir en una infracción de los derechos de autor. En segundo término, este sistema permite a los artistas menos conocidos y a las obras con un público más reducido, en particular por razones culturales y lingüísticas, coexistir en el mercado en pie de igualdad con los artistas más populares entre el público, sin que los usuarios «tomen» de los repertorios únicamente las obras más populares y, por tanto, las más rentables. En tercer término, el sistema de autorizaciones territoriales y de acuerdos de representación permite a las entidades que gestionan repertorios más «pequeños» percibir una parte de los ingresos procedentes de la utilización en sus territorios de obras de renombre internacional, sin lo cual la gestión de su propio repertorio podría no ser rentable debido a los elevados costes fijos que genera tal gestión. En cuarto y último término, el control de la explotación de las obras y la persecución de las falsificaciones también se organizan según el principio de territorialidad, lo que facilita considerablemente este control y permite limitar sus costes.

6. Sin embargo, este sistema de gestión colectiva basado en el monopolio y la territorialidad debe enfrentarse a dos desafíos importantes, el primero de carácter jurídico y el segundo, fáctico.

7. Por una parte, en el Derecho de la Unión, tal sistema plantea interrogantes tanto desde el punto de vista del Derecho de la competencia como de las libertades del mercado interior. Si bien las decisiones de los tribunales de la Unión Europea en estos dos ámbitos han permitido establecer

un cierto equilibrio,[3] no obstante, no han permitido disipar todas las dudas relativas a la compatibilidad con el Derecho de la Unión de la posición de monopolio de las entidades de gestión colectiva.

8. Por otra parte, la aparición de las tecnologías digitales y de Internet ha alterado de forma significativa el paisaje de la creación artística y de la difusión de las obras. Actualmente, ya no es necesario contar con el apoyo de una editorial o de un estudio para crear o difundir obras literarias, musicales o audiovisuales. La difusión a través de Internet resulta ampliamente suficiente para muchos autores, lo que también simplifica la gestión de sus derechos y hace que su ejercicio individual resulte mucho más realista. En paralelo, un número creciente de usuarios individuales de obras carecen tanto de los medios como de la necesidad de obtener acceso a la totalidad de los repertorios de las entidades de gestión colectiva. En la intersección entre esta oferta y esta demanda han surgido operadores de gestión independientes, con un carácter puramente comercial y que a menudo funcionan a través de Internet, cuyo estatuto legal y relaciones con las entidades de gestión colectiva todavía son fuente de conflictos, a pesar de su reconocimiento expreso por el legislador de la Unión.

9. Estas son las circunstancias en las que el Tribunal de Justicia debe responder a la cuestión prejudicial planteada en el presente asunto.

Marco jurídico

Derecho de la Unión

Directiva 2000/31/CE

10. El artículo 2, letra a), de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico),[4] define los servicios de la sociedad de la información como «servicios en el sentido del apartado 2 del artículo 1 de la Directiva 98/34/CE, [[5]] modificada por la Directiva 98/48/CE [del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de julio de 1998 (DO 1998, L 217, p. 18)]».

11. La Directiva 98/34 fue derogada por la Directiva (UE) 2015/1535 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de septiembre de 2015, por la que se establece un procedimiento de información en materia de reglamentaciones técnicas y de reglas relativas a los servicios de la sociedad de la información.[6] El artículo 1, apartado 2, de la Directiva 98/34 ha sido sustituido por el artículo 1, letra b), de la Directiva 2015/1535, que tiene el siguiente tenor literal:

«A efectos de la presente Directiva, se entenderá por:

[…]

3 Véanse, en particular, las sentencias de 12 de abril de 2013, CISAC/Comisión (T-442/08, EU:T:2013:188), y de 27 de febrero de 2014, OSA (C-351/12, en lo sucesivo, «sentencia OSA», EU:C:2014:110).

4 DO 2000, L 178, p. 1.

5 Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de junio de 1998, por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas (DO 1998, L 204, p. 37).

6 DO 2015, L 241, p. 1.

b) “servicio”: todo servicio de la sociedad de la información, es decir, todo servicio prestado normalmente a cambio de una remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un destinatario de servicios.

A efectos de la presente definición, se entenderá por:

i) “a distancia”, un servicio prestado sin que las partes estén presentes simultáneamente,

ii) “por vía electrónica”, un servicio enviado desde la fuente y recibido por el destinatario mediante equipos electrónicos de tratamiento (incluida la compresión digital) y de almacenamiento de datos y que se transmite, canaliza y recibe enteramente por hilos, radio, medios ópticos o cualquier otro medio electromagnético,

iii) “a petición individual de un destinatario de servicios”, un servicio prestado mediante transmisión de datos a petición individual.

[…]»

12. El artículo 3 de la Directiva 2000/31, titulado «Mercado interior», dispone:

«1. Todo Estado miembro velará por que los servicios de la sociedad de la información facilitados por un prestador de servicios establecido en su territorio respeten las disposiciones nacionales aplicables en dicho Estado miembro que formen parte del ámbito coordinado.

2. Los Estados miembros no podrán restringir la libertad de prestación de servicios de la sociedad de la información de otro Estado miembro por razones inherentes al ámbito coordinado.

3. No se aplicarán los apartados 1 y 2 a los ámbitos a que se hace referencia en el anexo.

4. Los Estados miembros podrán tomar medidas que constituyen excepciones al apartado 2 respecto de un determinado servicio de la sociedad de la información si se cumplen las condiciones siguientes:

a) Las medidas deberán ser:

i) necesarias por uno de los motivos siguientes:

– orden público, en particular la prevención, investigación, descubrimiento y procesamiento del delito, incluidas la protección de menores y la lucha contra la instigación al odio por motivos de raza, sexo, religión o nacionalidad, así como las violaciones de la dignidad humana de personas individuales,

– protección de la salud pública,

– seguridad pública, incluidas la salvaguarda de la seguridad y la defensa nacionales,

– protección de los consumidores, incluidos los inversores;

ii) tomadas en contra de un servicio de la sociedad de la información que vaya en detrimento de los objetivos enunciados en el inciso i) o que presente un riesgo serio y grave de ir en detrimento de dichos objetivos;

iii) proporcionadas a dichos objetivos.

[…]»

13. Con arreglo al anexo de la Directiva 2000/31:

«Tal como se establece en el apartado 3 del artículo 3, los apartados 1 y 2 del artículo 3 no se aplicarán a los ámbitos siguientes:

– derechos de autor, derechos afines […]

[…]».

Directiva 2006/123/CE

14. El artículo 1, apartados 1 a 3, de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior,[7] dispone:

«1. En la presente Directiva se establecen las disposiciones generales necesarias para facilitar el ejercicio de la libertad de establecimiento de los prestadores de servicios y la libre circulación de los servicios, manteniendo, al mismo tiempo, un nivel elevado de calidad en los servicios.

2. La presente Directiva no trata la liberalización de servicios de interés económico general reservados a las entidades públicas o privadas ni la privatización de entidades públicas prestadoras de servicios.

3. La presente Directiva no trata la abolición de monopolios prestadores de servicios […]».

15. Según el artículo 3, apartado 1, de esta Directiva:

«Si surge un conflicto entre una disposición de la presente Directiva y una disposición de otro acto comunitario relativo a aspectos concretos relacionados con el acceso a la actividad de un servicio o su ejercicio en sectores concretos o en relación con profesiones concretas, estas otras normas primarán y se aplicarán a esos sectores o profesiones concretos. […]».

16. A tenor del artículo 4, puntos 1, 5 y 7, de dicha Directiva:

«A efectos de la presente Directiva se entenderá por:

1) “servicio” cualquier actividad económica por cuenta propia, prestada normalmente a cambio de una remuneración, contemplada en el artículo 50 del Tratado;

[…]

5) “establecimiento”, ejercicio efectivo de una actividad económica a que se hace referencia en el artículo 43 del Tratado por una duración indeterminada y por medio de una infraestructura estable a partir de la cual se lleva a cabo efectivamente la prestación de servicios;

[7] DO 2006, L 376, p. 36.

[…]

7) "requisito", cualquier obligación, prohibición, condición o límite previstos en las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas de los Estados miembros […]».

17. El artículo 16, apartados 1 y 2, de la Directiva 2006/123, dispone:

«1. Los Estados miembros respetarán el derecho de los prestadores a prestar servicios en un Estado miembro distinto de aquel en el que estén establecidos.

El Estado miembro en que se preste el servicio asegurará la libertad de acceso y el libre ejercicio de la actividad de servicios dentro de su territorio.

Los Estados miembros no supeditarán el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio en sus respectivos territorios a requisitos que no respeten los principios siguientes:

a) no discriminación: el requisito no podrá ser directa o indirectamente discriminatorio por razón de la nacionalidad o, en el caso de las personas jurídicas, por razón del Estado miembro en que estén establecidas;

b) necesidad: el requisito deberá estar justificado por razones de orden público, de seguridad pública, de salud pública o de protección del medio ambiente;

c) proporcionalidad: el requisito deberá ser el adecuado para conseguir el objetivo que se persigue y no ir más allá de lo necesario para conseguirlo.

2. Los Estados miembros no podrán restringir la libre prestación de servicios por parte de un prestador establecido en otro Estado miembro, mediante la imposición de los siguientes requisitos:

[…]

d) aplicación de un régimen contractual particular entre el prestador y el destinatario que impida o limite la prestación de servicios con carácter independiente;

[…]».

18. Por último, en virtud del artículo 17, punto 11, de esta Directiva:

«El artículo 16 no se aplicará:

[…]

11) a los derechos de autor y derechos afines […]».

Directiva 2014/26/UE

19. En virtud del artículo 3, letras a) y b), de la Directiva 2014/26/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la gestión colectiva de los derechos de autor y derechos afines y a la concesión de licencias multiterritoriales de derechos sobre obras musicales

para su utilización en línea en el mercado interior: [8]

«A efectos de la presente Directiva, se entenderá por:

a) "entidad de gestión colectiva": toda organización autorizada, por ley o mediante cesión, licencia o cualquier otro acuerdo contractual para gestionar los derechos de autor o los derechos afines a los derechos de autor en nombre de varios titulares de derechos, en beneficio colectivo de esos titulares de derechos, como único o principal objeto, y que cumple al menos uno de los siguientes criterios:

   i) ser propiedad o estar sometida al control de sus miembros, o

   ii) carecer de ánimo de lucro;

b) "operador de gestión independiente": toda organización autorizada, por ley o mediante cesión, licencia o cualquier otro acuerdo contractual, para gestionar los derechos de autor o los derechos afines a los derechos de autor en nombre de varios titulares de derechos, en beneficio colectivo de esos titulares de derechos, como único o principal objeto, y que:

   i) no sea propiedad ni esté sometida al control, directa o indirectamente, en su totalidad o en parte, de los titulares de derechos, y

   ii) tenga ánimo de lucro».

20. El artículo 5, apartados 2, 4 y 6, de esta Directiva, dispone:

«2. Los titulares de derechos tendrán derecho a autorizar a la entidad de gestión colectiva de su elección a gestionar los derechos, categorías de derechos o tipos de obras y otras prestaciones de su elección, respecto de los territorios de su elección, independientemente de la nacionalidad o del Estado miembro de residencia o de establecimiento de la entidad de gestión colectiva o del titular de derechos. Salvo que la entidad de gestión colectiva tenga motivos objetivamente justificados para rechazar la gestión, estará obligada a gestionar esos derechos, categorías de derechos o tipos de obras y otras prestaciones, siempre que su gestión esté comprendida dentro de su ámbito de actividad.

[…]

4. Los titulares de derechos tendrán derecho a revocar la autorización para gestionar derechos, categorías de derechos o tipos de obras y otras prestaciones, concedida por ellos a una entidad de gestión colectiva, o a retirar de una entidad de gestión colectiva los derechos o categorías de derechos o tipos de obras y otras prestaciones de su elección, según se determine de conformidad con el apartado 2, en los territorios de su elección […].

[…]

6. Las entidades de gestión colectiva no restringirán el ejercicio de los derechos previstos en los apartados 4 y 5 exigiendo, como condición para el ejercicio de dichos derechos, que la gestión de

[8] DO 2014, L 84, p. 72; corrección de errores en DO 2015, L 14, p. 48.

los derechos o categorías de derechos o tipos de obras y otras prestaciones objeto de la revocación o la retirada se encomiende a otra entidad de gestión colectiva.»

Derecho italiano

21. El artículo 180 de la legge n. 633 – Protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio (Ley n.º 633, de Protección del Derecho de Autor y de Otros Derechos Afines a su Ejercicio), de 22 de abril de 1941,[9] en su versión modificada por el decreto legge n. 148 recante «Disposizioni urgenti in materia finanziaria e per esigenze indifferibili» (Decreto-ley n.º 148 por el que se establecen disposiciones urgentes en materia financiera y por exigencias inaplazables), de 16 de octubre de 2017[10] (en lo sucesivo, «Ley relativa a la Protección del Derecho de Autor»), dispone:

«La actividad de intermediación, desarrollada de cualquier modo, en cualquier forma directa o indirecta de actuación, mediación, mandato y representación, así como de cesión, para el ejercicio de los derechos de representación, ejecución, interpretación, radiodifusión, incluida la comunicación al público por vía satélite, y reproducción mecánica y cinematográfica de obras protegidas, estará reservada con carácter exclusivo a la [SIAE] y a las demás entidades de gestión colectiva previstas en el [decreto legislativo n. 35 – Attuazione della direttiva 2014/26/UE sulla gestione collettiva dei diritti d'autore e dei diritti connessi e sulla concessione di licenze multiterritoriali per i diritti su opere musicali per l'uso online nel mercato interno (Decreto Legislativo n.º 35 por el que se transpone la Directiva 2014/26), de 15 de marzo de 2017[11] (en lo sucesivo, "Decreto Legislativo n.º 35/2017")].

Esta actividad se desarrollará para proceder a:

1) la concesión, por cuenta y en beneficio de los titulares de derechos, de licencias y autorizaciones para la explotación económica de obras protegidas;

2) el cobro de los ingresos derivados de dichas licencias y autorizaciones;

3) el reparto de dichos ingresos entre los titulares de derechos.

[…]

Dicha exclusividad de facultades no obstará a la facultad que corresponde al autor, a sus sucesores o a derechohabientes de ejercitar directamente los derechos que les reconoce la presente Ley.

[…]»

22. A tenor del artículo 4, apartado 2, del Decreto Legislativo n.º 35/2017:

«Los titulares de derechos podrán encomendar a una entidad de gestión colectiva o a un operador de gestión independiente de su elección la gestión de sus derechos, de las correspondientes categorías o tipos de obras y de los demás materiales protegidos para los territorios indicados por ellos, con independencia del Estado de la Unión Europea de nacionalidad, de residencia o de

9 GURI n.º 166, de 16 de julio de 1941.

10 GURI n.º 242, de 16 de octubre de 2017.

11 GURI n.º 72, de 27 de marzo de 2017.

establecimiento de la entidad de gestión colectiva, del operador de gestión independiente o del titular de los derechos, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 180 de la [Ley relativa a la Protección del Derecho de Autor], en lo que se refiere a la actividad de intermediación en el ámbito de los derechos de autor.»

Antecedentes del litigio principal, procedimiento y cuestión prejudicial

23. Liberi editori e autori (en lo sucesivo, «LEA») es una entidad de gestión colectiva que se rige por el Derecho italiano y está habilitada para intermediar en materia de derechos de autor en Italia. [12]

24. Jamendo SA es una sociedad de Derecho luxemburgués. Su actividad comprende dos aspectos. Por una parte, bajo la denominación Jamendo Music, comunica al público en su sitio de Internet las obras musicales que los artistas han publicado en dicho sitio bajo licencias denominadas «Creative Commons». [13] Por otra parte, bajo la denominación Jamendo Licensing, gestiona los derechos de autor sobre las obras musicales que los artistas le han encomendado a tal fin, concediendo autorizaciones únicamente para dos modos de explotación, a saber, como música de ambiente en comercios y otros establecimientos abiertos al público y como música de fondo para obras audiovisuales, en particular las que posteriormente se distribuyen a través de Internet. En este segundo aspecto de su actividad, por tanto, Jamendo se presenta como un operador de gestión independiente en el sentido del artículo 3, letra b), de la Directiva 2014/26. Esta actividad abarca, en concreto, el territorio italiano. Este segundo aspecto es el que constituye el objeto del litigio principal y del presente asunto. Según la información proporcionada por Jamendo, su actividad de gestión, tanto en lo referente a la aportación de los derechos por los artistas como a la concesión de autorizaciones de explotación, se lleva a cabo totalmente en línea, a través de su sitio de Internet. Asimismo, los contratos celebrados por Jamendo con los artistas exigen que estos sean independientes, es decir, en particular, que no estén afiliados a ninguna entidad de gestión colectiva ni vinculados a tal entidad de una forma que les impida emplear los servicios de gestión de Jamendo en todo el mundo.

25. LEA ha ejercitado ante el Tribunale ordinario di Roma (Tribunal Ordinario de Roma, Italia), el órgano jurisdiccional remitente, una acción de cesación contra Jamendo, solicitando que se ordenase a esta última que cesara su actividad de intermediación en materia de derechos de autor en Italia. En apoyo de esta solicitud, LEA invocó el hecho de que Jamendo ejerce esta actividad en Italia de forma ilegal debido a que, en primer término, no está inscrita en la lista de las entidades habilitadas para intermediar sobre derechos de autor en Italia, en segundo término, no cumple los requisitos establecidos en el Decreto Legislativo n.º 35/2017 y, en tercer término, no informó al Ministero delle comunicazioni (Ministerio de Telecomunicaciones, Italia) antes de comenzar a ejercer su actividad, incumpliendo de este modo el artículo 8 de este Decreto Legislativo.

26. Ante el órgano jurisdiccional remitente, Jamendo sostuvo que la Directiva 2014/26 se ha transpuesto incorrectamente al Derecho italiano, alegando que el legislador italiano ha omitido conceder a los operadores de gestión independientes los derechos previstos en esa Directiva. A este respecto, Jamendo indicó que, con arreglo al artículo 180 de la Ley relativa a la Protección del Derecho de Autor, únicamente la SIAE y las demás entidades de gestión colectiva

[12] Sobre el papel concreto de esta entidad, véase el punto 31 de las presentes conclusiones.

[13] En este caso, se trata de una gestión individual de los derechos por los autores y el papel que desempeña Jamendo es el de un usuario que difunde las obras.

contempladas en dicha disposición pueden ejercer actividades de intermediación en Italia, lo que tiene como efecto impedir a los operadores de gestión independientes operar en el ámbito de la intermediación en materia de derechos de autor y obligarles a concluir acuerdos de representación con la SIAE u otras entidades de gestión colectiva autorizadas.

27. El Tribunale ordinario di Roma (Tribunal Ordinario de Roma) comparte, en esencia, la interpretación del Derecho italiano defendida por las partes del litigio principal. En estas condiciones, dicho órgano jurisdiccional decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

«¿Debe interpretarse la Directiva [2014/26] en el sentido de que se opone a una ley nacional que reserva el acceso al mercado de la intermediación en el ámbito de los derechos de autor o, en cualquier caso, la concesión de licencias a los usuarios, únicamente a los organismos que puedan ser calificados, conforme a la definición recogida en dicha Directiva, de entidades de gestión colectiva, excluyendo aquellos que pueden ser calificados de operadores de gestión independientes, constituidos en el mismo Estado o en otros Estados miembros?»

28. La petición de decisión prejudicial fue recibida por el Tribunal de Justicia el 5 de enero de 2022. Han presentado observaciones escritas las partes del litigio principal, la Comisión Europea y el Gobierno austriaco. Las mismas partes, así como el Gobierno italiano, estuvieron representadas en la vista que se celebró el 9 de febrero de 2023.

Apreciación

29. El análisis sobre el fondo de la presente petición de decisión prejudicial debe venir precedido de algunas aclaraciones relativas a su admisibilidad. Además, considero necesario precisar las disposiciones del Derecho de la Unión aplicables, así como el alcance de la cuestión prejudicial.

Sobre la admisibilidad

30. Ante el Tribunal de Justicia, las partes del litigio principal sostienen posturas convergentes por las que solicitan, en esencia, que se declare la incompatibilidad con el Derecho de la Unión de que el Derecho italiano reserve únicamente a las entidades de gestión colectiva, excluyendo a los operadores de gestión independientes, la actividad de intermediación en el ámbito de los derechos de autor. Por consiguiente, cabe preguntarse sobre la autenticidad del litigio principal y la necesidad de la interpretación del Derecho de la Unión solicitada por el órgano jurisdiccional remitente. Esta cuestión, por lo demás, fue expresamente planteada en la vista por el Gobierno italiano, que alegó el carácter ficticio y artificial de este litigio para cuestionar la admisibilidad de la petición de decisión prejudicial. Sin embargo, considero que una aclaración de la situación concreta de LEA y de su papel en el mercado italiano permitirá disipar estas dudas.

31. En efecto, ya ha existido un litigio similar entre la SIAE y Soundreef Ltd, un operador de gestión independiente establecido en el Reino Unido que pretendía operar en Italia. En el marco de ese litigio, el mismo órgano jurisdiccional nacional que plantea el presente asunto presentó una cuestión prejudicial parecida ante el Tribunal de Justicia. Sin embargo, este retiró su petición

de decisión prejudicial después de que las partes hubieran llegado a un acuerdo.[14] En virtud de dicho acuerdo, se encomendó a una entidad de gestión colectiva de Derecho italiano, a saber, LEA, la representación de Soundreef en el territorio italiano.

32. En sus observaciones escritas, LEA ha explicado que, en calidad de entidad de gestión colectiva sin ánimo de lucro, no puede garantizar suficientemente su desarrollo económico y hacer frente a la competencia por parte de entidades como Jamendo, una competencia que, en el estado actual del Derecho italiano, es de carácter desleal. Por lo tanto, tiene un interés legítimo en lograr la prohibición de la actividad de Jamendo. Paralelamente, en su condición de representante de Soundreef, LEA también tiene interés en que la interpretación del Derecho de la Unión que realice el Tribunal de Justicia lleve a una liberalización del marco jurídico italiano. En consecuencia, coincide sobre este punto con los intereses de Jamendo.

33. En mi opinión, el hecho de que las partes del procedimiento principal estén de acuerdo sobre la interpretación del Derecho de la Unión no puede, por tanto, restar autenticidad al litigio principal y, consecuentemente, afectar a la admisibilidad de la presente petición de decisión prejudicial.[15]

Sobre las disposiciones del Derecho de la Unión aplicables y el alcance de la cuestión prejudicial

34. El órgano jurisdiccional remitente ha planteado su cuestión prejudicial desde el punto de vista de la Directiva 2014/26. Sin embargo, como demostraré a continuación, no parece que esta Directiva, por sí sola, permita resolver el problema al que se enfrenta este órgano jurisdiccional. Por consiguiente, considero indispensable analizar otras disposiciones del Derecho de la Unión con el fin de dar a este órgano jurisdiccional una respuesta útil para resolver el litigio principal.[16]

Directiva 2014/26

35. La lectura de los considerandos de la Directiva 2014/26 puede dar la impresión de que este acto establece una liberalización generalizada de la gestión colectiva de los derechos de autor en la Unión, inclusive en beneficio de los operadores de gestión independientes. Se trata concretamente de los considerandos 4,[17] 8[18] y 15.[19] Sin embargo, a la vista de la parte normativa de dicha Directiva, parece que esta ambición solo se ha hecho realidad parcialmente, y en absoluto en lo tocante a los operadores de gestión independientes.

[14] Auto del Presidente del Tribunal de Justicia de 16 de julio de 2019, S.I.A.E. (C-781/18, no publicado, EU:C:2019:656).

[15] Véase, en este sentido, la sentencia de 22 de noviembre de 2005, Mangold (C-144/04, EU:C:2005:709), apartado 38. Por consiguiente, la solución adoptada por el Tribunal de Justicia en su sentencia de 11 de marzo de 1980, Foglia (104/79, EU:C:1980:73), apartados 10 a 13, invocada por el Gobierno italiano en la vista, no es aplicable en el presente caso.

[16] Según una reiterada jurisprudencia (véase, recientemente, la sentencia de 9 de marzo de 2023, Registrų centras, C-354/21, EU:C:2023:184, apartado 35).

[17] Este considerando dispone que «las entidades de gestión colectiva establecidas en la Unión deben poder disfrutar de las libertades que prevén los Tratados cuando representan a los titulares de derechos que residan o estén establecidos en otros Estados miembros o conceden licencias a los usuarios residentes o establecidos en otros Estados miembros».

[18] Este considerando establece, en particular, que «la presente Directiva tiene por objeto la coordinación de las normas nacionales relativas al acceso de las entidades de gestión colectiva a la actividad de gestión de los derechos de autor y derechos afines».

[19] Este considerando enuncia, en su primera frase, que «los titulares de derechos han de poder encomendar la gestión de sus derechos a operadores de gestión independientes».

36. En efecto, es cierto que el artículo 5 de la Directiva 2014/26 otorga a los titulares una amplia facultad de elección en lo referente a la entidad de gestión colectiva a la que desean encomendar la gestión de sus derechos, sin imponer un límite en cuando al lugar del domicilio o del establecimiento tanto del titular como de la entidad en cuestión. Las entidades de gestión colectiva no pueden negarse a gestionar derechos sin un motivo justificado, incluidos los de los titulares domiciliados o establecidos en el territorio de otros Estados miembros.

37. En cambio, la Directiva 2014/26 no incluye norma alguna ni en lo que atañe al acceso de las entidades de gestión colectiva a su actividad ni en lo tocante a los territorios respecto de los cuales estas entidades pueden conceder autorizaciones de explotación. Así pues, esta Directiva no impide a las normas nacionales de los Estados miembros limitar tanto el acceso de estas entidades a la actividad de gestión como la extensión territorial de las autorizaciones de explotación que estas entidades están habilitadas para conceder. [20] La capacidad de elección de que disponen los titulares con arreglo al artículo 5 de la referida Directiva, por tanto, debe limitarse a las entidades de gestión colectiva autorizadas a operar en diferentes Estados miembros en virtud de su Derecho nacional.

38. Asimismo, en cuanto a los operadores de gestión independientes, la Directiva 2014/26 reconoce su existencia, dándoles una definición, y les impone ciertas obligaciones frente a los titulares y a los usuarios, así como medidas de control por parte de los Estados miembros. [21] En cambio, ninguna disposición de esta Directiva menciona la libertad de estos operadores en relación con el acceso al mercado de la gestión de los derechos de autor. Dicha Directiva establece, en su artículo 5, únicamente la libertad de elección de los titulares entre las entidades de gestión colectiva, omitiendo mencionar a los operadores de gestión independientes, de manera que la primera frase de su considerando 15 queda reducida a papel mojado. Solo el artículo 5, apartado 6, de la misma Directiva, que prohíbe a las entidades de gestión colectiva limitar el derecho de retirada de los titulares mediante la exigencia de que encomienden sus derechos a otra entidad de gestión colectiva, sugiere que estos titulares tienen la facultad de recurrir a otras formas de gestión de sus derechos, como la gestión individual o la gestión mediante operadores de gestión independientes. No obstante, la libertad de acceso de estas entidades a la actividad no está garantizada en modo alguno.

39. En consecuencia, la respuesta a la cuestión prejudicial según la ha formulado el órgano jurisdiccional remitente solo podría ser negativa, dado que la propia Directiva 2014/26 no se opone a las normativas de los Estados miembros que limitan el acceso a la actividad de gestión de los derechos de autor. [22] Por lo tanto, debe buscarse una respuesta útil para la resolución del litigio principal en otras disposiciones del Derecho de la Unión.

Otras disposiciones del Derecho de la Unión aplicables

40. Según la información que aparece en sus observaciones, Jamendo ejerce su actividad de forma principal, si no exclusiva, en línea, a través de su sitio de Internet. Por esta vía no solo los titulares le encomiendan la gestión de sus derechos, sino que Jamendo también concede las autorizaciones de explotación. En consecuencia, parece que se trata de un servicio prestado a distancia, por vía electrónica y a petición de un destinatario, es decir, de un servicio de la sociedad de la

[20] Las disposiciones del título III de la Directiva 2014/26 organizan un sistema de licencias multiterritoriales para la difusión de la música en línea. Sin embargo, esto queda fuera del ámbito del presente asunto.

[21] Se enumeran en el artículo 2, apartado 4, de esta Directiva.

[22] Para una interpretación de la Directiva 2014/26 en este sentido, véase Spina Ali, G.: «Collective monopolies: SIAE v. Soundreef and the implementation of Directive 2014/26 in Italy», *European Intellectual Property Review*, 2018, n.º 40, pp. 113 a 128.

información en el sentido de la Directiva 2000/31. Por consiguiente, la cuestión suscitada en el marco de la presente petición de decisión prejudicial debe analizarse a la luz de esta Directiva. Sin embargo, dado que el órgano jurisdiccional remitente no ha contemplado la aplicación de la mencionada Directiva en el litigio principal, no indica si, a su entender, los servicios de Jamendo pueden calificarse de «servicio de la sociedad de la información», en el sentido de la misma Directiva. Por tanto, deberá realizar esta apreciación.

41. Si, tras la apreciación fáctica que acabo de exponer, el órgano jurisdiccional remitente considera que la actividad de Jamendo no está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/31, se planteará la cuestión de la aplicabilidad de la Directiva 2006/123 a esta actividad. [23] Es cierto que el Tribunal de Justicia ha excluido la aplicabilidad de las disposiciones de la Directiva 2006/123 relativas a la libre prestación de servicios a la actividad de las entidades de gestión colectiva. [24] Analizaré a continuación la cuestión de si esta exclusión es aplicable a los operadores de gestión independientes. De entrada, debo señalar, no obstante, que si bien la Directiva 2014/26 nada dice sobre la libertad de acceso de las entidades de gestión colectiva y de los operadores de gestión independientes al mercado, probablemente sea porque los autores de esta Directiva consideraban evidente la aplicación de la Directiva 2006/123 a esta actividad, lo que queda demostrado en la propuesta inicial de la Directiva 2014/26. [25]

42. Por último, si ni la Directiva 2000/31 ni la Directiva 2006/123 se consideran aplicables a la actividad de los operadores de gestión independiente, la problemática que suscita la presente petición de decisión prejudicial deberá analizarse a la luz de las disposiciones pertinentes del Tratado.

Sobre la formulación de la cuestión prejudicial

43. Habida cuenta de las consideraciones precedentes, considero que la cuestión prejudicial en el presente asunto debe entenderse en el sentido de que se refiere no solo a la interpretación de la Directiva 2014/26, sino de forma más general a la de todas las disposiciones del Derecho de la Unión pertinentes en relación con la configuración fáctica afectada por el litigio principal. Además, esta configuración fáctica debe reflejarse en la respuesta del Tribunal de Justicia, en la medida en que puede determinar tanto las disposiciones del Derecho de la Unión aplicables como el margen de maniobra del que disponen los Estados miembros en relación con estas.

44. Asimismo, en su cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente se refiere a la exclusión de la actividad de gestión de los derechos de autor de los operadores de gestión independientes «constituidos en el mismo Estado [miembro [26]] o en otros Estados miembros». Sin

[23] Quisiera recordar que, en virtud del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2006/123, los actos del Derecho de la Unión que rigen las actividades de servicios en sectores concretos tienen prioridad sobre las disposiciones de dicha Directiva. Esto afecta necesariamente al sector de los servicios de la sociedad de la información, regulados por la Directiva 2000/31.

[24] Sentencia OSA, apartados 64 a 66.

[25] COM(2012) 372 final. El considerando 3 de esa propuesta de Directiva disponía que «las entidades de gestión colectiva establecidas en la Unión deben cumplir, como proveedores de servicios, los requisitos nacionales contemplados en la Directiva [2006/123], orientada a crear un marco jurídico para garantizar la libertad de establecimiento y la libre circulación de los servicios entre los Estados miembros. Ello implica que las entidades de gestión colectiva deben tener libertad para prestar sus servicios a escala transfronteriza, para representar a los titulares de derechos que residan o estén establecidos en otros Estados miembros o para conceder licencias a los usuarios residentes o establecidos en otros Estados miembros». Este considerando únicamente mencionaba a las entidades de gestión colectiva, dado que la propuesta de Directiva no englobaba en su ámbito de aplicación a los operadores de gestión independientes, que fueron añadidos durante el procedimiento legislativo. También aparecía una referencia a la Directiva 2006/123 en el considerando 8 de esta propuesta de Directiva. Si bien las referencias a esta Directiva se suprimieron durante los trabajos legislativos, su aplicabilidad a las distintas actividades de servicios se deriva de sus propias disposiciones y no de los considerandos de otro acto del Derecho de la Unión.

[26] El mismo que ha establecido las normas controvertidas.

embargo, ningún elemento obrante en autos confirma que el litigio principal se refiera a un operador de gestión independiente establecido en Italia, ya que el único operador afectado es Jamendo, que está establecido en Luxemburgo. Pues bien, habida cuenta de que las normas aplicables en estas dos situaciones, relativas, respectivamente, a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios, podrían ser diferentes, la respuesta referida al acceso a la actividad por parte de un operador de gestión independiente establecido en el Estado miembro en cuestión sería hipotética. En consecuencia, propongo limitar el análisis de la cuestión prejudicial a la situación de un operador de gestión independiente establecido en otro Estado miembro.

45. De este modo, mediante su cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si las disposiciones pertinentes del Derecho de la Unión deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa de un Estado miembro que reserve el acceso a la actividad de gestión de los derechos de autor únicamente a las entidades de gestión colectiva,[27] excluyendo a los operadores de gestión independientes establecidos en otros Estados miembros.

Sobre la cuestión prejudicial

46. Como ya he mencionado,[28] si bien la Directiva 2014/26 no permite, por sí sola, resolver el problema al que se enfrenta el órgano jurisdiccional remitente, pueden aplicarse, no obstante, otras disposiciones del Derecho de la Unión al litigio principal. Por lo tanto, exploraré las consecuencias de su aplicación a este litigio y la respuesta que, a mi entender, debe darse a la cuestión prejudicial según se ha formulado más arriba.

Directiva 2000/31

47. A juzgar por la información disponible, los servicios prestados por Jamendo probablemente deberían calificarse como servicios de la sociedad de la información comprendidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/31,[29] lo que queda sujeto a la comprobación del órgano jurisdiccional nacional. Por lo tanto, en mi opinión, antes de nada, debe buscarse la respuesta a la cuestión prejudicial en esta Directiva.

48. En primer lugar, la Directiva 2000/31 introduce, en su artículo 2, letra h), el concepto de «ámbito coordinado», que comprende los requisitos exigibles a los prestadores de servicios en el Derecho interno de los Estados miembros aplicables a los prestadores de servicios de la sociedad de la información y a esos servicios con independencia de si dichos requisitos están destinados específicamente a esa categoría de servicios o si son de tipo general. El ámbito coordinado abarca en particular los requisitos relativos al inicio de la actividad de un servicio de la sociedad de la información, concretamente en materia de autorizaciones y notificaciones.

49. A continuación, el artículo 3 de la Directiva 2000/31 establece una distinción entre las normas aplicables a los prestadores de servicios establecidos en el Estado miembro en cuestión y las aplicables a los prestadores de servicios establecidos en otros Estados miembros. En el primer caso, en virtud del artículo 3, apartado 1, de esta Directiva, los Estados miembros tienen la obligación de garantizar que los prestadores de servicios establecidos en sus territorios respeten

[27] Según la respuesta dada en la vista por el Gobierno italiano a una pregunta formulada por el Tribunal de Justicia, las entidades de gestión colectiva establecidas en otros Estados miembros están autorizadas a ejercer directamente la actividad de gestión de los derechos de autor en el territorio italiano.

[28] Véase el punto 39 de las presentes conclusiones.

[29] Véase el punto 40 de las presentes conclusiones.

las disposiciones que les sean aplicables con arreglo al Derecho nacional. En cambio, por lo que se refiere a los prestadores de servicios establecidos en otros Estados miembros, el artículo 3, apartado 2, de dicha Directiva prohíbe a los Estados miembros restringir la libertad de prestación de servicios de esos otros Estados miembros. Por consiguiente, estas dos disposiciones introducen el principio del Estado miembro de origen y el reconocimiento mutuo entre Estados miembros de las condiciones de acceso a la actividad de los servicios de la sociedad de la información (y de su ejercicio).

50. Dado que Jamendo está establecida en Luxemburgo, en Italia se encuentra en la situación de un prestador de servicios establecido en otro Estado miembro. Pues bien, considero que la restricción de su actividad que se deriva de la reserva, por parte del Derecho italiano, de la prestación de los servicios de intermediación en el ámbito de los derechos de autor únicamente a las entidades de gestión colectiva claramente está comprendida en el ámbito coordinado como requisito relativo al inicio de la actividad de servicio. Esta restricción, por tanto, está sujeta a la prohibición establecida en el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2000/31 y es contraria a dicha disposición.

51. Es cierto que, con arreglo al artículo 3, apartado 4, de la Directiva 2000/31, los Estados miembros pueden tomar medidas que constituyan excepciones a esta prohibición en relación con los servicios prestados, siempre que se cumplan las condiciones previstas en la letra a) de esta disposición. Sin embargo, la restricción controvertida no es una medida adoptada respecto de un determinado servicio, sino que tiene un carácter general.[30] Asimismo, no responde a ninguno de los motivos enumerados en el artículo 3, apartado 4, letra a), inciso i), de esta Directiva, a saber, el orden público, la protección de la salud pública, la seguridad pública o la protección de los consumidores.

52. En efecto, la justificación de la restricción controvertida consiste en garantizar el correcto funcionamiento del sistema de gestión de los derechos de autor, en interés tanto de los titulares como de los usuarios, incluida la promoción de los autores y de las obras menos conocidos. Ahora bien, ni los titulares que encomiendan la gestión de sus derechos de autor a una entidad de gestión colectiva o a un operador de gestión independiente ni los usuarios que tratan de obtener una autorización para la explotación pública de las obras pueden calificarse de consumidores, dado que llevan a cabo estas acciones en el marco de una actividad profesional y con ánimo de lucro. Asimismo, el correcto funcionamiento del sistema de gestión de los derechos de autor, que incluye la promoción de ciertos autores o de ciertas obras, garantiza la realización de intereses privados y, desde luego, no forma parte del orden público.

53. También es cierto que el artículo 3, apartado 3, de la Directiva 2000/31, leído en relación con el anexo de esta misma, excluye la aplicación combinada del artículo 3, apartados 1 y 2, de esa Directiva, en particular, «en el caso del derecho de autor y de los derechos afines». Esta exclusión, en mi opinión, debe interpretarse en el sentido de que el derecho de autor y los derechos afines están exentos del principio de reconocimiento mutuo, es decir, que las normas nacionales continúan aplicándose, inclusive respecto de los prestadores de servicios establecidos en otros Estados miembros.[31]

[30] En el presente caso, este aspecto no es decisivo, de modo que no lo analizaré en detalle. En cambio, constituye un elemento esencial del asunto C-376/22, Google Ireland y otros, en el que presentaré mis conclusiones el 8 de junio de 2023.

[31] Véase, en este sentido, De Miguel Asensio, P.: *Conflict of Laws and the Internet*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2020, p. 73.

54. Se trata, no obstante, del Derecho sustantivo que regula los derechos de autor y los derechos afines, de conformidad con el principio de territorialidad de estos derechos. Así pues, cuando un servicio de la sociedad de la información consiste en la explotación de las obras protegidas por derechos de autor o derechos afines (por ejemplo, la difusión de obras en línea) o precisa de tal explotación, las disposiciones de la Directiva 2000/31 no eximen al prestador de servicios de la obligación de obtener la autorización de explotación para los territorios de todos los Estados miembros en los que se proporciona su servicio, no solo para el de su Estado miembro de establecimiento.

55. En cambio, no veo ningún motivo, ateniéndome al tenor literal de esta disposición del anexo de la Directiva 2000/31 o a su objetivo, para interpretarla en el sentido de que excluye del ámbito de aplicación del artículo 3 de la Directiva 2000/31 los servicios de gestión de los derechos de autor o de los derechos afines. La reserva del acceso a tales servicios a las entidades de gestión colectiva establecida en el Derecho italiano, por tanto, no está comprendida en esta excepción al principio de reconocimiento mutuo.

56. Al planteársele una pregunta en la vista acerca de la aplicabilidad de la Directiva 2000/31 a servicios como los prestados por Jamendo, la Comisión expresó una reserva, señalando que el prestador de tales servicios que concede, en particular, autorizaciones para la explotación de las obras en comercios «físicos» también debería controlar la utilización de dichas obras en esos comercios, lo que no puede hacerse en línea. Sin embargo, en primer lugar, nada indica que Jamendo proporcione efectivamente tal servicio de control. En segundo lugar, si dicho servicio accesorio «físico» estuviera excluido de la aplicación del principio de reconocimiento mutuo previsto en esta Directiva en virtud de su artículo 2, letra h), inciso ii), tercer guion, este hecho no impediría la aplicación de las disposiciones de dicha Directiva a los servicios que constituyen el núcleo central de su actividad y que se prestan por vía electrónica.

57. Habida cuenta de lo anterior, considero que, en el caso de que el órgano jurisdiccional remitente declare que la actividad de Jamendo está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/31, su artículo 3, apartado 2, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro que reserve el acceso a la actividad de gestión de los derechos de autor únicamente a las entidades de gestión colectiva, excluyendo a los operadores de gestión independientes establecidos en otros Estados miembros.

Directiva 2006/123

58. En el supuesto de que el órgano jurisdiccional remitente considere que la actividad de Jamendo no entra en el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/31, esta actividad deberá ser tratada como una prestación de servicios «física». Pues bien, tales servicios se rigen, en principio, por las disposiciones de la Directiva 2006/123. En consecuencia, procede analizar, en primer lugar, la aplicabilidad de esta Directiva a actividades como las de Jamendo y, a continuación, en segundo lugar, las consecuencias de su aplicación en el presente asunto.

– *Sobre la aplicabilidad de la Directiva 2006/123*

59. La Directiva 2006/123 establece normas detalladas referidas al ejercicio de dos libertades fundamentales del mercado interior, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios. Determinar cuál de estas libertades se aplica a una actividad como la de Jamendo no resulta tan evidente como parece.

60. Así, en sus observaciones escritas, la Comisión considera que esto es imposible, a falta de información suficiente aportada por el órgano jurisdiccional remitente. No obstante, propone basarse en los criterios de distinción establecidos por el Tribunal de Justicia en su sentencia de principio Gebhard. [32] Según estos criterios, la libertad de establecimiento permite a todo nacional de un Estado miembro ejercer en otro Estado miembro una actividad económica por medio de una instalación permanente y por una duración indeterminada. En cambio, la libre prestación de servicios abarca todas las prestaciones que no se ofrezcan de una manera estable y continua, a partir de un domicilio profesional en el Estado miembro de destino. [33] Procede constatar que estos criterios de distinción se limitan a reproducir los propios términos del Tratado. En efecto, con arreglo al artículo 49 TFUE, la libertad de establecimiento se refiere a la creación de cualquier tipo de empresa y al ejercicio de su actividad, mientras que, a tenor del artículo 57 TFUE, párrafo tercero, la libre prestación de servicios consiste en el ejercicio temporal de la actividad del prestador de servicios en el Estado miembro de destino.

61. Sin embargo, como en muchos otros ámbitos, Internet ha trastocado considerablemente estas categorías, establecidas en el mundo «real». [34] En efecto, si bien el Tratado y, consecuentemente, los criterios establecidos en la sentencia Gebhard [35] asocian, por un lado, el ejercicio duradero de la actividad en un Estado miembro con un establecimiento permanente en ese mismo Estado miembro y, por otro lado, el ejercicio temporal de una actividad con la falta de tal establecimiento, Internet permite el ejercicio duradero de una actividad sin un establecimiento permanente en el Estado miembro en el que se ejerce dicha actividad. En la medida en que un servicio proporcionado por Internet se presta, de todos modos, a distancia, es irrelevante que el prestador y el receptor de dichos servicios se encuentren físicamente en el mismo Estado miembro o en dos Estados miembros distintos.

62. Por lo tanto, resulta que, en relación con los servicios prestados por Internet, los criterios establecidos en la sentencia Gebhard [36] han quedado desfasados y debe hacerse una distinción sobre otras bases.

63. En mi opinión, a pesar del carácter potencialmente duradero de una actividad llevada a cabo por Internet en un Estado miembro desde otro Estado miembro, tal actividad debe analizarse desde el punto de vista de la libre prestación de servicios. En efecto, la solución contraria conduciría al resultado absurdo de que un prestador de servicios que no estuviera establecido en el Estado miembro de destino de su servicio sería considerado, no obstante, como establecido en este y debería ajustarse a la legislación de dicho Estado miembro no solo en lo tocante a su actividad propiamente dicha, sino también por lo que respecta a la constitución y el funcionamiento de su empresa. Esto se vuelve si cabe más absurdo si se piensa que las actividades ejercidas en Internet a menudo están dirigidas a varios o incluso a todos los Estados miembros.

64. Esta conclusión encuentra una confirmación indirecta en la Directiva 2000/31. Aunque esta Directiva no toma partido abiertamente sobre la distinción entre libertad de establecimiento y libre prestación de servicios, al reunir las disposiciones pertinentes bajo el título de «mercado interior», [37] establece no obstante una distinción clara entre los Estados miembros en los que está

[32] Sentencia de 30 de noviembre de 1995 (C-55/94, EU:C:1995:411), apartados 25 a 27.

[33] Véase, más recientemente, la sentencia de 23 de febrero de 2016, Comisión/Hungría (C-179/14, EU:C:2016:108), apartados 148 y 150.

[34] En contraposición con el mundo «virtual» constituido por Internet.

[35] Sentencia de 30 de noviembre de 1995 (C-55/94, EU:C:1995:411).

[36] Sentencia de 30 de noviembre de 1995 (C-55/94, EU:C:1995:411).

[37] Véase el título del artículo 3 de esta Directiva.

establecido un prestador de servicios,[38] cuyas obligaciones se definen en su artículo 3, apartado 1, y los Estados miembros en los que se presta un servicio desde otro Estado miembro, que deben ajustarse a las normas definidas en su artículo 3, apartados 2 y siguientes. Por tanto, esta distinción refleja la establecida entre el ejercicio de la libertad de establecimiento y el ejercicio de la libre prestación de servicios.[39]

65. Por consiguiente, y a la luz de la información relativa a la actividad de Jamendo que figura en la resolución de remisión y completada en las observaciones de esta sociedad, considero que, en el presente asunto, procede aplicar las disposiciones sobre la libre prestación de servicios.

66. En la Directiva 2006/123, las disposiciones relativas a la libre prestación de servicios aparecen en su artículo 16. Sin embargo, con arreglo al artículo 17, punto 11, de esa Directiva, el artículo 16 no se aplica, en particular, «a los derechos de autor y derechos afines».

67. En la sentencia OSA, el Tribunal de Justicia declaró que, debido a esta exclusión, el artículo 16 de la Directiva 2006/123 no se aplica a las actividades de las entidades de gestión colectiva de los derechos de autor.[40] En efecto, el Tribunal de Justicia consideró, siguiendo sobre este punto a la Abogada General Sharpston,[41] que, puesto que únicamente los servicios pueden excluirse del ámbito de aplicación de dicho artículo 16, la exclusión prevista en el artículo 17, punto 11, de esta Directiva debe necesariamente referirse a los servicios en el ámbito de los derechos de autor y de los derechos afines, como los servicios prestados por las entidades de gestión colectiva.[42]

68. Sin embargo, esta conclusión no me parece convincente habida cuenta de las consideraciones que expondré a continuación. Sin embargo, al tratarse de una cuestión de importancia fundamental para la interpretación de la Directiva 2006/123, sugiero al Tribunal de Justicia que vuelva a examinar el sentido y el alcance de las exclusiones del ámbito de aplicación de esta Directiva.

69. La Directiva 2006/123 establece numerosas exclusiones de su ámbito de aplicación, ya sean generales o específicas, en su artículo 16. Cuando una exclusión afecta a una categoría de servicios, esta Directiva lo indica expresamente. Así sucede concretamente en el caso de las exclusiones enumeradas en el artículo 2, apartado 2, de esta Directiva, que emplea los términos «los servicios» para designar cada actividad afectada. También sucede de este modo en cuanto a ciertas exclusiones enumeradas en el artículo 17 de esta Directiva, en particular en el punto 1, que se refiere a los «servicios de interés económico general», y en el punto 5, que versa sobre las «actividades de cobro de deudas por vía judicial».

70. En cambio, algunas otras exclusiones no se refieren manifiestamente a categorías de servicios. Es el caso, en particular, del artículo 2, apartado 3, de la Directiva 2006/123, en virtud del cual esta Directiva no se aplica a la fiscalidad. Pues bien, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que esta exclusión no se refería a servicios, sino a las normas fiscales de los Estados miembros.[43] Lo mismo sucede, necesariamente, en lo que atañe a las exclusiones previstas en el artículo 17 de dicha

38 El concepto de «prestador de servicios establecido» se define en el artículo 2, letra c), de la Directiva 2000/31.

39 Asimismo, la definición del concepto de «establecimiento», que figura en el artículo 4, punto 5, de la Directiva 2006/123, exige la existencia de una infraestructura estable a partir de la cual se lleva a cabo efectivamente la prestación de servicios. *A sensu contrario*, por tanto, a falta de dicha infraestructura estable, una prestación de servicios se considera transfronteriza incluso cuando presenta un carácter duradero.

40 Sentencia OSA, apartado 65.

41 Véanse sus conclusiones presentadas en el asunto OSA (C-351/12, EU:C:2013:749), punto 64.

42 Sentencia OSA, apartado 65.

43 Véase la sentencia de 22 de diciembre de 2022, Airbnb Ireland y Airbnb Payments UK (C-83/21, EU:C:2022:1018), apartado 38.

Directiva, en los puntos 6 (que se refiere expresamente a los «requisitos de los Estados miembros en que se presta el servicio»), 8 («trámites administrativos relativos a la libre circulación de personas y su residencia»), 9 («la posibilidad de los Estados miembros de imponer la obligación de visado o de permiso de residencia»), 12 (los «actos para los que se exija por ley la intervención de un notario»), 14 («la matriculación de vehículos») y 15 (las «disposiciones aplicables a las obligaciones contractuales y extracontractuales»), que es evidente que no se refieren a categorías de servicios, sino a medidas en vigor en los Estados miembros. Por último, las exclusiones previstas en el artículo 17, puntos 2, 3, 4, 10 y 13, de la misma Directiva, que se refieren a las «materias» cubiertas por distintos actos del Derecho de la Unión, no parecen concernir a categorías de servicios, sino a la normativa en los ámbitos ya armonizados al nivel del Derecho de la Unión.

71. La teoría según la cual las exclusiones del ámbito de aplicación del artículo 16 de la Directiva 2006/123 previstas en su artículo 17 solo pueden referirse a servicios, por tanto, no está acreditada y no puede servir de base para la interpretación de la exclusión prevista en el punto 11 de este artículo y que atañe, debo repetir, en particular a «los derechos de autor y derechos afines».

72. Como se ha indicado anteriormente, la mayoría de las exclusiones previstas en el artículo 17 de la Directiva 2006/123 se refieren a medidas en vigor en los Estados miembros. Estas exclusiones deben entenderse en el sentido de que la libertad de prestar servicios de manera transfronteriza, como se precisa en el artículo 16 de esta Directiva, no impide la aplicación de esas medidas y de que los prestadores de servicios no pueden ampararse en esa libertad para eludir las obligaciones que les imponen dichas medidas.

73. Considero que la exclusión prevista en el artículo 17, punto 11, de la Directiva 2006/123 debe interpretarse de la misma manera. De esta disposición únicamente se desprende que el artículo 16 de esa Directiva no impide la aplicación de las normas sustantivas sobre derechos de autor del Estado miembro de destino del servicio y de las obligaciones que incumben al prestador del servicio, en particular en lo referente a la autorización necesaria para la explotación de las obras. En consecuencia, se trataría de una interpretación similar a la de la exclusión análoga prevista en la Directiva 2000/31. [44] En cambio, si el legislador de la Unión hubiera querido excluir del ámbito de aplicación del artículo 16 de la Directiva 2006/123 los servicios de gestión de los derechos de autor y derechos afines, lo habría formulado expresamente.

74. Por lo tanto, opino que el artículo 16 de la Directiva 2006/123 es plenamente aplicable a los operadores de gestión independientes según se definen en la Directiva 2014/26.

– *Sobre los efectos de la Directiva 2006/123*

75. Al igual que el artículo 3 de la Directiva 2000/31, el artículo 16, apartado 1, de la Directiva 2006/123 solo permite a los Estados miembros restringir la libre prestación de servicios por parte de prestadores de servicios establecidos en otros Estados miembros mediante medidas justificadas por una de las cuatro razones enumeradas en el párrafo tercero de este primer apartado, a saber, el orden, la seguridad y la salud públicos, así como la protección del medio ambiente. Pues bien, la restricción controvertida no puede justificarse por ninguna de estas razones. [45]

[44] Véanse los puntos 53 a 55 de las presentes conclusiones.

[45] En cuanto a las razones que subyacen a la restricción controvertida, véase el punto 52 de las presentes conclusiones.

76. Asimismo, el artículo 16, apartado 2, de la Directiva 2006/123 enumera los requisitos que limitan la libre prestación de servicios que están absolutamente prohibidos. El artículo 16, apartado 2, letra d), de esta Directiva hace referencia a la «aplicación de un régimen contractual particular entre el prestador y el destinatario que impida o limite la prestación de servicios con carácter independiente». Pues bien, con arreglo al artículo 3, letra a), de la Directiva 2014/26, una entidad de gestión colectiva debe cumplir al menos una de las siguientes condiciones, a saber, ser propiedad o estar sometida al control de sus miembros o carecer de ánimo de lucro. Al reservar la actividad de intermediación en materia de derechos de autor a las entidades de gestión colectiva, el Derecho italiano exige por tanto a los prestadores de servicios bien que adopten un régimen contractual particular con los titulares de los derechos que son destinatarios de sus servicios, bien que ejerzan su actividad sin ánimo de lucro. En ambos casos, esto limita la prestación de servicios con carácter independiente, ya sea haciendo que el prestador de servicios dependa de los destinatarios o impidiéndole llevar a cabo su actividad de una forma económicamente rentable. Considero que tal requisito es claramente contrario al artículo 16, apartado 2, letra d), de la Directiva 2006/123.

77. En virtud del artículo 1, apartado 2, de la Directiva 2006/123, esta no trata la *liberalización* de servicios de interés económico general. Pues bien, en la vista, el Gobierno italiano planteó que los servicios prestados por las entidades de gestión colectiva tienen ese carácter. Sin embargo, esta disposición no sustrae los servicios de interés económico general del ámbito de aplicación de esta Directiva.[46] Además, la restricción controvertida no consiste en la atribución de una tarea de interés general a una entidad concreta,[47] sino en la reserva de una determinada actividad económica, a saber, la intermediación en el ámbito de los derechos de autor, a una categoría de actores económicos, es decir, a las entidades de gestión colectiva.

78. Si bien tales entidades, sobre la base de las disposiciones del Derecho italiano y de la Directiva 2014/26, tienen ciertas obligaciones frente a los titulares de los derechos, se trata de obligaciones que no vienen impuestas en aras del interés general, sino en beneficio de dichos titulares, que constituyen un grupo profesional específico y no se confunden con el conjunto de la población. Estas obligaciones pueden compararse, por ejemplo, con las que tiene una sociedad frente a sus accionistas. Sin embargo, no constituyen una tarea de interés general.[48] Por consiguiente, veo aquí, al contrario que el Gobierno italiano, una diferencia clara entre el papel de las entidades de gestión colectiva de los derechos de autor y los servicios de interés general excluidos de la aplicación del artículo 16 de la Directiva 2006/123 en virtud de su artículo 17, punto 1, como los servicios postales, la distribución de electricidad, gas o agua o el tratamiento de residuos.[49]

79. Por último, en relación con el artículo 1, apartado 3, de la Directiva 2006/123, según el cual esta Directiva no trata la abolición de monopolios prestadores de servicios, albergo dudas, a la vista de su carácter enigmático y abstracto, en cuanto a que esta disposición tenga un valor normativo autónomo. En todo caso, no obstante, no me parece que en este caso se pueda hablar de un monopolio.

[46] Sentencia de 23 de diciembre de 2015, Hiebler (C-293/14, EU:C:2015:843), apartados 43 y 44.

[47] Como parece exigir el considerando 70 de la Directiva 2006/123 para la interpretación del concepto de «servicio de interés económico general».

[48] No descarto que puedan encomendarse a las entidades de gestión colectiva tareas de interés general, como la contribución, financiera o de otra naturaleza, al desarrollo de la cultura. Sin embargo, se trata de una actividad diferente de la gestión de los derechos de autor propiamente dicha.

[49] Además, el Tribunal de Justicia ya ha denegado a una entidad de gestión colectiva de los derechos de autor la condición de servicio de interés económico general en su sentencia de 2 de marzo de 1983, GVL/Comisión (7/82, EU:C:1983:52), apartados 29 a 32.

80. Por una parte, la Directiva 2014/26, al conceder a los titulares una amplia facultad de elección en cuanto a la forma en que desean gestionar sus derechos, que abarca tanto la elección de una entidad de gestión colectiva de otro Estado miembro como el recurso a la gestión individual, ha debilitado considerablemente la posición monopolística de las entidades de gestión colectiva en este aspecto de su actividad.

81. Por otra parte, el propio Derecho italiano, al aceptar la creación de entidades de gestión colectiva competidoras de la SIAE, como LEA, y al admitir el ejercicio directo de la actividad de intermediación en el mercado italiano por entidades de gestión colectiva de otros Estados miembros, ha eliminado la exclusividad de la SIAE, que ya no se encuentra en una posición de monopolio ni *de iure* ni *de facto*.

82. En consecuencia, considero que el artículo 1, apartados 2 y 3, de la Directiva 2006/123 no impide la aplicación de las disposiciones de esta Directiva, incluidas las de su artículo 16, a la actividad de gestión de los derechos de autor por operadores de gestión independientes.

83. Por lo tanto, opino que, en el supuesto de que el órgano jurisdiccional remitente constate que la Directiva 2000/31 no se aplica a la actividad de Jamendo, el artículo 16, apartados 1 y 2, letra d), de la Directiva 2006/123, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro que reserve la actividad de gestión de los derechos de autor a las entidades de gestión colectiva, excluyendo a los operadores de gestión independientes establecidos en otros Estados miembros.

Sobre el artículo 56 TFUE

84. La interpretación de las Directivas 2000/31 y 2006/123 debería ser suficiente para resolver, a la vista del Derecho de la Unión, el litigio pendiente ante el órgano jurisdiccional remitente. En efecto, según una reiterada jurisprudencia, toda medida nacional adoptada en un ámbito que haya sido armonizado con carácter exhaustivo en el Derecho de la Unión debe apreciarse a la luz de la medida de armonización y no del Derecho primario. [50] Sin embargo, para el caso de que el Tribunal de Justicia no comparta mi análisis de la aplicabilidad de la Directiva 2006/123, analizaré brevemente, con carácter subsidiario, la situación del presente asunto bajo la perspectiva del artículo 56 TFUE. [51]

85. El Tribunal de Justicia ya se ha enfrentado a una situación similar a la examinada en el litigio principal en el asunto que dio lugar a la sentencia OSA. En primer lugar, esa sentencia concluyó que la prohibición de la prestación transfronteriza de servicios de gestión de los derechos de autor debida al monopolio en este ámbito de una entidad de gestión colectiva nacional constituye una restricción a la libre prestación de servicios que debe justificarse por una de las razones imperiosas de interés general, entre las que se cuenta la protección de los derechos de propiedad intelectual. [52]

[50] Véase, recientemente, la sentencia de 11 de junio de 2020, KOB (C-206/19, EU:C:2020:463), apartado 30 y jurisprudencia citada. En lo referente, en particular, a la Directiva 2006/123, véase, en este sentido, la sentencia de 16 de junio de 2015, Rina Services y otros (C-593/13, EU:C:2015:399), apartados 23 y ss.

[51] Sobre la libertad del mercado interior aplicable, véanse los puntos 59 a 65 de las presentes conclusiones.

[52] Sentencia OSA, apartados 69 a 71.

86. A continuación, el Tribunal de Justicia consideró que el monopolio de la gestión de los derechos relativos a una categoría de prestaciones protegidas encomendado a una entidad de gestión colectiva, junto a un sistema de acuerdos de representación recíproca con entidades análogas extranjeras, se enmarca en el contexto de la protección territorial de los derechos de autor y es apropiado y proporcionado a la finalidad perseguida. [53]

87. Concretamente, constató que no existe otro método que permita proteger de una manera tan eficaz los derechos de autor y que permitir a los usuarios obtener la autorización de explotación de las obras ante cualquier entidad de gestión colectiva respecto de cualquier territorio crearía importantes problemas de control de la utilización de los derechos y de reparto de los cánones. [54] Consciente de la modificación inminente del contexto legal de la gestión de los derechos de autor, [55] el Tribunal de Justicia se preocupó de mencionar que su análisis se refería «[a]l estado actual del Derecho de la Unión». [56]

88. Sin embargo, las conclusiones de la sentencia OSA sobre este punto me parecen poco útiles para resolver el presente asunto. En efecto, en el caso de autos, no se trata del derecho de un usuario a dirigirse a una entidad de gestión colectiva de otro Estado miembro para obtener la autorización de explotación respecto de las obras cuyos derechos gestiona una entidad nacional, como sucedía en el asunto que dio lugar a la sentencia OSA, sino del derecho de un operador de gestión independiente a gestionar derechos cuya gestión no está encomendada a ninguna otra entidad de gestión colectiva, esté o no establecida en el territorio nacional.

89. Pues bien, como ya he observado en la parte de las presentes conclusiones dedicada a la Directiva 2006/123, tanto debido a la Directiva 2014/26 como a la liberalización del Derecho italiano, en este ámbito el monopolio análogo al analizado por el Tribunal de Justicia en el asunto que dio lugar a la sentencia OSA ya no existe en Italia, puesto que la intermediación en el ámbito de los derechos de autor puede ser llevada a cabo por diferentes entidades de gestión colectiva, ya sean nacionales o estén establecidas en otros Estados miembros. Únicamente los operadores de gestión independientes están excluidos del acceso a esta actividad. En estas circunstancias, tal diferencia de trato no puede justificarse mediante los argumentos adoptados por el Tribunal de Justicia en la sentencia OSA.

90. Como justificación, el Gobierno italiano invoca el carácter específico de las entidades de gestión colectiva que están sometidas al control de sus miembros y carecen de ánimo de lucro, las obligaciones que tienen frente a los titulares de los derechos, así como los beneficios de una gestión centralizada de los derechos de autor para los repertorios menos populares entre el público y, de esta manera, para el desarrollo de la cultura.

91. Sin embargo, debe señalarse previamente que, con arreglo al artículo 2, apartado 4, de la Directiva 2014/26, un buen número de las obligaciones que recaen sobre las entidades de gestión colectiva afecta también a los operadores de gestión independientes. Así, en lo tocante a las garantías para los titulares de los derechos, estas entidades se encuentran en una situación comparable a la de las entidades de gestión colectiva.

53 Sentencia OSA, apartados 72 a 78.

54 Sentencia OSA, apartados 76 y 77.

55 La sentencia OSA se dictó el día siguiente a la adopción de la Directiva 2014/26.

56 *Idem.*

92. Además, es indudable que la pertenencia a una importante entidad de gestión colectiva, con su red de acuerdos de representación recíproca, puede beneficiar a numerosos artistas y favorecer una amplia difusión de sus obras. Sin embargo, esto no es cierto para todos [57] y, en las condiciones actuales del mercado, algunos pueden contentarse, al menos temporalmente, con servicios de gestión limitados como los ofrecidos por Jamendo. Me parece que los titulares de los derechos de autor están suficientemente informados para escoger de manera autónoma la manera más eficaz de proteger sus intereses. La protección de estos derechos, como una razón imperiosa de interés general, no puede justificar los obstáculos a la realización de esta protección de la manera más adecuada según los propios interesados.

93. Por lo tanto, considero que la exclusión de los operadores de gestión independientes de la actividad de intermediación en el ámbito de los derechos de autor, según lo establecido en el Derecho italiano, no está justificada en virtud del artículo 56 TFUE.

Conclusión

94. Habida cuenta de todas las consideraciones anteriores, propongo al Tribunal de Justicia que responda de la siguiente manera a la cuestión prejudicial planteada por el Tribunale ordinario di Roma (Tribunal Ordinario de Roma, Italia):

«El artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información (Directiva sobre el comercio electrónico), en particular el comercio electrónico en el mercado interior, y el artículo 16, apartados 1 y 2, letra d), de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior,

deben interpretarse en el sentido de que

se oponen a una normativa de un Estado miembro que reserve la actividad de gestión de los derechos de autor a las entidades de gestión colectiva, excluyendo a los operadores de gestión independientes establecidos en otros Estados miembros.»

[57] Según un estudio de 2009, más de la mitad de los miembros de la SIAE recibía cánones que ni siquiera cubrían los costes de afiliación a esta entidad (Spina Ali, G., *op.cit.*).