



ASSOCIATION LITTÉRAIRE ET ARTISTIQUE INTERNATIONALE

OPINIÓN¹

Acerca de las conclusiones del Abogado General Sr. Manuel Campos Sánchez-Bordona presentadas el día 25 de abril de 2018 en el asunto C-161/17 (Land Nordrhein-Westfalen c./Dirk Renckhoff)

ALAI ha tenido conocimiento del asunto C-161/17, en el que se plantea una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la UE en el caso Land Nordrhein-Westfalen c/Dirk Renckhoff, así como de las conclusiones del Abogado General Manuel Campos Sánchez-Bordona presentadas el día 25 de abril de 2018.

ALAI constata que los hechos del caso son susceptibles de interpretarse no solo a la luz del Derecho de la Unión Europea sino también de varios artículos del Convenio de Berna para la Protección de Obras Literarias y Artísticas y del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WIPO Copyright Treaty, “WCT”), del cual es parte la Unión Europea. En este sentido, hay que recordar que la posición del Tribunal de Justicia es que “la legislación de la UE debe ser objeto de interpretación, en la medida de lo posible, de modo que resulte coherente con el Derecho internacional, en particular cuando dicha legislación está específicamente concebida para dar efecto a un acuerdo internacional concluido por la Comunidad” (sentencia de 7 de diciembre de 2006, C-306/05, SGAE v Rafael Hoteles, apartado 35).

Por lo que se refiere al Convenio de Berna, el TJUE ha constatado reiteradamente, en particular en la sentencia de 26 de abril de 2012, C-510/10, DR, TV2 v NCB, apartado 29, que “la Unión, aun no siendo parte contratante del Convenio de Berna, se encuentra no obstante obligada a cumplir con lo dispuesto en sus artículos 1 a 21 en virtud del artículo 1.4 del tratado OMPI sobre Derecho de Autor, el cual forma parte de su ordenamiento jurídico y a cuya implementación se dirige la Directiva 2001/29 (véase, al respecto, la sentencia de 4 de octubre de 2011, *Football Association Premier League y otros*, C-403/08 y C-429/08, Rec. p. I-9083, apartado 189, así como la jurisprudencia allí citada). En consecuencia, la Unión Europea está obligada a cumplir con lo dispuesto entre otros, en el artículo 11bis del Convenio de Berna (véase, por analogía, la sentencia de 9 de febrero de 2012, C-277/10, *Luksan*, apartado 59)” y el artículo 8 WCT.

ALAI, de acuerdo con los principios que siempre la han guiado, desea contribuir a la correcta interpretación de las disposiciones del Convenio de Berna y del WCT, y por ello le gustaría someter a consideración la presente Opinión relativa a los artículos 11bis, 5(2) y 10(2) del Convenio de Berna y al artículo 8 WCT.

¹ Aprobada por el Comité Ejecutivo de ALAI el 12 de septiembre de 2018.



ASSOCIATION LITTÉRAIRE ET ARTISTIQUE INTERNATIONALE

1. El artículo 11bis (1) del Convenio de Berna y su repercusión en el artículo 8 WCT

El caso *Dirk Renckhoff* concierne a la cuestión de saber si una fotografía ha sido puesta a disposición del público en el sentido del artículo 8 WCT.

De acuerdo con el artículo 8 WCT y el artículo 3, párrafo 1 de la Directiva 2001/29, el derecho de puesta a disposición forma parte del derecho de comunicación pública. Las obras pueden ponerse a disposición del público o bien mediante una comunicación pública primaria-por ejemplo, alojando una obra en un sitio web-o bien mediante una comunicación pública secundaria. La comunicación secundaria significa que se realiza una comunicación mediante la retransmisión de otra comunicación, comprendiendo la puesta a disposición de una obra, ya ofrecida al público por otra persona.

El artículo 11bis (1) del Convenio de Berna, relativo a la comunicación pública por radiodifusión, retransmisión y comunicación mediante altavoz o cualquier otro instrumento análogo, prevé una regulación detallada de la comunicación pública primaria y secundaria. El sistema de la Convención de Berna, retomado y confirmado en el artículo 8 del Tratado OMPI sobre Derecho de Autor de 1996, distingue entre:

- la comunicación al público **primaria** sin hilo², es decir, efectuada por el propio sujeto comunicador (art. 11bis (1)[i]); y
- la comunicación al público **secundaria**, la cual a su vez puede ser:
 - una comunicación, por hilo o sin hilo, realizada por un organismo distinto del de origen (art. 11bis (1) [ii]);
 - una comunicación efectuada por medio de altavoz, siempre que tenga lugar fuera del círculo íntimo de la familia y de los amigos de quien recibe lícitamente la comunicación (art. 11bis (1) [iii]).

En el caso *Dirk Renckhoff*, se trata de una comunicación **primaria**. Como para las comunicaciones reguladas en el artículo 11bis, no cabe interpretar el derecho de puesta a disposición del artículo 8 WCT en el sentido de que la publicación hecha por alguien en un sitio web confiere *ipso facto* a todas las ulteriores comunicaciones efectuadas por otras personas a partir de otras copias de la misma obra el estatus de comunicaciones secundarias. Sólo hay comunicación secundaria cuando se produce la retransmisión de una *comunicación*. En el caso *Dirk Renckhoff*, la comunicación realizada por www.schwarzaufweiss no fue objeto de retransmisión por la Gesamtschule Waltrop. Antes bien, el centro escolar comunicó la fotografía usando una copia alojada en su propio sitio web.

² El artículo 8 del Tratado OMPI incluye expresamente la comunicación con hilo.



ASSOCIATION LITTÉRAIRE ET ARTISTIQUE INTERNATIONALE

Tratándose de una comunicación **primaria**, debe respetarse el criterio del **artículo 11bis (1) (i)**. Así las cosas, lo único que importa saber es si se trata de una comunicación al público, sin que deba reunirse ninguna otra condición. Por lo tanto, no son pertinentes las circunstancias tenidas en cuenta por el Abogado General, en concreto:

- El carácter “incidental” de la obra en relación con el trabajo de la alumna (67);
- La ausencia de intención de ampliar el círculo de personas que pudieran ver la fotografía (68);
- El hecho de que el señor Renckhoff consintiera la comunicación en el sitio web de la revista de viajes (70);
- La cuestión de si se podía exigir a la alumna y a su profesor conciencia de la necesidad de obtener el consentimiento del fotógrafo (70);
- El hecho de que el **público** destinatario de la transmisión no fuera “nuevo” o no pudiera ser susceptible de conformar un “círculo más amplio” de público (95).

Puesto que, es suficiente que una comunicación primaria³ sea dirigida al “público”, resulta incorrecto que el Abogado General apoye sus conclusiones en el concepto de público *nuevo*, introduciendo así en Derecho de autor comunitario una condición adicional que los Tratados no contemplan, que reduce considerablemente la protección que los mismos tratan de asegurar y que contradice sus objetivos de ofrecer una base uniforme y segura para el Derecho de autor internacional.

La introducción del requisito de público nuevo colisiona con el principio universal de que el derecho de autor es un derecho oponible *erga omnes*. De ello se sigue que, en el caso objeto de examen, la autorización otorgada por Renckhoff a www.schwarzauflweiss para comunicar su foto no envuelve una autorización para la Gesamtschule Waltrop. Incluso si el público es el mismo en ambos casos, el Convenio de Berna requiere que el autor otorgue una autorización nueva y separada a cada sujeto que se proponga efectuar un acto de comunicación primaria. La autorización dada a una persona sólo es válida en el ámbito de dicha relación, y no lo es en relación con terceros.

³ Respecto de la posición de ALAI acerca de que otras condiciones tales como “público nuevo” no deben ser aplicadas a las comunicaciones secundarias, se pueden consultar la Opinión provisional de 27 de marzo de 2017, aprobada por el Comité ejecutivo de ALAI el 17 de mayo de 2017, sobre el derecho de comunicación pública y las conclusiones del Abogado General en los casos *Filmspeler C-527/15* y *Ziggo C-610/15*, en pp. 4 y 5 (disponible en <http://www.alai.org/assets/files/resolutions/170327-avis-filmspeler-ziggo.pdf>); el Informe y opinión de ALAI (2015) acerca de la compatibilidad con el Convenio de Berna de los hiperenlaces y la comunicación al público por Internet (disponible en <http://www.alai.org/assets/files/resolutions/201503-rapport-et-avis-hyperliens-3.pdf>); la Opinión de ALAI (2014) acerca del criterio de “público nuevo”, elaborado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), en el ámbito de la puesta a disposición y la comunicación al público (disponible en <http://www.alai.org/assets/files/resolutions/2014-avis-public-nouveau.pdf>) y el Informe y opinión de ALAI (2013) acerca de la puesta a disposición y la comunicación al público en Internet, en particular las técnicas de enlace en Internet (disponible en <http://www.alai.org/assets/files/resolutions/avis-droit-mise-a-disposition.pdf>).



ASSOCIATION LITTÉRAIRE ET ARTISTIQUE INTERNATIONALE

II. El artículo 5 (2) del Convenio de Berna

¿Puede exigirse a un profesional que, cuando publica una obra en Internet, haga reserva de su derecho de autor, mencione su nombre como autor o advierta al público de la prohibición de utilizar la obra, con el fin de evitar que pueda crearse la apariencia contraria? Las conclusiones del Abogado General parecen sugerirlo así (apartados 75, 78, 82, 85, 104 a 106).

ALAI considera sin embargo necesario respetar el principio fundamental expresado en el artículo 5(2) del Convenio de Berna, conforme al cual el goce y ejercicio de los derechos no se encuentran subordinados a ninguna formalidad.

III. El artículo 10 (2) del Convenio de Berna

De acuerdo con el artículo 10, par. (2) del Convenio de Berna:

“Se reserva a las legislaciones de los países de la Unión y de los Arreglos particulares existentes o que se establezcan entre ellos lo que concierne a la facultad de utilizar lícitamente, en la medida justificada por el fin perseguido, las obras literarias o artísticas a título de ilustración de la enseñanza por medio de publicaciones, emisiones de radio o grabaciones sonoras o visuales, con tal de que esa utilización sea conforme a los usos honrados”.

La utilización lícita se encuentra, por lo tanto, limitada a los usos a título de ilustración de la enseñanza. Dicho criterio es el adoptado en el artículo 5(3)(a) de la Directiva 2001/29, e igualmente se encuentra reflejado en la ley alemana. Además, tanto el Convenio como la Directiva se remiten expresamente a la ley nacional; por lo demás, la excepción es facultativa.

Desde el punto de vista del Convenio, la clave es determinar si una comunicación en un sitio web accesible a todos los internautas y no limitada a la comunidad escolar, puede ser calificada como una utilización a título de enseñanza y si dicha utilización es conforme con los usos honrados.

La comunicación de una obra en un sitio accesible a cualquiera, incluso llevada a cabo por un centro de enseñanza, desborda sin duda el ámbito de una emisión a título de ilustración de enseñanza. El artículo 10(2), por consiguiente, no puede servir para justificar ese uso.

En su preámbulo, el Tratado OMPI sobre Derecho de Autor de 1996 reconoce la necesidad de establecer nuevas reglas internacionales que sirvan para aportar respuestas apropiadas a las cuestiones suscitadas por la evolución de las tecnologías digitales e Internet. En particular, dicho preámbulo reconoce la necesidad de mantener **un equilibrio** entre los derechos de los autores y el interés público general, particularmente



ASSOCIATION LITTÉRAIRE ET ARTISTIQUE INTERNATIONALE

en materia de **enseñanza**, de investigación y de acceso a la información, con arreglo a lo dispuesto en el Convenio de Berna.

Sin embargo, la regla del artículo 10(2) no fue modificada con ocasión del nuevo Tratado, por lo que el consenso internacional a este respecto se puede considerar reciente.

Por lo demás, la comunicación realizada en el sitio web de un centro escolar con un acceso más restringido podría entenderse perfectamente compatible con las normas del Convenio. ALAI considera que las disposiciones citadas permiten encontrar una solución adecuada susceptible de equilibrar el derecho fundamental de los autores con el derecho a la educación consagrado en el artículo 14(1) de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.
