

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO

WT/DS160/ARB25/1
9 de noviembre de 2001

(01-5417)

ESTADOS UNIDOS - ARTÍCULO 110(5) DE LA LEY DE DERECHO DE AUTOR DE LOS ESTADOS UNIDOS

RECURSO AL ARBITRAJE PREVISTO EN EL ARTÍCULO 25 DEL ESD

LAUDO ARBITRAL

El presente laudo arbitral sobre el asunto *Estados Unidos - Artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos - Recurso al arbitraje previsto en el artículo 25 del ESD* se notifica al Órgano de Solución de Diferencias y al Consejo de los ADPIC, donde cualquier Miembro puede plantear cualquier cuestión con él relacionada, conforme al párrafo 3 del artículo 25 del ESD. El laudo se distribuye como documento de distribución general a partir del 9 de noviembre de 2001 de conformidad con los Procedimientos para la distribución y la supresión del carácter reservado de los documentos de la OMC (WT/L/160/Rev.1).

I. INTRODUCCIÓN

A. ACTUACIONES

1.1 El 23 de julio de 2001, las Comunidades Europeas (CE)¹ y los Estados Unidos (entidades a las que en adelante se denominará también, en el presente laudo, las "partes") notificaron al Órgano de Solución de Diferencias (OSD) su acuerdo mutuo en recurrir al arbitraje con arreglo al artículo 25 del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias (al que en adelante se denominará, en el presente laudo, el "ESD").² El objetivo expreso del arbitraje era determinar el nivel de anulación o menoscabo de ventajas para las Comunidades Europeas resultante de la aplicación del artículo 110(5)(B) de la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos.

1.2 Las partes han recurrido a este arbitraje después de que el OSD adoptase el informe del Grupo Especial en el que, a petición de las Comunidades Europeas, se examinaba la compatibilidad del artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos³, modificada por la Ley sobre la lealtad en la concesión de licencias sobre obras musicales de 1998⁴, con el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio.⁵ Las conclusiones y recomendaciones del Grupo Especial⁶ son las siguientes:

¹ A los efectos de estas actuaciones, las referencias a las "Comunidades Europeas" se entenderán hechas, siempre que proceda, a las Comunidades Europeas y a sus Estados miembros.

² Véase WT/DS160/15. El artículo 25 del ESD dispone lo siguiente:

"1. Un procedimiento rápido de arbitraje en la OMC como medio alternativo de solución de diferencias puede facilitar la resolución de algunos litigios que tengan por objeto cuestiones claramente definidas por ambas partes.

2. Salvo disposición en contrario del presente Entendimiento, el recurso al arbitraje estará sujeto al acuerdo mutuo de las partes, que convendrán en el procedimiento a seguir. El acuerdo de recurrir al arbitraje se notificará a todos los Miembros con suficiente antelación a la iniciación efectiva del proceso de arbitraje.

3. Sólo podrán constituirse en parte en el procedimiento de arbitraje otros Miembros si las partes que han convenido en recurrir al arbitraje están de acuerdo en ello. Las partes en el procedimiento convendrán en acatar el laudo arbitral. Los laudos arbitrales serán notificados al OSD y al Consejo o Comité de los acuerdos pertinentes, en los que cualquier Miembro podrá plantear cualquier cuestión con ellos relacionada.

4. Los artículos 21 y 22 del presente Entendimiento serán aplicables *mutatis mutandis* a los laudos arbitrales."

³ Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos de 1976, Ley de 19 de octubre de 1976, *Pub.L. 94-553, 90 Stat. 2541* (con sus modificaciones).

⁴ Ley sobre la lealtad en la concesión de licencias sobre obras musicales de 27 de octubre de 1998, *Pub.L. 105-298, 112 Stat. 2830, 105th Cong., 2nd Session (1998)*, a la que en adelante se denominará, en el presente laudo, la "Enmienda de 1998".

⁵ Al que en adelante se denominará, en el presente laudo, el "Acuerdo sobre los ADPIC".

⁶ Véase el informe del Grupo Especial que se ocupó del asunto *Estados Unidos - Artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos* (al que en adelante se denominará, en el presente laudo, "*Estados Unidos - Artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor*"), WT/DS160/R, adoptado el 27 de julio

7.1 Habida cuenta de las constataciones que figuran en los párrafos 6.92-6.95, 6.133, 6.159, 6.211, 6.219, 6.266 y 6.272 *supra*, el Grupo Especial llega a la conclusión de que:

- a) la parte A) del artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos cumple los requisitos del artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC y, en consecuencia, es compatible con el punto 3º del párrafo 1) del artículo 11*bis* y con el punto 2º del párrafo 1) del artículo 11 del Convenio de Berna (1971) incorporados en el Acuerdo sobre los ADPIC en virtud del párrafo 1 del artículo 9 de dicho Acuerdo.
- b) la parte B) del artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos no cumple los requisitos del artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC y en consecuencia es incompatible con el punto 3º del párrafo 1) del artículo 11*bis* y con el punto 2º del párrafo 1) del artículo 11 del Convenio de Berna (1971) incorporados en el Acuerdo sobre los ADPIC en virtud del párrafo 1 del artículo 9 del Acuerdo.

7.2 El Grupo Especial *recomienda* que el Órgano de Solución de Diferencias solicite a los Estados Unidos que ponga la parte B) del artículo 110(5) en conformidad con sus obligaciones con arreglo al Acuerdo sobre los ADPIC.⁷

1.3 Las partes solicitaron al Presidente del OSD que se pusiera en contacto con los miembros del Grupo Especial que había entendido inicialmente en la diferencia, a fin de determinar su disponibilidad para actuar como árbitros en este procedimiento.⁸ La Presidenta del Grupo Especial inicial, Sra. Carmen Luz Guarda, y un miembro del mismo, el Sr. A.V. Ganesan, ya no estaban disponibles. Conforme al procedimiento convenido que para la selección de los árbitros se establecía en el documento WT/DS160/15, el Director General nombró a dos árbitros⁹ para sustituirlos.

1.4 El 13 de agosto de 2001, se informó a los Miembros de que los nombres de los Árbitros eran los siguientes¹⁰:

Presidente: Sr. Ian F. Sheppard
Miembros: Sra. Margaret Liang
Sr. David Vivas-Eugui.

1.5 Tras una reunión de organización celebrada con las partes el 13 de agosto de 2001, los Árbitros prepararon un procedimiento de trabajo y un calendario basándose en el procedimiento convenido y el plazo para el arbitraje en virtud del artículo 25 que figuraba en el anexo a la comunicación dirigida por las partes al Presidente del OSD sobre su recurso al artículo 25 del ESD.¹¹

de 2000. El Grupo Especial que entendió inicialmente en el asunto se denominará en adelante, en el presente laudo, el "Grupo Especial".

⁷ Informe del Grupo Especial *Estados Unidos - Artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor, supra*, párrafos 7.1 y 7.2.

⁸ Véase WT/DS160/15.

⁹ El grupo de tres árbitros se denominará en adelante, en el presente laudo, los "Árbitros".

¹⁰ Véase WT/DS160/16.

¹¹ Véase WT/DS160/15.

1.6 La jurisdicción de los Árbitros se determina en el documento WT/DS160/15, que en su parte pertinente dispone lo siguiente:

"Los Estados Unidos y las Comunidades Europeas (CE), habiendo decidido de común acuerdo, de conformidad con el párrafo 2 del artículo 25 del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias (ESD), solicitar arbitraje para determinar el nivel de anulación o menoscabo de ventajas para las CE resultante del artículo 110(5)(B) de la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos, solicitan respetuosamente que se ponga en contacto con los integrantes del Grupo Especial que entendió inicialmente en la diferencia "Estados Unidos – Artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos" (WT/DS160), para determinar su disponibilidad para actuar como árbitros en este procedimiento. [...]

Las partes acuerdan que el laudo del árbitro será definitivo y que lo aceptarán como el nivel de la anulación o menoscabo a los efectos de cualquier futuro procedimiento en virtud del artículo 22 del ESD en relación con la presente diferencia."

1.7 Con arreglo al calendario establecido, las Comunidades Europeas presentaron el 14 de agosto de 2001 un documento sobre el método que se iba a seguir. Ambas partes presentaron comunicaciones simultáneamente el 21 de agosto de 2001. Las partes presentaron simultáneamente réplicas por escrito el 28 de agosto de 2001. Los Árbitros se reunieron con las partes el 5 de septiembre de 2001. Las respuestas a las preguntas hechas por los Árbitros se recibieron el 11 de septiembre. Cada una de las partes estaba autorizada a hacer observaciones sobre las respuestas de la otra parte hasta el 14 de septiembre de 2001.¹²

1.8 Los Árbitros dieron a conocer su laudo a las partes el 12 de octubre de 2001. El laudo fue notificado al OSD y al Consejo de los ADPIC el 9 de noviembre de 2001, en cumplimiento de lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 25 del ESD.

B. CUESTIONES PROCESALES QUE SURGIERON EN EL CURSO DE LAS ACTUACIONES

1.

ote 2do,ron a obndi sum41rrintermidaón de difode la

Árbitros solicitasen tal información.¹⁵ Los Árbitros convinieron en que las partes podrían hacer observaciones sobre cualquier información presentadas por las organizaciones estadounidenses de

1.13 Los **Árbitros** recuerdan que uno de los principales intereses expresados por las partes cuando se sometió este asunto a arbitraje era que actuásemos rápidamente. Señalamos que, si hubiéramos tenido en cuenta la información proporcionada por la ASCAP y por la BMI, habríamos tenido que retrasar considerablemente la fecha de emisión de nuestro laudo. Subrayamos a este respecto que las Comunidades Europeas han expresado la opinión de que la información proporcionada por la ASCAP y por la BMI no justifica ninguna demora. Observamos también que los Estados Unidos no nos han pedido expresamente que consideremos las cifras dadas por la ASCAP o por la BMI. Por consiguiente, nos sentimos reacios a aplazar la emisión de nuestro laudo. Señalamos a este respecto que todo retraso en la publicación de nuestro informe hace que se reduzca el plazo de que disponen ambas partes para llegar a una solución mutuamente satisfactoria antes de que expire el plazo prudencial acordado por el OSD.

1.14 Teniendo en cuenta estas consideraciones procesales, concluimos que no debemos tener en cuenta la información proporcionada por la ASCAP y por la BMI.

2. Admisibilidad de algunas pruebas presentadas por los Estados Unidos

1.15 El 17 de septiembre de 2001, las Comunidades Europeas enviaron al Presidente de los Árbitros una carta en la que se oponían a la presentación de ciertas pruebas que los Estados Unidos habían adjuntado a sus observaciones de 14 de septiembre de 2001 sobre las respuestas de las partes a las preguntas de los Árbitros. El 19 de septiembre, el Presidente de los Árbitros envió a las partes una carta cuyos pasajes pertinentes dicen lo siguiente:

"En la carta que las Comunidades Europeas (CE) me han dirigido con fecha 17 de septiembre de 2001, como Presidente de los Árbitros en el asunto mencionado más arriba, las CE hacen referencia al párrafo f) de nuestro Procedimiento de trabajo de 16 de agosto de 2001 y afirman que las pruebas documentales US ARB-25 y US ARB-26, que los Estados Unidos acompañan a sus observaciones de 14 de septiembre de 2001, se han presentado tarde y que "no se han aducido razones válidas" para que se conceda una excepción. Las Comunidades Europeas concluyen que los Árbitros deben hacer caso omiso de las pruebas documentales en cuestión. Además, las CE hacen algunas observaciones sobre el fondo de la prueba documental US ARB-26.

Los Árbitros recuerdan que el párrafo f) dispone lo siguiente:

'f) Las partes presentarán a los Árbitros todas las pruebas fácticas a más tardar con las primeras comunicaciones escritas dirigidas a los Árbitros, excepto en lo que se refiere a las pruebas necesarias a los efectos de los escritos de réplica. Podrán establecerse excepciones a este procedimiento por causas justificadas. En tal caso, se dará a la otra parte un plazo para formular observaciones, según proceda.'

Los Árbitros señalan que los Estados Unidos han presentado nueva documentación, consistente en las pruebas documentales US ARB-25 y US ARB-26, en el contexto de las observaciones que cada una de las partes estaba autorizada a hacer sobre las respuestas de la otra parte a las preguntas de los Árbitros. Los Árbitros señalan también que las CE han formulado observaciones tanto sobre la admisibilidad como sobre el fondo de esas pruebas documentales. Los Árbitros concluyen que, sin perjuicio de cualquier decisión que en último término puedan adoptar sobre la petición de las CE, no se ha privado a las CE de la posibilidad de hacer observaciones con arreglo al párrafo f) de nuestros Procedimientos de Trabajo.

En estas circunstancias, los Árbitros consideran procedente abordar en el laudo

de información como confidencial no ayudaba al Grupo Especial a cumplir su obligación de formular las constataciones que mejor permitieran al OSD desempeñar sus funciones en materia de solución de diferencias.¹⁸

1.24 Al no haber hecho las partes ninguna petición específica sobre la forma de preservar la confidencialidad de la información comercial confidencial, los Árbitros se basarán en general en la práctica seguida por el Órgano de Apelación a este respecto.¹⁹ Dado que la información confidencial puede aparecer como tal en el laudo a fin de respaldar las constataciones de los Árbitros, los Árbitros decidieron preparar dos versiones de su laudo. Una, destinada a las partes, contendría toda la información utilizada en apoyo de las determinaciones de los Árbitros. La otra, que se distribuiría a todos los Miembros, sería modificada para no incluir la información con respecto a la que los Árbitros, después de consultar a las partes, llegasen a la conclusión de que no estaba suficientemente garantizada la confidencialidad por razones comerciales. La información que los Árbitros considerasen que era información comercial confidencial sería sustituida por "x".²⁰

II. ALCANCE DEL MANDATO DE LOS ÁRBITROS

A. JURISDICCIÓN CON ARREGLO AL ARTÍCULO 25 DEL ESD PARA EXAMINAR LA CUESTIÓN SOMETIDA A LOS ÁRBITROS POR LAS PARTES

2.1 Los Árbitros señalan que, desde que se creó la OMC, esta es la primera vez que los Miembros han recurrido al arbitraje previsto en el artículo 25 del ESD.²¹ Así como el OSD establece grupos especiales o remite los asuntos a otros órganos de arbitraje, el artículo 25 establece un procedimiento diferente. Las partes en esta diferencia sólo tenían que *notificar* al OSD su recurso al arbitraje. El OSD no tiene que adoptar ninguna decisión para que se someta un asunto a arbitraje con arreglo al artículo 25. Al no existir un control multilateral del recurso a esa disposición, incumbe a los propios Árbitros cerciorarse de que esa disposición se aplica de conformidad con las normas y principios que rigen el sistema de la OMC.²² Como recordó el Órgano de Apelación en el asunto *Estados Unidos - Ley Antidumping de 1916*²³, es una norma universalmente aceptada que un tribunal internacional puede considerar de oficio la cuestión de su propia competencia. Los Árbitros creen que este

¹⁸ Véase el informe del Grupo Especial *Estados Unidos - Artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor, supra*, párrafo 6.208 y nota 192, y párrafo 6.233 y nota 209.

¹⁹ Véase, en particular, el informe del Órgano de Apelación sobre el asunto *Canadá - Medidas que afectan a la exportación de aeronaves civiles*, WT/DS70/AB/R, adoptado el 20 de agosto de 1999, párrafos 141 a 147.

²⁰ Este procedimiento fue seguido en un arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 y no parece que tropezara con objeciones en el OSD. Véase la decisión de los Árbitros en el asunto *Brasil - Programa de financiación de las exportaciones para aeronaves - Recurso del Brasil al arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD y el párrafo 11 del artículo 4 del Acuerdo SMC* (al que en adelante se denominará, en el presente laudo, "*Brasil - Aeronaves (22.6)*"), WT/DS46/ARB, 28 de agosto de 2000, párrafo 2.14.

²¹ Los Árbitros recuerdan que raras veces se recurrió al arbitraje en el marco del GATT de 1947.

²² En particular, los Árbitros creen que este arbitraje no debe aplicarse de forma que se eludan las disposiciones del párrafo 6 del artículo 22 del ESD (véase el párrafo 2 c) del artículo 23 del ESD).

²³ Véase el informe del Órgano de Apelación sobre el asunto *Estados Unidos - Ley Antidumping de 1916*, WT/DS136/AB/R y WT/DS162/AB/R, adoptado el 26 de septiembre de 2000, párrafo 54, nota 30.

principio se aplica también a los órganos de arbitraje.²⁴ En los casos en que haya cualquier duda sobre la jurisdicción de los Árbitros para entender en esta diferencia, expondremos brevemente las razones en que se base nuestra conclusión de que tenemos la jurisdicción necesaria.

2.2 Los Árbitros recuerdan que este arbitraje se ha solicitado para que examinemos una cuestión concreta resultante de la aplicación de las resoluciones y recomendaciones del OSD basadas en el informe del Grupo Especial que se ocupó del asunto *Estados Unidos - Artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor*. En ese contexto, nuestro mandato consiste en "determinar el nivel de anulación o menoscabo de ventajas para las CE resultante del artículo 110(5)(B) de la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos".

menoscabo sufrido por un Miembro. Por el contrario, los términos del párrafo 1 del artículo 25, en el que se hace referencia a "la resolución de algunos litigios que tengan por objeto cuestiones claramente definidas por ambas partes", pueden respaldar la opinión de que el artículo 25 debe entenderse como un mecanismo de arbitraje al que los Miembros pueden recurrir siempre que sea necesario en el marco de la OMC. Señalamos también que en el párrafo 2 del artículo 22 se hace referencia a las "negociaciones [...] con miras a hallar una compensación mutuamente aceptable". En esa disposición no hay términos que hagan imposible considerar el arbitraje como medio de llegar a una compensación mutuamente aceptable.

2.5 Además, el recurso al arbitraje con arreglo al artículo 25 es, en esta situación, plenamente compatible con el objeto y el fin del ESD. Es probable que el arbitraje contribuya a la pronta solución de una diferencia entre los Miembros, como lo exige el párrafo 3 del artículo 3 del ESD. De hecho, puede facilitar la solución de una divergencia en el contexto de la negociación de unas compensaciones, preparando así el camino para la aplicación sin que suspendan concesiones u otras obligaciones.

2.6 En general, el recurso al arbitraje con arreglo al artículo 25 refuerza el sistema de solución de diferencias al complementar las negociaciones previstas en el párrafo 2 del artículo 22. La posibilidad de que las partes en una diferencia traten de recurrir al arbitraje para negociar una compensación da mayor eficacia a esa posibilidad prevista en el párrafo 2 del artículo 22. Incidentalmente, los Árbitros señalan que, en su opinión, la compensación siempre es preferible a la adopción de contramedidas de cualquier tipo, puesto que refuerza el comercio en vez de restringirlo o desviarlo. Finalmente, tal aplicación del artículo 25 no afecta, al menos en el asunto que se examina, a los derechos que confiere a otros Miembros el ESD.²⁹

2.7 Teniendo en cuenta el objetivo del arbitraje solicitado por las partes y el hecho de que los derechos que confiere a otros Miembros el ESD no se ven afectados por la decisión de las CE y de los Estados Unidos de recurrir al arbitraje previsto en el artículo 25, los Árbitros consideran que deben declarar, mientras los Miembros no hagan una interpretación más a fondo, que tienen jurisdicción con arreglo al artículo 25 para determinar el nivel de las ventajas para las CE que se están anulando o menoscabando en este asunto.³⁰

III. CUESTIONES CONCEPTUALES

3.1 Como este procedimiento de arbitraje es el primero en que se confía a un órgano jurisdiccional de la OMC la función de determinar el nivel de las ventajas anuladas o menoscabadas como consecuencia de la infracción de obligaciones impuestas por el Acuerdo sobre los ADPIC, es necesario examinar con algún detenimiento dos cuestiones conceptuales antes de realizar efectivamente ningún cálculo del nivel de la anulación o menoscabo sufridos por las Comunidades Europeas en este asunto.

²⁹ De hecho, puede afectarlos favorablemente, dado el carácter *erga omnes* de la compensación.

³⁰ El hecho de que los Árbitros reconozcan su jurisdicción en este asunto no constituye una ampliación unilateral de la jurisdicción de la OMC, puesto que depende de que las partes en una diferencia acuerden recurrir al artículo 25 del ESD. Esta decisión ha de entenderse sin perjuicio de la compatibilidad con el ESD de la decisión de las partes de aceptar el presente laudo como nivel de anulación o menoscabo a los efectos de cualesquiera actuaciones que se emprendan en el futuro con arreglo al artículo 22 del ESD en relación con este asunto. También ha de entenderse sin perjuicio de cualquier interpretación de las disposiciones de los artículos 22 y 25 del ESD que hagan la Conferencia Ministerial o el Consejo General.

A. NATURALEZA Y NIVEL DE LAS VENTAJAS ANULADAS O MENOSCABADAS

3.2 La primera cuestión que pasan a examinar los Árbitros es la naturaleza y el nivel de las ventajas que se están anulando o menoscabando en este asunto.

3.3 Las **Comunidades Europeas** afirman que este asunto es especial por cuanto entraña la denegación, por los Estados Unidos, de derechos exclusivos que los Estados Unidos están obligados, en virtud del Acuerdo sobre los ADPIC, a conceder a los nacionales de otros Miembros de la OMC. Las Comunidades Europeas señalan que, en cambio, en ninguno de los anteriores procedimientos de arbitraje entablados con arreglo al párrafo 6 del artículo 22 del ESD disfrutaba de derecho exclusivo alguna ninguna de las entidades afectadas por las medidas en cuestión en cada asunto que eran incompatibles con las normas de la OMC. En vez de ello, solamente tenían expectativas sobre el marco jurídico y las condiciones fácticas en que podrían proseguir sus actividades económicas. Las Comunidades Europeas consideran que, como el Acuerdo sobre los ADPIC garantiza derechos exclusivos específicos y no meramente expectativas, la forma correcta de medir la anulación o menoscabo de ventajas en este asunto es evaluar el valor económico de los derechos exclusivos denegados.

3.4 En relación con la diferencia que se examina, las Comunidades Europeas sostienen que no se puede proceder a una evaluación correcta del valor de los derechos de autor exclusivos que se están denegando a los titulares de derechos de autor de las CE como resultado del artículo 110(5)(B), a menos que se suponga que tienen licencia todos los establecimientos que utilizan obras amparadas por el derecho de autor de titulares de derechos de las CE. Las Comunidades Europeas señalan que, de no ser así, esos establecimientos estarían cometiendo actos de piratería. Por consiguiente, las Comunidades Europeas estiman que el valor económico de los derechos de autor en litigio en esta diferencia corresponde a los ingresos por concepto de licencias *potencialmente* no percibidos por los titulares de derechos de autor de las CE como resultado del artículo 110(5)(B).

3.5 Los **Estados Unidos** consideran que el nivel de la anulación o menoscabo de ventajas causados a las Comunidades Europeas es igual a las ventajas no percibidas anualmente por los titulares de derechos de autor de las CE como resultado del artículo 110(5)(B). Al igual que las Comunidades Europeas, los Estados Unidos creen que el nivel de la anulación o el menoscabo deben medirse haciendo referencia a las regalías que por concepto de concesión de licencias hayan dejado de percibir los titulares de derechos de autor de las CE. Sin embargo, los Estados Unidos no están de acuerdo con la afirmación de las Comunidades Europeas de que han perdido unos beneficios iguales al total de las regalías por concesión de licencias que hipotéticamente podrían haber percibido. A juicio de los Estados Unidos, para cuantificar las ventajas perdidas, la forma más exacta y más basada en los hechos consiste en determinar las ventajas que los titulares de derechos de autor de las CE estaban obteniendo antes de que se promulgase el artículo 110(5)(B).

3.6 Según los Estados Unidos, se debe rechazar el método propuesto por las Comunidades Europeas porque, con él, las regalías que en concepto de concesión de licencias no se hayan percibido se calculan como si los titulares de los derechos de autor percibiesen regalías de *todos* los usuarios de obras musicales difundidas por radio o televisión afectados por el artículo 110(5)(B). Los Estados Unidos sostienen que, antes de que se promulgase el artículo 110(5)(B), muchos bares, restaurantes y establecimientos de comercio minorista en los Estados Unidos que podrían haber difundido música de la radio o de la televisión no tenían licencia para hacerlo. Los Estados Unidos afirman que es de suponer que no TarelCcientopara 3369 TgEuropeas es igualbt, ent Tj T* OACchos de autor de

administrar licencias para cada uno de ellos. En consecuencia, los Estados Unidos estiman que el método propuesto por las Comunidades Europeas, dado que prescinde del costo de la percepción y la distribución de las regalías, permite obtener unos beneficios excepcionales que serían contrarios a las normas de la OMC y penalizarían injustificadamente a los Estados Unidos.

3.7 Las **Comunidades Europeas** rechazan el argumento de los Estados Unidos de que sería "demasiado costoso" obtener licencias para ciertas categorías de empresas o para las empresas de ciertas zonas de los Estados Unidos. Las Comunidades Europeas afirman que eso equivale a decir que un Miembro de la OMC en el que los índices de piratería sean muy altos o en el que es particularmente difícil o costoso hacer que se respeten los derechos de propiedad intelectual está, en la práctica, liberado de las obligaciones sustantivas que le impone el Acuerdo sobre los ADPIC.

3.8 Los **Árbitros** señalan que en este asunto se les ha pedido que determinen el nivel de anulación o menoscabo de ventajas para las CE resultante de la continuación de la aplicación del artículo 110(5)(B). Con respecto al artículo 110(5)(B), el Grupo Especial llegó a la conclusión de que era "[...] incompatible con el punto 3º del párrafo 1) del artículo 11bis y con el punto 2º del párrafo 1) del artículo 11 del Convenio de Berna (1971) incorporados en el Acuerdo sobre los ADPIC en virtud del párrafo 1 del artículo 9 del Acuerdo".³¹ Ninguna de las partes en esta diferencia niega que el artículo 110(5)(B), tal como está actualmente en vigor, continúe siendo incompatible con las disposiciones de los mencionados artículos.

3.9 Es evidente, en consecuencia, que las ventajas que el artículo 110(5)(B) está menoscabando o anulando son las ventajas que deberían obtener las Comunidades Europeas y otros Miembros con arreglo a las disposiciones del punto 3º del párrafo 1) del artículo 11bis y del punto 2º del párrafo 1) del artículo 11 del Convenio de Berna (1971)³², incorporados en el Acuerdo sobre los ADPIC en virtud del párrafo 1 del artículo 9 de ese Acuerdo.

3.10 De las comunicaciones de las partes se desprende evidentemente que estas difieren no tanto en lo que se refiere a la *naturaleza* de las ventajas que deben obtener las Comunidades Europeas con arreglo a lo dispuesto en el punto 3º del párrafo 1) del artículo 11bis y en el punto 2º del párrafo 1) del artículo 11 cuanto en lo que se refiere al *nivel* de las ventajas que las Comunidades Europeas pueden creer que obtendrán en virtud de esas disposiciones. Los Árbitros abordarán sucesivamente cada una de estas cuestiones.³³

3.11 En lo que se refiere, primero a la *naturaleza* de las ventajas que obtendrían las Comunidades Europeas si el artículo 110(5)(B) se pusiera en conformidad del punto 3º del párrafo 1) del

³¹ Informe del Grupo Especial *Estados Unidos - Artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor*, *supra*, apartado b) del párrafo 7.1.

³² El punto 3º del párrafo 1) del artículo 11bis y el punto 2º del párrafo 1) del artículo 11 del Convenio de Berna (1971) se denominarán en adelante, en el presente laudo, "punto 3º del párrafo 1) del artículo 11bis y punto 2º del párrafo 1) del artículo 11".

³³ Los Árbitros señalan que, en los casos en que los usuarios de obras amparadas por el derecho de autor están comprendidos en el ámbito de aplicación del artículo 110(5)(B), las Comunidades Europeas no obtienen actualmente *ninguna* ventaja de las disposiciones del punto 3º del párrafo 1) del artículo 11bis y del punto 2º del párrafo 1) del artículo 11. Por consiguiente, carece de importancia que la cuestión sometida a los Árbitros se formule como "¿cuál es el nivel de las ventajas resultantes para las Comunidades Europeas que se están anulando o menoscabando como resultado del artículo 110(5)(B)?" o como "¿cuál es el nivel de las ventajas que obtendrían las Comunidades Europeas si el artículo 110(5)(B) se pusiera en conformidad con el punto 3º del párrafo 1) del artículo 11bis y con el punto 2º del párrafo 1) del artículo 11?"

artículo 11*bis* y con el punto 2º) del párrafo 1) del artículo 11, conviene recordar desde el primer momento lo que disponen efectivamente esos artículos.

3.12 El punto 3º) del párrafo 1) del artículo 11*bis* dispone lo siguiente:

Los autores de obras literarias y artísticas gozarán del derecho exclusivo de autorizar:

[...]

3º) la comunicación pública mediante altavoz o mediante cualquier otro instrumento análogo transmisor de signos, de sonidos o de imágenes de la obra radiodifundida.

3.13 El punto 2º) del párrafo 1) del artículo 11 dispone lo siguiente:

Los autores de obras dramáticas, dramático-musicales y musicales gozarán del derecho exclusivo a autorizar:

[...]

2º) la transmisión pública, por cualquier medio, de la representación y de la ejecución de sus obras.

3.14 En virtud de lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 9 del Acuerdo sobre los ADPIC³⁴, las disposiciones del punto 3º) del párrafo 1) del artículo 11*bis* y del punto 2º) del párrafo 1) del artículo 11 "[...] se han convertido en parte del Acuerdo sobre los ADPIC y, en tanto que disposiciones de dicho Acuerdo, deben considerarse aplicables a los Miembros de la OMC".³⁵

3.15 A los efectos de esta diferencia, esto significa que los Estados Unidos tienen la obligación de reconocer a los titulares de derechos de autor de las CE los derechos exclusivos establecidos en el punto 3º) del párrafo 1) del artículo 11*bis* y en el punto 2º) del párrafo 1) del artículo 11.³⁶ No obstante, es importante tener presente que, aunque incumbe a los *Estados Unidos reconocer* a los titulares de derechos de autor de las CE los derechos exclusivos establecidos en el punto 3º) del párrafo 1) del artículo 11*bis* y en el punto 2º) del párrafo 1) del artículo 11, incumbe a los *titulares de derechos de autor de las CE* determinar si procede *ejercer o explotar* esos derechos y la forma en que se vayan a *ejercer o explotar* esos derechos.

3.16 Aunque puede haber diversas formas en que los titulares de derechos de autor de las CE ejerzan o exploten los derechos exclusivos que los Estados Unidos han de reconocerles, las partes

³⁴ El párrafo 1 del artículo 9 del Acuerdo sobre los ADPIC dispone, en la parte pertinente, que "Los Miembros observarán los artículos 1 a 21 del Convenio de Berna (1971) y el Apéndice del mismo".

³⁵ Informe del Grupo Especial *Estados Unidos - Artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor*, *supra*, párrafo 6.18.

³⁶ El párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo sobre los ADPIC dispone claramente que "Los Miembros aplicarán las disposiciones del [...] Acuerdo [sobre los ADPIC]". Por consiguiente, los Miembros han de incorporar en su legislación nacional los medios de dispensar la protección exigida por el Acuerdo sobre los ADPIC. Además, el párrafo 3 del artículo 1 del Acuerdo sobre los ADPIC dispone, en la parte pertinente, que "Los Miembros concederán a los nacionales de los demás Miembros el trato previsto en el presente Acuerdo" (no se reproduce la nota de pie de página). Esto confirma que han de concederse a los titulares de derechos de autor de las CE los derechos exclusivos conferidos por el punto 3º) del párrafo 1) del artículo 11*bis* y por el punto 2º) del párrafo 1) del artículo 11.

están de acuerdo en que, en la práctica, tales derechos exclusivos se explotan y se explotarían mediante la concesión de licencias. Los Árbitros no ven ninguna razón para diferir de las partes a este respecto.³⁷

3.17 Si se supone, pues, que los titulares de derecho de autor explotan sus derechos exclusivos mediante la concesión de licencias para la utilización de sus obras, una de las ventajas dimanantes de esos derechos consiste en las regalías que los titulares de derechos de autor percibirían por la concesión de licencias. Así, los derechos exclusivos tales como los establecidos en el punto 3º del párrafo 1) del artículo 11*bis* y en el punto 2º del párrafo 1) del artículo 11 se traducirán normalmente en ventajas económicas para los titulares de los derechos de autor.

la hipótesis de que las regalías que pueden obtener los titulares de derechos de autor por concepto de concesión de licencias constituyen una medida adecuada de las ventajas económicas resultantes del punto 3º del párrafo 1) del artículo 11*bis* y del punto 2º del párrafo 1) del artículo 11.

3.19 Por consiguiente, en este asunto los Árbitros evaluarán el nivel de las ventajas de las CE que5)(Brafe, valu ar

del párrafo 1) del artículo 11*bis* y por el punto 2º) del párrafo 1) del artículo 11 no incumbirían a los

3.30 Además, de la información proporcionada por las partes sobre las características de la base de usuarios estadounidenses resulta claro que las OAC de los Estados Unidos tendrían que hacer gastos muy considerables si tratasen de alcanzar un nivel de licencias del 100 por ciento. Por consiguiente, es de todo punto razonable que las OAC de los Estados Unidos podrían obtener mayores ingresos netos por concepto de licencias con un nivel de licencias inferior. De hecho, las pruebas de que hay constancia en el expediente respaldan la afirmación de los Estados Unidos de que, en la práctica, las OAC de los Estados Unidos perciben solamente una proporción de los ingresos por concepto de regalías que podrían obtener los titulares de los derechos de autor y que no obtienen licencias para todos los usuarios de obras amparadas por el derecho de autor.⁵⁰

3.31 En contra de la opinión de las Comunidades Europeas, el hecho de tener en cuenta los costos de transacción a que tienen que hacer frente las OAC de los Estados Unidos y las repercusiones de esos costos sobre el nivel de concesión de licencias no implica que los titulares de derechos de autor "tengan" que aceptar cierto nivel de "piratería". Los titulares de derechos de autor, o las OAC que los representan, tienen libertad para tratar de expedir licencias a todos los usuarios de sus obras. Sin embargo, como debe resultar claro de los párrafos precedentes, si las OAC lo hicieran, no maximizarían necesariamente los ingresos por concepto de regalías obtenidos por los titulares de derechos de autor a los que representan.

3.32 En respuesta al argumento de las Comunidades Europeas relativo a la "piratería", los Árbitros desean señalar también que el término "piratería" es, desde luego, una palabra emotiva cuando se utiliza en el contexto de la infracción de derechos de autor. En los sectores de la utilización de derechos de autor a los que no se aplican las exenciones previstas en el artículo 110(5), sería sorprendente que actualmente se percibiera el ciento por ciento de las regalías potencialmente debidas. Antes de que se promulgase la enmienda de 1998, era sumamente improbable que todas las empresas que actualmente pueden acogerse a las exenciones establecidas en la enmienda hubieran obtenido una licencia o, en el caso de que la hubieran obtenido, hubieran pagado efectivamente todos los derechos de licencia debidos. No obstante, como se ha indicado anteriormente, las Comunidades Europeas no han alegado formalmente que se haya infringido ninguna de las disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC relativas a la observancia. Si no se hubiera aprobado la enmienda de 1998, parece improbable que no se hubiera presentado al OSD reclamación alguna por el hecho de que los Estados Unidos no tomaran medidas para asegurar el pleno cumplimiento de las normas. Esto hace pensar que, en aquel momento, las Comunidades Europeas aceptaron la realidad de que nunca se podría lograr que la percepción de los derechos llegase al 100 por ciento.

3.33 A la vista de lo que antecede, los Árbitros consideran que las Comunidades Europeas no podían razonablemente pensar que, en los Estados Unidos, todos los usuarios de obras amparadas por el derecho de autor de titulares de derechos de las CE obtendrían licencias y pagarían regalías por concepto de licencias. En consecuencia, el nivel de los ingresos por concepto de regalías que las

de licencias no tengan ninguna repercusión sobre el nivel de las licencias. De hecho, el Grupo Especial reconoció "[...] que la medida en que los titulares de los derechos ejerzan o no ejerzan sus derechos exclusivos en un determinado momento es de gran importancia para evaluar lo que constituye la exportación normal con respecto a un determinado derecho exclusivo en un determinado mercado". Véase el informe del Grupo Especial *Estados Unidos - Artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor*, *supra*, párrafo 6.188.

⁵⁰ Las Comunidades Europeas no ponen en duda expresamente la exactitud de las estimaciones hechas por los Estados Unidos sobre el nivel de licencias al que probablemente se llegaría en los Estados Unidos si el artículo 110(5)(B) se pusiera en conformidad con el Acuerdo sobre los ADPIC. Por otra parte, los datos proporcionados por las Comunidades Europeas hacen pensar que el nivel de obtención de licencias en algunos Estados miembros de las CE es considerablemente más elevado que en los Estados Unidos. Hay que recordar, no obstante, que ante el Grupo Especial las Comunidades Europeas no alegaron formalmente que los Estados Unidos estuvieran actuando de forma incompatible con las obligaciones que en materia de observancia se imponen en el Acuerdo sobre los ADPIC. Véase *supra*, nota 44.

Comunidades Europeas podrían razonablemente esperar que percibieran los titulares de derechos de las CE se limita, a juicio de los Árbitros, a los ingresos por concepto de licencias procedentes de los usuarios que *obtendrían* licencias.

3.34 Así pues, los Árbitros no pueden aceptar la opinión de las Comunidades Europeas de que el nivel de las ventajas que las Comunidades Europeas podrían razonablemente pensar que obtendrían en virtud de lo dispuesto en el punto 3º del párrafo 1) del artículo 11*bis* y en el punto 2º del párrafo 1) del artículo 11 es igual a los ingresos por concepto de regalías que podrían obtener los titulares de derechos de autor de las CE. De hecho, si los Árbitros adoptasen la posición de las Comunidades Europeas, el nivel de las ventajas de las CE que quedarían *anuladas o menoscabadas* como resultado de la aplicación del artículo 110(5)(B) sería *más alto* que el nivel de las ventajas que *obtendrían efectivamente* las Comunidades Europeas si el artículo 110(5)(B) se pusiera en conformidad con el Acuerdo sobre los ADPIC.⁵¹ Los Árbitros consideran que tal resultado sería incongruente y estaría injustificado. Sería de todo punto improcedente que los Árbitros concediesen a las Comunidades Europeas ventajas que las CE no estén perdiendo efectivamente por el hecho de que se continúe aplicando el artículo 110(5)(B).⁵²

3.35 En conclusión, en este asunto los Árbitros determinarán el nivel de las ventajas de las Comunidades Europeas anuladas o menoscabadas como resultado de la aplicación del artículo 110(5)(B) haciendo referencia a los ingresos por concepto de regalías que los titulares de derechos de autor de las CE podrían razonablemente esperar obtener si los Estados Unidos reconociesen los derechos establecidos en el punto 3º del párrafo 1) del artículo 11*bis* y en el punto 2º del párrafo 1) del artículo 11. Por las razones indicadas más arriba, los Árbitros consideran que los ingresos por concepto de regalías que los titulares de derechos de autor de las CE podrían razonablemente esperar obtener no incluyen los ingresos por concepto de regalías que los titulares de derechos de autor de las CE dejasen de percibir al no ejercer o al no hacer que se respetasen sus derechos exclusivos.

B. REGALÍAS RECAUDADAS O REGALÍAS DISTRIBUIDAS

3.36 Como se ha indicado ya, los Árbitros, antes de ocuparse de los detalles de la forma de calcular el nivel de las ventajas de las CE anuladas o menoscabadas como consecuencia del artículo 110(5)(B), han de resolver aún otra cuestión conceptual distinta. Se trata de si los ingresos que cabría razonablemente prever que obtuvieran en concepto de regalías los titulares de derechos de las CE equivalen al monto de las regalías por concesión de licencias que habrían *recaudado* las OAC de los Estados Unidos de los usuarios de obras de esos titulares o al monto de las regalías que dichas organizaciones habrían *distribuido* a estos.

⁵¹ Esto se debe a que los ingresos por concepto de regalías que podrían obtener los titulares de derechos de autor de las Comunidades Europeas- que las CE afirman que es lo que los Árbitros deben evaluar en esta diferencia- exceden de los ingresos efectivos por concepto de regalías que los titulares de derechos de las CE pueden razonablemente esperar obtener una vez que los Estados Unidos reconozca en su legislación los derechos a que se refieren el punto 3º del párrafo 1) del artículo 11*bis* y el punto 2º del párrafo 1) del artículo 11.

3.37 Las **Comunidades Europeas** consideran que los Árbitros deben basar su determinación en el monto de las regalías que habrían de pagar los usuarios de obras amparadas por el derecho de autor y no en el monto de las regalías que las OAC de los Estados Unidos distribuirían a los titulares de derechos de las CE. Las Comunidades Europeas señalan que los servicios prestados por las OAC de los Estados Unidos a los titulares de derechos de las CE entrañan para estos últimos costos que disminuyen sus ingresos netos, pero reiteran su opinión de que lo que hay que calcular en el presente caso es el valor de los derechos exclusivos que se niegan a los titulares de derechos de las CE. En opinión de las Comunidades Europeas, ni los eventuales gastos que se originen a las OAC de los Estados Unidos al administrar los derechos de los titulares de las CE ni los ingresos netos obtenidos por estos últimos son pertinentes a la determinación del valor económico de los derechos exclusivos de los titulares de derechos de las CE.

3.38 Las Comunidades Europeas señalan además que el cobro de créditos ocasiona gastos a *todos* los agentes económicos, que necesitan destinar personal a ese fin o utilizar los servicios de empresas especializadas. Las Comunidades Europeas aducen que, a pesar de ello, en anteriores procedimientos de arbitraje de conformidad con el párrafo 6 del artículo 22 del ESD nunca se han utilizado los costos relacionados con el cobro de créditos derivados de transacciones de bienes o servicios para reducir el nivel de las ventajas que se ha constatado que han resultado menoscabadas o anuladas a consecuencia de un incumplimiento de obligaciones en el marco de la OMC.

3.39 Los **Estados Unidos** aducen que las ventajas perdidas por los titulares de derechos de las CE a consecuencia del artículo 110(5)(B) son las distribuciones que de no ser por ese artículo habrían recibido de las OAC de los Estados Unidos. Sostienen que las ventajas perdidas por los titulares de derechos de las CE no son las regalías brutas por concesión de licencias que las OAC de los Estados Unidos habrían recaudado de los usuarios titulares de licencias. Según los Estados Unidos, la razón de ello es que las OAC de los Estados Unidos sólo distribuirían a los titulares de derechos de las CE regalías *netas* por licencias. Los Estados Unidos definen las regalías netas por licencias como "las regalías por licencias percibidas por las entidades recaudadoras menos los gastos que se hayan originado a éstas". Dichos gastos comprenden los gastos derivados de la recaudación y administración de las cantidades adeudadas en concepto de derechos a los titulares del derecho de autor.

3.40 Los Estados Unidos añaden que las Comunidades Europeas, al centrarse exclusivamente en el pago de derechos por los titulares estadounidenses de licencias a las OAC de los Estados Unidos, pasan por alto el hecho de que el presente asunto es un asunto comercial. Lo que importa, según los Estados Unidos, es que los titulares de derechos exclusivos de los Estados Unidos no pueden cobrar regalías a los usuarios de obras amparadas por el derecho de autor. Te 2004-06-06 10:27:22 Asuspreamy-02-00 de las consecutauftrdao

3.42 Se plantea así la cuestión de si el nivel de las ventajas de las CE anuladas o menoscabadas a

Europeas relativa a las hormonas el valor total de la carne de bovino o los productos de carne de bovino estadounidenses que se habrían exportado si no hubiera existido la prohibición.⁵⁷

3.46 Teniendo presente esta definición, los Árbitros proceden seguidamente a examinar qué ventajas se derivarían para los titulares de derechos de las CE de sus acuerdos con OAC de los Estados Unidos. Como ya se ha indicado, a cambio del derecho de las OAC de los Estados Unidos a conceder licencias a los usuarios, estas organizaciones efectuarían pagos en concepto de regalías ("distribuciones") a los titulares de los derechos. Todas las partes en la diferencia admiten que los pagos que recibirían los titulares de los derechos de las OAC de los Estados Unidos equivaldrían a las

por las OAC de los Estados Unidos a nacionales de países de las CE, es decir, a titulares de derechos de las CE.⁶¹

3.55 En consecuencia, a juicio de los Árbitros, habría que tener en cuenta, al determinar el nivel de las ventajas de las CE anuladas o menoscabadas, los pagos hechos por OAC de los Estados Unidos a titulares de derechos de las CE residentes en los Estados Unidos o, a titulares de derechos de las CE residentes por ejemplo, en Suiza. Ahora bien, esas transacciones no se reflejarían en la cuenta corriente de los Estados Unidos como transacciones entre los Estados Unidos y las Comunidades Europeas, ya que esos nacionales de países de las CE no serían residentes en las CE.

3.56 Un problema análogo se plantearía en relación con las distribuciones indirectas de las OAC de los Estados Unidos a titulares de derechos de las CE. Por ejemplo, los titulares de derechos de las CE pueden recurrir a las compañías de edición filiales en los Estados Unidos para que los representen en ese país. En tal caso, los pagos pertinentes serían los efectuados por las OAC de los Estados Unidos a esas compañías de los Estados Unidos que representan a los titulares de derechos de las CE. Esos pagos de OAC de los Estados Unidos a compañías de edición filiales en los Estados Unidos no se reflejarían en la cuenta corriente de ese país. Eso no altera, no obstante, el hecho de que dichos pagos serían pagos a titulares de derechos de las CE⁶², que, como tales, han de ser tenidos en cuenta por los Árbitros.⁶³

3.57 Como ponen patentemente de manifiesto los ejemplos citados, si los Árbitros utilizaran cifras de la cuenta corriente, se correría el riesgo de infravalorar los pagos que las OAC de los Estados Unidos harían a los titulares de derechos de las CE.⁶⁴ Ante ese riesgo, los Árbitros prefieren no basar su determinación del nivel de las ventajas perdidas por las Comunidades Europeas en datos tomados de la cuenta corriente de los Estados Unidos.⁶⁵

3.58 Habida cuenta de lo expuesto, los Árbitros concluyen que el nivel de las ventajas de las CE anuladas o menoscabadas a consecuencia del artículo 110(5)(B) debe evaluarse tomando como base el monto de los pagos en concepto de regalías ("distribuciones") que harían las OAC de los Estados Unidos a los titulares de derechos de las CE o a sus representantes.

⁶¹ El párrafo 3 del artículo 1 del Acuerdo sobre los ADPIC obliga a los Miembros a conceder el trato al que se refiere ese Acuerdo a los "nacionales de los demás Miembros".

⁶² En opinión de los Árbitros, esos pagos en concepto de regalías serían pagos a titulares de derechos de las CE aun en caso de que estos últimos decidieran utilizar o reinvertir sus ingresos en los Estados Unidos en lugar de transferirlos a un Estado miembro de las Comunidades Europeas.

⁶³ Los Árbitros señalan que los datos que se les han facilitado con respecto a las distribuciones de las OAC de los Estados Unidos a titulares de derechos de las CE a través de compañías de edición filiales en los Estados Unidos no son completos, por cuanto no se especifican los criterios aplicados para obtenerlos. A juicio de los Árbitros, cabe la posibilidad de que en los datos facilitados estén incluidas las distribuciones a personas que podrían considerarse titulares de derechos de los Estados Unidos. En el párrafo 4.46 los Árbitros aclaran de qué forma han tenido en cuenta este problema al determinar el nivel de esas distribuciones indirectas.

⁶⁴ Dado que no se les ha proporcionado información acerca del número de titulares de derechos de las CE que residen fuera de las Comunidades Europeas o de la parte de las distribuciones de las OAC de los Estados Unidos a compañías de edición filiales en los Estados Unidos que estas últimas transferirían realmente a titulares de derechos de las CE, los Árbitros no tienen ningún modo de saber si el hecho de basarse en datos de la cuenta corriente llevaría a resultados considerablemente inexactos.

⁶⁵ Los Árbitros recuerdan que, en todo caso, los Estados Unidos no han facilitado los datos de la cuenta corriente de los Estados Unidos que les permitirían calcular los ingresos perdidos por las Comunidades Europeas.

IV. CÁLCULO

A. EXPOSICIÓN GENERAL DE LA METODOLOGÍA APLICADA POR EL ÁRBITRO

1. Enfoque "orientado de abajo arriba" o enfoque "orientado de arriba abajo"

4.1 Los Árbitros

recae en la parte que impugna el nivel de esas contramedidas. Por ejemplo, en los casos *CE - Hormonas*, la carga inicial recaía en las Comunidades Europeas. No obstante, el presente asunto ha sido sometido por ambas partes a los Árbitros "de mutuo acuerdo". Es discutible que haya en él un reclamante y un demandado. Una vez dicho esto, observamos que en el procedimiento convenido presentado por las partes⁶⁹ se nos indica expresamente que apliquemos la asignación de la carga de la prueba conforme a los principios jurídicos elaborados en los procedimientos de arbitraje en virtud del párrafo 6 del artículo 22. Observamos asimismo que las partes convienen en que las Comunidades Europeas presenten una comunicación sobre la metodología antes de las primeras comunicaciones escritas, al igual que en los procedimientos sustanciados en el marco del párrafo 6 del artículo 22. En consecuencia, los Árbitros decidieron proceder a asignar la carga de la prueba de la misma forma que en un asunto sustanciado en el marco del párrafo 6 del artículo 22.

4.5 Sobre la base de los antecedentes de que disponen, y especialmente de los argumentos expuestos y las pruebas presentadas por los Estados Unidos, que demuestran que la metodología de las CE no resulta adecuada en todos los puntos, los Árbitros consideran que los Estados Unidos han establecido una presunción *prima facie* de que la metodología y las estimaciones presentadas por las Comunidades Europeas no abocarían a un resultado que refleje adecuadamente el nivel de las ventajas de las CE anuladas o menoscabadas. A nuestro parecer, las Comunidades Europeas no han refutado esa presunción. En consecuencia, no hemos podido aceptar la metodología propuesta por las Comunidades Europeas.⁷⁰ Nos pareció más convincente la alternativa propugnada por los Estados Unidos. No obstante, no aceptamos en su totalidad los reajustes y deducciones efectuados por ese país. En algunos casos consideramos inapropiados esos reajustes y deducciones e intentamos, en general, realizar un análisis más completo. Señalamos además que, a instancia de los Árbitros, las Comunidades Europeas y los Estados Unidos confirmaron que los Árbitros no estaban obligados a optar entre la metodología de las CE y la de los Estados Unidos, y que podían establecer su propia metodología y realizar sus propias estimaciones, basándose en todos los argumentos expuestos y las pruebas presentadas por las partes. En consecuencia, aunque esencialmente hemos utilizado la metodología de los Estados Unidos, hemos aplicado en nuestros cálculos algunos elementos de la metodología y estimaciones de las CE, y hemos realizado nuestras propias evaluaciones.

4.6 En este contexto, y habida cuenta de las conclusiones a las que hemos llegado en la sección III *supra*, hemos aplicado el enfoque "orientado de arriba abajo", por las razones que a

ál habría sido el volumen de los intercambios comerciales si
hubieran puesto 9u legisl r33oj 3.en conformidad al final del plazo prudencial que 94

recurrir al análisis de una situación hipotética en caso de que se hubiera establecido que la situación anterior a la Enmienda de 1998 era incompatible con el Acuerdo sobre los ADPIC.

4.9 Los Árbitros recuerdan que, antes de la entrada en vigor de la Enmienda de 1998, algunos tipos de establecimientos estaban ya exentos del pago de derechos de autor en virtud del artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor de 1976. Para quedar exentos, era necesario que esos establecimientos utilizaran un único aparato receptor del tipo de los utilizados habitualmente en los hogares privados, razón por la cual esta exención se conoce con el nombre de "exención de uso hogareño".⁷² Se aplicaban además a los establecimientos, en los términos establecidos en decisiones de los tribunales, algunas prescripciones relativas a las dimensiones.⁷³ En virtud de la Enmienda de 1998 se añadió una parte (B) que ampliaba el ámbito de la exención al amparo del artículo 110(5).⁷⁴

4.10 Los Árbitros señalan que su función no es evaluar la compatibilidad con el Acuerdo sobre los ADPIC de una determinada norma legal estadounidense, sino determinar el nivel de las ventajas de las CE anuladas o menoscabadas. En ese marco, consideramos también que la forma más concerniente de evaluar el nivel de las ventajas de las CE anuladas o menoscabadas consiste en determinar lo que recibían los titulares de derechos de las CE antes de la aplicación de la Enmienda de 1998 -ya que contamos con datos históricos relativos a ese período- y realizar los oportunos reajustes para tener en cuenta la evolución del mercado estadounidense en el sector de que se trata.

4.11 Los Árbitros son conscientes de la necesidad de basar su cálculo en una situación compatible con el Acuerdo sobre los ADPIC. Recuerdan que las Comunidades Europeas han alegado que la situación anterior a la Enmienda de 1998 (exoneración de determinados establecimientos en virtud de la exención inicial de uso hogareño) no era compatible con el Acuerdo sobre los ADPIC. Las Comunidades Europeas basan su conclusión en el hecho de que, a su juicio, la incompatibilidad del artículo 110(5)(B) implica que la propia exención inicial de uso hogareño era incompatible con ese Acuerdo.

4.12 El Grupo Especial no formuló ninguna constatación sobre la exención inicial de uso hogareño, la cual, en cualquier caso, no estaba ya en vigor en el momento en que emitió su informe. No obstante, en su análisis de las actuales partes (A) y (B) del artículo 110(5), el Grupo Especial hizo una serie de declaraciones acerca de esa exención. Los Árbitros recuerdan que el Grupo Especial puso de relieve el reducido porcentaje de establecimientos a los que era aplicable esa exención inicial, las restricciones establecidas por el artículo 110(5) y, de forma más concreta, el hecho de que la "difusión de música por los pequeños establecimientos comprendidos en la exención mediante el uso

les había concedido para hacerlo. En su primera comunicación, las Comunidades Europeas alegan además que la inexistencia, aun antes de la Enmienda 1998, de una protección adecuada de los derechos que niega el artículo 110(5)(B) hace imposible analizar, a efectos de comparación, una situación anterior compatible con el Acuerdo sobre los ADPIC. Las Comunidades Europeas añaden que tuvieron que basar su evaluación en un supuesto "hipotético", a partir de otras situaciones ar 8y oncr 69 Tw (les habas pa e4 TD -0.1746 Tc 2.0121 Tw (con el Acuerl

diferente del seguido por los Árbitros en arbitrajes de conformidad con el párrafo 6 del artículo 22 del ESD.

4.19 Los Árbitros señalan que han sido nombrados de conformidad con el artículo 25 del ESD, por lo que no se consideran limitados por una serie de obligaciones a las que están sujetos los Árbitros en los procedimientos de conformidad con el párrafo 6 del artículo 22. A diferencia del párrafo 6 del artículo 22, cuyas disposiciones están estrechamente relacionadas con el cumplimiento (o la falta de cumplimiento) al final del plazo prudencial, el artículo 25 guarda silencio acerca de la fecha en que debe evaluarse un asunto sometido a arbitraje. No obstante, los Árbitros son conscientes de que no se les pide que examinen el nivel de las ventajas de las CE que pueden seguir siendo objeto de anulación o menoscabo después de finalizado el período de aplicación, sino el nivel de las ventajas de las CE anuladas o menoscabadas como consecuencia de la aplicación actual del artículo 110(5)(B).⁷⁷ La práctica común en el marco del ESD ha consistido en examinar los hechos de un asunto en la fecha del establecimiento de un grupo especial. A falta de indicaciones específicas en nuestro mandato, consideramos que debe entenderse que las partes deseaban que evaluáramos el nivel de las ventajas

simplificaciones hubieran sido aceptadas por los Estados Unidos y en la medida en que, a juicio de los Árbitros, no condujeran a un nivel más elevado de anulación o menoscabo de ventajas. De forma análoga, al proceder a los reajustes o deducciones necesarios, los Árbitros, a falta de cifras basadas en hechos, trataron de utilizar estimaciones que fueran aceptadas por las partes o parecieran razonables sobre la base de la información disponible.

b) Elementos que no se han tenido en consideración en el cálculo

i) *Perjuicio "indirecto" o "potencial" a otros derechos de los titulares de derechos de las CE*

4.29 Las **Comunidades Europeas** recuerdan que el Grupo Especial señaló que la negación de protección a derechos específicos en relación con una obra determinada podía tener también efectos perjudiciales para la explotación de otros derechos en relación con esta obra, tales como la sustitución entre diversos usos de la obra por un establecimiento determinado o la posible erosión de los derechos de licencia en el caso de otros usuarios. No obstante, las Comunidades Europeas, habida cuenta de la falta de datos cuantitativos y de la falta de certeza en cuanto a las relaciones de causalidad, indicó que cabía la posibilidad de que la evaluación de los Árbitros no incluyera este perjuicio "potencial" o "indirecto" causado a otras fuentes del derecho de autor.

4.30 Los **Estados Unidos** no formularon observaciones al respecto.

4.31 Los **Árbitros** son conscientes de las observaciones del Grupo Especial en el sentido de que la negación de protección de derechos específicos en relación con una obra determinada puede tener también repercusiones en el ejercicio de otros derechos.⁸⁵ No obstante, teniendo en cuenta los argumentos de las Comunidades Europeas y a la luz de sus propias observaciones preliminares, los Árbitros decidieron no incorporar a su cálculo el perjuicio "indirecto" o "potencial" causado a los titulares de derechos mediante la sustitución de música radiodifundida por otros tipos de música, como la música grabada. Consideramos que no hay razones para no aceptar la petición de las Comunidades Europeas. En particular, pensamos que el intento de evaluar el nivel de las ventajas anuladas o menoscabadas como consecuencia de un perjuicio "indirecto" o "potencial" implicaría, con casi absoluta seguridad, un número mayor de suposiciones, deducciones o inferencias, lo que acrecentaría el riesgo de llegar a una estimación poco razonable.

4.32 Los Árbitros desearían, no obstante, subrayar que su posición se basa en las circunstancias fácticas del presente caso y en la finalidad concreta del presente procedimiento, que no es identificar la violación, sino determinar el nivel de anulación o menoscabo de ventajas de las CE, y que esa posición no prejuzga si en otro caso se consideraría o no que este tipo de perjuicios anula o menoscaba ventajas resultantes directa o indirectamente para un Miembro.

ii) *Actividades de SESAC*

4.33 Los **Árbitros** recuerdan que hay en los Estados Unidos tres organizaciones de administración colectiva que recaudan derechos para los titulares de derecho de autor: la ASCAP, la BMI y SESAC. Observan que, en sus comunicaciones, las partes no facilitan datos relativos a las actividades de SESAC. En el curso del procedimiento, las partes explicaron que la razón esencial de ello era que SESAC representa un número pequeño de afiliados de las CE a la organización recaudadora y no

4.32 Hay 1482501 TDw 8 3 5 5 a e 1F6 d 160r la538D a n i z 3 7F8 h1E8 7 7c 3pl5 Tfy poT Tcre

hemos decidido no incluir en nuestro cálculo las actividades de esta organización. En este caso, no obstante, la razón ha sido principalmente, la limitada incidencia que, en opinión de ambas partes, tendría en nuestros cálculos la exclusión de SESAC.

iii) *Transmisión de música a través de Internet*

4.35 Los **Árbitros** recuerdan que las Comunidades Europeas, aunque aludieron a la repercusión de la transmisión de música por Internet en la anulación o menoscabo de ventajas de las CE, no la incluyeron en sus cálculos. Los **Árbitros** son conscientes del incremento de la transmisión de música a través de Internet, pero señalan que las partes y el Grupo Especial se ocuparon esencialmente de la cuestión de la transmisión por radio o televisión. La evaluación por los **Árbitros** de la aplicación del artículo 110(5)(B) a la difusión de música a través de Internet exigiría constataciones adicionales que, teniendo en cuenta la posición adoptada por las Comunidades Europeas, no resultan necesarias. En consecuencia, los **Árbitros** no tomaron en consideración en su cálculo la difusión de música a través de Internet.

B. CÁLCULO

1. Observaciones generales

4.36 Antes de pasar al cálculo del nivel de las ventajas de las CE objeto de anulación o menoscabo, los **Árbitros** señalan que el hecho de que los datos que les han facilitado ambas partes fueran incompletos e incluyeran gran número de estimaciones y suposiciones ha limitado su capacidad de hacer un cálculo exacto. Ambas partes han reconocido este problema en sus comunicaciones y han indicado que algunos de los datos pertinentes obran en poder de particulares. Como hemos expuesto antes, enviamos sendas cartas a las dos principales OAC de los Estados Unidos, la ASCAP y la BMI, solicitándoles datos reales sobre las cantidades percibidas y distribuidas que nos habrían permitido basar nuestros cálculos en una información específica. En respuesta a esas cartas, obtuvimos de la BMI algunos datos, pero debido a las condiciones unidas a su utilización, decidimos no incluirlos en el expediente.⁸⁶ Recibimos asimismo información de la ASCAP, así como una segunda comunicación de la BMI. No obstante, tras tomar nota de que las partes eran partidarias de que dictáramos pronto nuestro laudo, decidimos, por las razones indicadas *supra*, no tener en cuenta esa información⁸⁷, por lo que hubimos de basar nuestra labor en los datos incompletos que nos habían facilitado las partes.⁸⁸ Para cumplir el mandato que nos habían encomendado las partes, y al carecer de algunos datos importantes, tuvimos que hacer varias estimaciones y, en algunos casos, formular determinadas suposiciones basadas en lo que considerábamos que era la estimación más razonable, a la luz de los argumentos de las partes. Al hacerlo, intentamos llegar a una cifra que, aun admitiendo que quizás no sea absolutamente exacta, representara una magnitud ajustada a la realidad.

4.37 Hemos expuesto *supra* las diferencias entre las metodologías propuestas por las Comunidades Europeas y los Estados Unidos, respectivamente, así como las consecuencias de esas metodologías. Recordamos que los resultados de los cálculos realizados por las partes con arreglo a esas metodologías son muy diferentes. Las Comunidades Europeas llegan a la cifra de 25.486.974 dólares EE.UU. al año, en tanto que los Estados Unidos indican que el nivel de anulación o menoscabo de

⁸⁶ Véase *supra*, párrafo 1.10.

⁸⁷ Véase *supra*, párrafo 1.13.

⁸⁸ En la medida en que las partes nos han facilitado datos de forma confidencial, no hemos incluido esos datos en la explicación de nuestro cálculo que figura a continuación. En esos casos, se han indicado solamente los resultados de las diversas etapas de nuestro cálculo.

ventajas de las CE se sitúa entre 446.000 y 733.000 dólares al año. Esta discrepancia es, en gran medida, imputable a las diferencias conceptuales entre ambos enfoques.⁸⁹

4.38 En lo que respecta a la magnitud de las pérdidas anuales resultantes para los titulares de derechos de las CE del artículo 110(5)(B), señalamos, para aclarar este punto, que, según la información facilitada por los Estados Unidos, los ingresos totales en el país de la ASCAP -la mayor de las OAC de los Estados Unidos- ascendieron en el período 1997-1999 a 358.428.000, 377.733.000 y 422.962.000 dólares EE.UU. al año; la tasa de crecimiento de los ingresos totales fue en 1998 del 5,4 por ciento y en 1999 del 12 por ciento. Los ingresos procedentes del grupo de las licencias generales, que abarca restaurantes, bares y establecimientos de comercio minorista, así como algunos otros tipos de establecimientos, ascendieron en los mismos años a 67.324.000, 68.032.000 y 69.695.000 dólares EE.UU. anuales, respectivamente; esos ingresos aumentaron en 1998 un 1,05 por ciento y en 1999 un 2,4 por ciento. De esas cifras se infiere que, después de la entrada en vigor de la Enmienda de 1998 no se ha producido una caída de los ingresos totales en el país de la ASCAP ni de los ingresos procedentes de las licencias generales. Pese a la falta de datos específicos sobre los ingresos procedentes de los tipos de establecimientos a los que afectó la Enmienda de 1998 (ingresos que están incluidos en la categoría más amplia de los ingresos por licencias generales), podemos observar que los datos de que disponemos no apoyan la hipótesis de que hubiera un descenso importante de los derechos de licencia recaudados de los sectores afectados. Al mismo tiempo, observamos que la tasa de crecimiento de los ingresos por los derechos de las licencias generales fue moderada, en un período de rápida expansión de la economía estadounidense. Además, los ingresos procedentes de este sector crecieron a una tasa claramente inferior a la tasa de crecimiento de los ingresos internos totales.

4.39 Por las razones expuestas *supra*⁹⁰, hemos adoptado el enfoque "orientado de arriba abajo" propuesto por los Estados Unidos. Conforme a este enfoque, hemos utilizado los datos históricos de que disponíamos sobre las recaudaciones anteriores a la Enmienda de 1998. Sobre esta base, procedemos seguidamente a calcular el nivel de las ventajas de las CE anuladas o modificadas como consecuencia del artículo 110(5)(B).

2. Regalías totales pagadas a los titulares de derechos de las CE

4.40 En su cálculo, los Árbitros han tratado de estimar el monto de las regalías que los titulares de derechos de las CE percibieron antes de la entrada en vigor de la Enmienda de 1998, por la utilización de música radiodifundida, de los tipos de establecimientos que quedaron exentos a raíz de esa Enmienda. A tal fin, hemos utilizado los datos históricos de que disponíamos en relación con los ingresos de las dos principales OAC de los Estados Unidos a las que los titulares de derechos de las CE habían confiado la concesión de sus derechos bajo licencia: la ASCAP y la BMI. Como hemos indicado antes, ambas partes consideran que el monto de las regalías pagadas a titulares de derechos de las CE por la tercera OAC de los Estados Unidos, SESAC, es insignificante.⁹¹ Así pues, no hemos incluido en nuestros cálculos los ingresos de esta organización.

4.41 El hecho de basarnos en esos datos históricos supone que en nuestro cálculo se han tenido en cuenta los ingresos por licencias procedentes de los establecimientos que utilizaban música radiodifundida en ese momento y habían obtenido una licencia de la ASCAP o la BMI. En nuestro

⁸⁹ Véase, especialmente, la exposición que hacemos en los párrafos 3.20 y siguientes de la forma en que se tiene en cuenta el nivel de las concesiones de derecho bajo licencia en uno y otro cálculo.

⁹⁰ Véase *supra*, párrafos 4.7 a 4.15.

⁹¹ Véase *supra*, sección IV.A, párrafos 4.33 y 4.34.

cálculo no está incluido el importe hipotético de las regalías correspondientes a los establecimientos que utilizaban música radiodifundida pero no habían obtenido una licencia de las OAC en cuestión.⁹² El hecho de basarnos en los datos históricos implica asimismo que en nuestro cálculo no están incluidos los ingresos hipotéticos correspondientes a los pequeños establecimientos que estaban ya exentos en virtud de la exención inicial de uso hogareño cuando entró en vigor la Enmienda de 1998. Por las razones expuestas *supra*⁹³, no consideramos necesario incluir en nuestros cálculos a esos establecimientos.

4.42 Las **Comunidades Europeas** nos facilitaron una recopilación de los datos cuantitativos de la ASCAP en la que figuran, en relación con los años 1996-1998, en primer lugar, el importe de la distribución interna total a las organizaciones de administración colectiva de las CE y, en segundo lugar, las cantidades distribuidas a las compañías de edición filiales en los Estados Unidos por la ejecución de obras de las CE.⁹⁴ Las Comunidades Europeas se refieren a esas dos categorías respectivamente como distribuciones "directas" e "indirectas" efectuadas a titulares de derechos de las CE. Las Comunidades Europeas observan que en la primera categoría no están incluidas las regalías totales pagadas por las obras de las CE incluidas en el repertorio de la ASCAP, debido a que, en la inmensa mayoría de los casos, la ASCAP paga la parte de las regalías correspondiente a los editores de música directamente a las compañías de edición filiales en los Estados Unidos de compañías de edición de las CE, y no a través de las organizaciones recaudadoras de las CE a los editores de las CE que son miembros de esas organizaciones. Esos pagos a las filiales en los Estados Unidos de editores de las CE están incluidos en la segunda categoría.

4.43 Los **Estados Unidos** han utilizado como punto de partida para sus cálculos los promedios trienales de las cifras facilitadas por la ASCAP; las distribuciones "directas" representan la escala inferior de las regalías pagadas a titulares de derechos de las CE, y la suma de las distribuciones "directas" e "indirectas", la escala superior.

4.44 Para calcular el monto de los ingresos que los titulares de derechos de las CE percibieron de la ASCAP antes de la Enmienda de 1998, los **Árbitros** han tomado como punto de partida la suma de las distribuciones "directas" e "indirectas" a titulares de derechos de las CE en el período 1996-1998.

4.45 Los **Árbitros** señalan que la Enmienda de 1998 entró en vigor el 26 de enero de 1999, por lo que no afectó a los ingresos recaudados por la ASCAP antes del año 1999. Observamos que las Comunidades Europeas y los Estados Unidos nos han facilitado datos pertinentes sobre las distribuciones realizadas por la ASCAP a titulares de derechos de las CE en el período de tres años comprendido entre 1996 y 1998, y que los Estados Unidos han utilizado como punto de partida de su cálculo los promedios de las distribuciones en esos tres años. Dado que estamos calculando el nivel de las ventajas de las CE anuladas o menoscabadas por razón de la Enmienda sobre la base de datos históricos, hemos de establecer un período representativo anterior adecuado como punto de partida de nuestro cálculo. A este respecto, observamos que en la práctica del GATT se ha utilizado para evaluar la compatibilidad de una medida el período de tres años más reciente en el que no haya habido distorsiones causadas por las restricciones.⁹⁵ En nuestro caso, el período representativo más reciente

⁹² Véase *supra*, párrafos 3.20 a 3.35.

⁹³ Véase *supra*, sección IV.A.

⁹⁴ Prueba documental CE-15 (prueba documental US ARB-5), que contiene información facilitada a título confidencial a las Comunidades Europeas, con la petición de que no sea comunicada a particulares.

⁹⁵ Véase el informe del Grupo Especial sobre *CEE – Restricciones a la importación de manzanas procedentes de Chile*, IBDD 27S/104, adoptado el 10 de noviembre de 1980, párrafo 4.8. Véase también la Decisión de los **Árbitros** en *CE - Bananos III (párrafo 6 del artículo 22) (Estados Unidos)*, *supra*, párrafos 5.24 y siguientes.

sería el período de tres años al que no afectó la Enmienda de 1998, es decir, el comprendido entre los años 1996 y 1998. Consideramos que la utilización de los datos que se han puesto a nuestra disposición sobre ese período de tres años es compatible con el enfoque prudente que hemos decidido adoptar al utilizar la metodología "orientada de arriba abajo" basada en cifras históricas. Al establecer un único punto de partida para nuestro cálculo ulterior, hemos utilizado el promedio de las cifras relativas a esos tres años. De un lado, observamos que en este caso las distribuciones de la ASCAP a titulares de derechos de las CE aumentaron regularmente a lo largo de este período. De otro, no

4.55 Esa categoría comprende, además de establecimientos de servicios de comidas, de servicios de bebidas y de comercio minorista, diversos usuarios de música de fondo, como compañías aéreas, estadios deportivos, salas cinematográficas, parques recreativos, congresos, servicios musicales por teléfono, colegios y universidades, clubes de salud y servicios de música de fondo. En consecuencia, habremos de estimar el porcentaje de los ingresos por licencias generales que puede atribuirse a los establecimientos de servicios de comidas, de servicios de bebidas y de comercio minorista, en el sentido de la definición del artículo 110(5)(B). El problema con el que nos enfrentamos estriba en que no hemos obtenido datos específicos al respecto. Dado que la categoría de licencias generales abarca muchos tipos de usos bajo licencia, los Estados Unidos alegan que, con arreglo a una estimación absolutamente razonable, el 50 por ciento de esos ingresos puede atribuirse a restaurantes, bares y establecimientos de comercio minorista. Observamos que las Comunidades Europeas no han puesto en tela de juicio el porcentaje propuesto por los Estados Unidos, ni han presentado una estimación distinta.

4.56 Consideramos que la estimación del porcentaje que hacen los Estados Unidos resulta razonable a la luz de los argumentos de las partes, por lo que utilizaremos ese porcentaje en nuestro cálculo. En consecuencia, estimamos que el monto de los ingresos percibidos por titulares de los derechos de las CE antes de la Enmienda de 1998 que puede atribuirse a establecimientos de servicios de comidas, de servicios de bebidas y de comercio minorista ascendió aproximadamente a xxx millones de dólares de los EE. UU. al año.

4. Regalías imputables 1668 1394 Baleimos qui 9.2487 15 resta tido de en evi 394 Balta

límites del artículo 100(5)(B) que quedaron exentos por esa razón, y, en segundo lugar, los establecimientos cuyas dimensiones son superiores a esos límites, pero que, no obstante, pueden acogerse a la exención porque cumplen las condiciones relativas al equipo utilizado.⁹⁸

4.61 En lo que respecta al primer grupo de establecimientos, tanto las **Comunidades Europeas** como los **Estados Unidos** utilizan en sus cálculos la estimación de un estudio de Dun & Bradstreet, conforme a la cual el 70 por ciento de los establecimientos de servicios de comidas, el 73 por ciento de los establecimientos de servicios de bebidas y el 45 por ciento de los establecimientos de comercio minorista estaban comprendidos dentro de los límites de las dimensiones establecidos en la norma legal.⁹⁹ Los Estados Unidos han calculado que el promedio ponderado de esas cifras es el 53,9 por ciento. Las Comunidades Europeas no han cuestionado la forma en que los Estados Unidos han calculado ese promedio ponderado.

4.62 En lo que respecta al segundo grupo, las **Comunidades Europeas** estiman que sólo un 10 por ciento de los establecimientos cuyas dimensiones superan los límites establecidos en el artículo 110(5)(B) cumplen las limitaciones relativas al equipo y se benefician por tanto de la exención. Los **Estados Unidos**

4.65 En consecuencia, estimamos que el 58,5 por ciento de los establecimientos de servicios de comidas, de servicios de bebidas y de comercio minorista están comprendidos en el ámbito de aplicación del artículo 110(5)(B), bien porque sus dimensiones están comprendidas dentro de los límites establecidos legalmente (un 53,9 por ciento) o bien porque, en caso de que sus dimensiones superen esos límites, se ajustan a las limitaciones establecidas legalmente en relación con el equipo (un 4,6 por ciento), por lo que se benefician de la exención prevista en dicho artículo.

4.66 Observamos que, en la etapa correspondiente de su cálculo, los Estados Unidos han deducido también de las restantes regalías de los titulares de derechos de las CE el porcentaje correspondiente a los establecimientos cuyas dimensiones están comprendidas dentro de los límites legalmente establecidos, un 53,9 por ciento (aunque no el 4,6 por ciento correspondiente al porcentaje de establecimiento de mayores dimensiones que se ajustan a las limitaciones legalmente establecidas en relación con el equipo). Parece que esta metodología, consistente en efectuar la deducción de ese 53,9 por ciento, no es totalmente exacta en dos aspectos, aunque ninguna de las inexactitudes en relación con esos dos aspectos parecería tener una incidencia importante en el resultado del cálculo.

4.67 En primer lugar, es posible que la aplicación de esta metodología no lleve a resultados absolutamente exactos, ya que es probable que los establecimientos de dimensiones más pequeñas exentos hubieran de pagar derechos más bajos que los establecimientos de mayores dimensiones no exentos. No obstante, no hemos intentado tener en cuenta en nuestro cálculo este aspecto, dado que no se nos han facilitado datos o estimaciones que nos permitan hacerlo. Observamos además que al añadir a nuestro cálculo el 4,6 por ciento de los establecimientos de mayores dimensiones, no hemos tenido en cuenta la posibilidad de que éstos hubieran de pagar derechos de licencia superiores a la media. En conjunto, no consideramos que estos aspectos tengan una incidencia importante en nuestro cálculo.

4.68 En segundo lugar, la cifra del 53,9 por ciento se refiere a la totalidad de los establecimientos cuyas dimensiones están comprendidas dentro de los límites establecidos por el artículo 110(5)(B). Observamos que algunos de los más pequeños de esos establecimientos estaban ya exentos antes de la Enmienda de 1998 en virtud de la exención inicial de uso hogareño, y, por consiguiente, no han quedado exentos a raíz de dicha Enmienda. No obstante, como hemos indicado antes, hemos considerado procedente excluir de nuestro cálculo los eventuales ingresos por la transmisión de obras musicales no dramáticas por establecimientos amparados por la exención inicial de uso hogareño, habida cuenta, especialmente, de que con casi total seguridad esos ingresos no tendrían una influencia apreciable en nuestro cálculo.¹⁰⁰ De forma análoga, consideramos que el hecho de que el porcentaje del 53,9 por ciento incluya algunos establecimientos que antes de la Enmienda de 1998 ya estaban exonerados en virtud de la exención inicial de uso hogareño no afecta esencialmente al resultado de

utilización de música de la radio y la televisión, 0,91 millones de dólares EE.UU. aproximadamente pueden atribuirse a establecimientos que quedaron exentos a raíz de dicha Enmienda.

6. Reajustes ulteriores

4.70 Como se ha indicado antes, los Árbitros han tomado como punto de partida para sus cálculos los datos históricos que se les han proporcionado sobre los ingresos percibidos por los titulares de derechos de las CE antes de la Enmienda de 1998. Hemos tratado de estimar, utilizando los datos y estimaciones que nos han facilitado las partes, el porcentaje de esos ingresos imputable a los usos pertinentes de música radiodifundida por parte de los establecimientos que han quedado exentos a raíz de dicha Enmienda. No obstante, a nuestro juicio, es preciso efectuar reajustes en esas cifras para tener en cuenta la evolución del mercado entre la fecha de entrada en vigor de la Enmienda de 1998 y el 23 de julio de 2001, fecha en que el asunto fue sometido a los Árbitros.¹⁰¹

4.71 Recordamos que nuestro cálculo *supra* se basa en una cifra media que se ha calculado tomando como base las distribuciones de la ASCAP y de la BMI a titulares de derechos de las CE en 1996-1998 (en el caso de la BMI, sólo disponemos de datos a partir de 1996, pero hemos supuesto un crecimiento anual equivalente al de las distribuciones de la ASCAP). La cifra de 0,91 millones de dólares EE.UU. corresponde a una estimación del nivel hipotético de anulación o menoscabo en el año 1997, es decir aproximadamente un año antes de la entrada en vigor de la Enmienda de 1998. Por consiguiente, al reajustar esta cifra para que refleje el nivel de las ventajas de las CE anuladas o menoscabadas en la fecha en que se sometió el asunto a los Árbitros, hemos de reajustarla desde finales del año 1997.

4.72 A nuestro parecer, la forma más adecuada de reajustar la cifra indicada consiste en tener en cuenta el crecimiento de la economía de los Estados Unidos en el mismo período. A tal fin, hemos utilizado la tasa anual de crecimiento del producto interior bruto de los Estados Unidos en dólares corrientes en el período pertinente. En ese período, las o indor bruti64r brutiIBbruto dhemos e

se ba6 0 TD reajustar esta cifra para que refleje el niv uladas o5)(B)TD -0. 1,ucioneares EE. j 0 -12.75 T

ANEXO I

TEXTO DE LAS CARTAS ENVIADAS A LA ASCAP Y LA BMI PARA SOLICITAR INFORMACIÓN

Estimada Sra. Preston/Estimada Sra. Bergman:

El 23 de julio de 2001, las Comunidades Europeas (CE) y los Estados Unidos, de mutuo acuerdo, de conformidad con el párrafo 2 del artículo 25 del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias, sometieron a arbitraje la determinación del nivel de anulación o menoscabo de ventajas sufrido por las CE como consecuencia de la incompatibilidad del artículo 110(5)(B) de la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos con el Acuerdo de la OMC sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC). El 13 de agosto de 2001 se informó a los Miembros de la OMC de la composición del grupo especial de arbitraje.

Le agradecería que, para ayudar a los Árbitros a determinar el nivel de anulación o menoscabo, contestara a las siguientes preguntas:

1. Sírvase facilitar los siguientes datos respecto de cada uno de los años del período 1997-2000:
 - a) ingresos internos totales por licencias (con exclusión de los ingresos por licencias obtenidos de sociedades extranjeras);
 - b) ingresos totales por licencias comprendidas en el grupo de las licencias generales;
 - c) ingresos totales por licencias obtenidos de los establecimientos de servicios de comidas y de bebidas y de otros establecimientos, con arreglo a la definición del artículo 100(5) de la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos, modificada;
 - d)

- iii) cuyas dimensiones excedan de los límites establecidos en el artículo 110(5)(B).
3. Sírvanse facilitar cualquier información de que dispongan sobre el número probable de establecimientos que cumplirían los requisitos del artículo 110(5)(B) y que transmitan música radiodifundida.
 4. En la medida de lo posible, facilítenos una estimación del porcentaje de establecimientos de cada una de las categorías a que se hace referencia en el artículo 110(5) que difunden música radiodifundida con respecto a la cual concedan ustedes licencias.
 5. Sírvase indicar los porcentajes correspondientes a las diversas categorías de establecimientos a que se hace referencia en el artículo 110(5).

No es necesario aclarar que cualquier información que indique en su respuesta que tiene carácter confidencial, será tratada como tal. Si lo solicita, los Árbitros garantizarán que el acceso a esa información se reserve a las partes en la presente diferencia. Además, la versión pública del informe de los Árbitros se publicará en forma que garantice que esa versión no contenga datos confidenciales.

Desearía subrayar que, aunque no está obligada a responder a las preguntas anteriores ni a facilitar la información solicitada, le agradeceríamos profundamente su plena cooperación.

Dado que el procedimiento de los Árbitros está sujeto a plazos muy breves, le quedaríamos muy agradecidos si nos enviara su respuesta el viernes 14 de septiembre de 2001 a más tardar.

Aprovecho la ocasión para reiterarle el testimonio de mi consideración más distinguida.

Ian F. Sheppard
Presidente

Grupo Especial de Arbitraje sobre *Estados Unidos - Artículo 110(5)*
de la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos

ANEXO II

HOJA DE CÁLCULO

NO SE REPRODUCE POR TENER