FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT VERICA TRSTENJAK
föredraget den 12 april 2011[1]

I — Inledning ..... I - 12540

II — Tillämpliga bestämmelser ..... I - 12540

A — Förordning nr 44/2001 ..... I - 12540

B — Direktiv 93/98 och direktiv 2006/116 ..... I - 12542

C — Direktiv 2001/29 ..... I - 12544

III — Bakgrund ..... I - 12546

IV — Förfarandet vid de nationella domstolarna ..... I - 12547

V — Tolkningsfrågor ..... I - 12548

VI — Förfarandet vid domstolen ..... I - 12549

VII — Huruvida begäran om förhandsavgörande kan tas upp till sakprövning samt de enskilda tolkningsfrågorna ..... I - 12549

VIII — Den första tolkningsfrågan ..... I - 12550

A — Parternas huvudsakliga argument ..... I - 12551

B — Huruvida begäran om förhandsavgörande kan tas upp till sakprövning ..... I - 12553

C — Rättslig bedömning ..... I - 12553

1. Principen om behörig domstol på grund av konnexitet i det sammantagna system på vilket förordning nr 44/2001 baseras ..... I - 12554

1 — Originalspråk: tyska. Rättegångsspråk: tyska.

2. Systematiska sammanhang ..... I - 12555

a) Frågan om huruvida vägledning kan hämtas från artikel 34.3 i förordning nr 44/2001 ..... I - 12555

b) Frågan om huruvida vägledning kan hämtas av artikel 28 i förordning nr 44/2001 ..... I - 12557

3. Domstolens rättspraxis ..... I - 12559

4. Berättigad kritik ..... I - 12560

5. Samband i den mening som avses i artikel 6.1 i förordning nr 44/2001 ... I - 12562

a) Samband mellan den första talan och det eller de ytterligare käromålen ..... I - 12562

b) Frågan om huruvida det föreligger samma omständigheter ..... I - 12563

c) Frågan huruvida det föreligger ett tillräckligt nära samband ..... I - 12565

d) Ingen separat bedömning eller prövning av huruvida det i det konkreta fallet föreligger en risk för oförenliga domar ..... I - 12566

D — Slutsats ..... I - 12566

IX — De ytterligare tolkningsfrågorna ..... I - 12567

A — Den fjärde tolkningsfrågan ..... I - 12567

1. Parternas huvudsakliga argument ..... I - 12568

2. Huruvida tolkningsfrågan kan tas upp till sakprövning ..... I - 12570

3. Rättslig bedömning ..... I - 12570

a) Rätten till skydd för porträttbilder ..... I - 12571

b) Begreppet mångfaldigande ..... I - 12572

c) Slutsats ..... I - 12574

B — Den tredje tolkningsfrågan ..... I - 12574

1. Parternas huvudsakliga argument ..... I - 12575

2. Rättslig bedömning ..... I - 12577

a) Den lagstiftningsteknik som ligger till grund för artikel 5.3 i direktiv 2001/29 ..... I - 12577

b) Den första delfrågan ..... I - 12578

c) Den andra delfrågan ..... I - 12580

d) Den tredje delfrågan ..... I - 12581

C — Den andra tolkningsfrågan ..... I - 12581

1. Parternas argument ..... I - 12582

2. Rättslig bedömning ..... I - 12583

a) Den första delfrågan ..... I - 12584

b) Den andra delfrågan ..... I - 12586

i) Frågan om huruvida ett angivande är omöjligt ..... I - 12586

ii) Rättsföljderna i fall där ett angivande inte anses omöjligt ..... I - 12587

iii) Slutsats ..... I - 12589

c) Kompletterande anmärkningar ..... I - 12589

i) Citat för användning i t.ex. kritik och recensioner ..... I - 12589

ii) Fullständigt citat ..... I - 12590

iii) Ytterligare villkor ..... I - 12591

X — Förslag till avgörande ..... I - 12591

I — Inledning

1. Genom förevarande begäran om förhandsavgörande enligt artikel 267 FEUF har Handelsgericht Wien (nedan kallad den hänskjutande domstolen) i första hand ställt en tolkningsfråga avseende domstols behörighet på grund av konnexitet, ett ämne som regleras i rådets förordning (EG) nr 44/2001 av den 22 december 2000 om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar på privaträttens område [2]. Detta ger domstolen möjlighet att vidareutveckla sin rättspraxis på detta område. [3]

2. De ytterligare tolkningsfrågorna rör i synnerhet Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/29/EG av den 22 maj 2001 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället. [4] Det är först och främst frågan om huruvida en fantombild som har framställts med hjälp av ett fotografi utan upphovsmannens samtycke får offentliggöras i tidningar, tidskrifter och på Internet. De övriga frågorna avser gränserna för medlemsstaternas rätt att föreskriva undantag och inskränkningar från rätten till mångfaldigande för citat, respektive för användning i den allmänna säkerhetens intresse enligt artikel 5.3 d och 5.3 e.

3. I faktiskt hänseende har målet vid den nationella domstolen samband med kidnappningen av den österrikiska medborgaren Natascha K., med säkerhetsmyndigheternas efterlysningsåtgärder samt med rapporteringen i media efter hennes flykt från kidnapparen.

II — Tillämpliga bestämmelser [5]

A — *Förordning nr 44/2001*

4. Förordning nr 44/2001 ska enligt artikel 68.1 i nämnda förordning ersätta Bryssel-konventionen av den 27 september 1968 om domstols behörighet och om verkställighet av domar på privaträttens område (nedan kallad

2 — EGT L 12, s. 1.

3 — Se särskilt dom av den 27 september 1988 i mål 189/87, Kalfelis (REG 1988, s. 5565; svensk specialutgåva, volym 9, s. 729), och av den 13 juli 2006 i mål C-539/03, Roche Nederland m.fl. (REG 2006, s. I-6535), som emellertid avkunnades när den tidigare bestämmelsen i Brysselkonventionen fortfarande gällde, samt dom av den 11 oktober 2007 i mål C-98/06, Freeport (REG 2007, s. I-8319).

4 — EGT L 167, s. 10.

5 — Mot bakgrund av de benämningar som används i FEU och FEUF kommer begreppet unionsrätt att användas som ett gemensamt begrepp för gemenskapsrätt och unionsrätt. I den mån det i det följande hänvisas till enskilda primärrättsliga bestämmelser är det den vid varje tid (*ratione temporis*) gällande lydelsen som avses.

Brysselkonventionen) mellan medlemsstaterna, med undantag för Danmark.

5. I skälen 11, 12 och 15 i nämnda direktiv föreskrivs följande:

”(11) Behörighetsbestämmelserna måste uppfylla kravet på förutsebarhet och bygga på den allmänna principen om svarandens hemvist, och det måste alltid kunna gå att bestämma vilken domstol som är behörig utifrån denna princip, utom i vissa bestämda fall när tvistens art eller hänsynen till partsautonomin gör det berättigat att använda någon annan anknytning. …

(12) Principen om att domstolen där svaranden har hemvist är behörig bör kompletteras med alternativa behörighetsregler i de fall där det finns en nära koppling mellan domstolen och tvisteföremålet eller då detta krävs för att underlätta rättskipningen.

…

(15) För att rättskipningen skall fungera väl, måste man minimera möjligheten för samtidiga förfaranden och se till att oförenliga domar inte meddelas i två medlemsstater. ...”

6. De bestämmelser som avser behörighet regleras i kapitel II i förordning nr 44/2001 som omfattar artiklarna 2–31.

7. Artikel 2.1 i förordningen har följande lydelse:

”Om inte annat föreskrivs i denna förordning, skall talan mot den som har hemvist i en medlemsstat väckas vid domstol i den medlemsstaten, oberoende av i vilken stat han har medborgarskap.”

8. I Artikel 3.1 i förordningen föreskrivs följande:

”Talan mot den som har hemvist i en medlemsstat får väckas vid domstol i en annan medlemsstat endast med stöd av bestämmelserna i avsnitten 2–7 i detta kapitel.”

9. I artikel 6.1 i förordningen som befinner sig i avsnitt två i detta kapitel under rubriken ”Särskilda behörighetsregler” föreskrivs följande:

”Talan mot den som har hemvist i en medlemsstat kan även väckas i följande fall:

1. Om han är en av flera svarande, vid domstol där någon av svarandena har hemvist, förutsatt att det finns ett tillräckligt nära samband mellan käromålen för att

en gemensam handläggning och dom skall vara påkallad för att undvika att oförenliga domar meddelas som en följd av att käromålen prövas i olika rättegångar. …”

10. I artikel 28 i förordningen, under avsnitt 9 (”Litispendens och mål som har samband med varandra”) föreskrivs följande:

”(1) Om käromål som har samband med varandra prövas vid domstolar i olika medlemsstater, får varje domstol utom den vid vilken talan först väckts låta handläggningen av målet vila.

(2) Om dessa mål prövas i första instans får varje domstol, utom den vid vilken talan först väckts, också avvisa talan på begäran av en av parterna, om den domstol vid vilken talan först väckts är behörig att pröva de berörda käromålen och dess lag tillåter förening av dessa.

(3) Vid tillämpningen av denna artikel skall käromål anses ha samband med varandra om de är så förenade att en gemensam handläggning och dom är påkallad för att undvika att oförenliga domar meddelas som en följd av att käromålen prövas i olika rättegångar.”

11. I artikel 34.3 i kapitel III (”Erkännande och verkställighet”) föreskrivs följande:

”En dom skall inte erkännas om

…

3. den är oförenlig med en dom som har meddelats i en tvist mellan samma parter i den medlemsstat där domen görs gällande,”

B — *Direktiv 93/98 och direktiv 2006/116*

12. Skäl 17 i rådets direktiv 93/98/EEG av den 29 oktober 1993 om harmonisering av skyddstiden för upphovsrätt och vissa närstående rättigheter [6] har följande lydelse:

”Skyddet av fotografier i medlemsstaterna regleras av olika ordningar. För att uppnå en tillräcklig harmonisering av skyddstiden för fotografiska verk, särskilt sådana som på grund av sin konstnärliga eller yrkesmässiga karaktär är av betydelse för den inre marknaden, är det nödvändigt att ange den nivå av

6 — EGT L 290, s. 9; svensk specialutgåva, område 13, volym 25, s. 75.

originalitet som krävs i detta direktiv. Ett fotografiskt verk skall enligt Bernkonventionen anses som originellt om det rör sig om upphovsmannens egna intellektuella skapelse och avspeglar hans personlighet, utan hänsyn tagen till andra bedömningsgrunder såsom värde eller syfte. Skyddet av andra typer av fotografier bör överlåtas till nationell lagstiftning."

13. I artikel 6 i direktivet anges följande:

"Fotografier som är originella på så sätt att de är upphovsmannens egna intellektuella skapelse skall skyddas enligt artikel 1. Inga andra bedömningsgrunder skall tillämpas för rätten till skydd. Medlemsstaterna får fastställa skydd för andra fotografier."

14. Bestämmelserna i direktiv 93/98 har kodifierats i Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/12/EG av den 7 december 2006 om skyddstiden för upphovsrätt och vissa närstående rättigheter [7].

15. Skäl 16 i detta direktiv har följande lydelse:

"Skyddet av fotografier i medlemsstaterna regleras av olika ordningar. Ett fotografiskt verk skall enligt Bernkonventionen anses som originellt om det rör sig om upphovsmannens egna intellektuella skapelse och avspeglar hans personlighet, utan hänsyn tagen till andra bedömningsgrunder såsom värde eller syfte. Skyddet av andra typer av fotografier bör överlåtas till nationell lagstiftning."

16. I artikel 6 i direktivet föreskrivs följande:

"Fotografier som är originella på så sätt att de är upphovsmannens egna intellektuella skapelse skall skyddas enligt artikel 1. Inga andra bedömningsgrunder skall tillämpas för rätten till skydd. Medlemsstaterna får fastställa skydd för andra fotografier."

7 — EUT L 372, s. 12.

C — *Direktiv 2001/29*

17. Skälen 9, 21, 32 och 44 i direktiv 2001/29 har följande formulering:

”(9) Utgångspunkten för en harmonisering av upphovsrätt och närstående rättigheter måste vara en hög skyddsnivå, eftersom dessa rättigheter har en avgörande betydelse för det intellektuella skapandet. Skyddet av dem bidrar till att bevara och utveckla kreativiteten och gagnar upphovsmän, utövande konstnärer, producenter, konsumenter, kultur, näringsliv och allmänhet. Immaterialrätt har därför erkänts som en integrerad del av äganderätten.

…

(21) I detta direktiv bör området fastställas för de handlingar som omfattas av mångfaldiganderätten i fråga om de olika rättsinnehavarna. Detta bör göras i överensstämmelse med gemenskapens regelverk. En vid definition av dessa handlingar krävs för att säkerställa klarhet i rättsligt avseende på den inre marknaden.

…

(32) Detta direktiv innehåller en uttömmande förteckning över undantagen och inskränkningarna från mångfaldiganderätten och rätten till överföring till allmänheten. Vissa undantag och inskränkningar gäller endast mångfaldiganderätten, när så är lämpligt. I denna förteckning tas vederbörlig hänsyn till de olika rättstraditionerna i medlemsstaterna, samtidigt som syftet är att säkerställa en fungerande inre marknad. Medlemsstaterna bör nå samstämmighet i tillämpningen av dessa undantag och inskränkningar, och detta kommer att utvärderas vid den kommande översynen av genomförandelagstiftningen.

…

(44) Tillämpningen av undantagen och inskränkningarna i detta direktiv bör ske i överensstämmelse med internationella förpliktelser. Sådana undantag och inskränkningar bör inte tillämpas på ett sätt som inkräktar på rättsinnehavarens legitima intressen eller gör intrång i det normala utnyttjandet av dennes verk eller andra alster. När medlemsstaterna beslutar om sådana undantag eller inskränkningar, bör de särskilt ta vederbörlig hänsyn till de ökande ekonomiska verkningar dessa undantag eller inskränkningar kan få i den nya elektroniska miljön. Räckvidden för vissa undantag eller inskränkningar kan därför behöva begränsas ytterligare, då det gäller vissa nya användningar av upphovsrättsligt skyddade verk och andra alster.”

18. Artikel 1.1 i direktiv 2001/29 lyder som följer:

”Detta direktiv avser det rättsliga skyddet för upphovsrätt och närstående rättigheter inom den inre marknaden, med särskild tonvikt på informationssamhället.”

19. I artikel 2 a i nämnda direktiv, som avser mångfaldiganderätten, föreskrivs följande:

”Medlemsstaterna skall föreskriva en ensamrätt att tillåta eller förbjuda direkt eller indirekt, tillfälligt eller permanent, mångfaldigande, oavsett metod och form, helt eller delvis:

a) för upphovsmän: av deras verk. …”

20. Artikel 3.1 i direktivet avser rätten till överföring av verk till allmänheten och rätten att göra andra alster tillgängliga för allmänheten. Där föreskrivs följande:

”Medlemsstaterna skall ge upphovsmän en ensamrätt att tillåta eller förbjuda varje överföring till allmänheten av deras verk, på trådbunden eller trådlös väg, inbegripet att verken görs tillgängliga för allmänheten på ett sådant sätt att enskilda kan få tillgång till dessa verk från en plats och vid en tidpunkt som de själva väljer.”

21. I artikel 5 i direktivet (”Undantag och inskränkningar”) föreskrivs särskilt följande:

”(3) … Medlemsstaterna får föreskriva undantag eller inskränkningar i de rättigheter som avses i artiklarna 2 och 3 i följande fall:

…

(d) Citat för användning i t.ex. kritik och recensioner, förutsatt att de avser ett verk eller annat alster som redan lagligen gjorts tillgängligt för allmänheten, att källan, inbegripet upphovsmannens namn, anges, om inte detta visar sig vara omöjligt, och att användningen sker i enlighet med god sed samt i den utsträckning som krävs med hänsyn till det särskilda ändamålet.

e) Användning i den allmänna säkerhetens intresse eller för att garantera ett korrekt genomförande eller en korrekt rapportering av ett administrativt, parlamentariskt eller rättsligt förfarande.

…

(5) De undantag och inskränkningar som föreskrivs i punkterna 1, 2, 3 och 4 får endast tillämpas i vissa särskilda fall som inte strider mot det normala utnyttjandet av verket eller annat alster och inte oskäligt inkräktar på rättsinnehavarnas legitima intressen."

III — Bakgrund

22. Klaganden i målet vid den nationella domstolen, Eva-Maria Painer, är självständig fotograf. Hon fotograferar bland annat barn på förskolor och fritidshem. Eva-Maria Painer framställde i sin yrkesverksamhet porträttbilder av den österrikiska medborgaren Natascha K. (nedan kallade de omtvistade fotografierna) innan denna kidnappades år 1998. I detta avseende tog hon fram bakgrunden, bestämde position och ansiktsuttryck samt framställde och framkallade fotografierna.

23. Eva-Maria Painer förser sedan över 17 år de fotografier som hon framställer med sitt namn och med sin firmabeteckning. Denna märkning har under årens lopp gjorts på olika sätt, genom klistermärken och/eller stämplar på de utsmyckade mapparna eller passepartouterna. Hennes namn och hennes firmaadress framgår i vart fall av dessa beteckningar.

24. Eva-Maria Painer har sålt de kopior som hon har framställt, men hon har varken medgett rättigheter till fotografierna för tredje man eller samtyckt till att dessa offentliggörs. Den köpeskilling hon begärde för fotografierna avsåg sålunda enbart betalning för kopiorna.

25. Efter det att Natascha K. kidnappades år 1998 vid tio års ålder, efterlystes hon av säkerhetsmyndigheterna, varvid de omtvistade fotografierna användes.

26. Motparterna i målet vid den nationella domstolen (nedan kallade förlagen) är tidningsförlag. Endast den första motparten har sitt säte i Wien i Österrike. Övriga motparter har sitt säte i Tyskland.

27. Det första och det tredje tidningsförlaget ger (även) ut dagstidningar i Österrike (*Der Standard*, respektive *Süddeutsche Zeitung*) och det fjärde förlaget ger ut en veckotidning i Österrike (*Der Spiegel*). Det femte förlaget ger enbart ut en dagstidning i Tyskland (*Express*). Det andra förlaget ger ut en dagstidning (*Bild*) vars generella tyska utgåva inte ges ut i Österrike. Däremot ger nämnda förlag även ut München-utgåvan i Österrike. Vidare ger

det andra förlaget ut en annan tidning (*Die Welt*) som även saluförs i Österrike samt har nyhetssidor på Internet.

28. År 2006 lyckades Natascha K. fly från sin kidnappare. Målet vid den nationella domstolen avser förlagens rapportering mellan denna tidpunkt och den första TV-intervjun med Natascha K. den 5 september 2006. Under denna tidsperiod förelåg det inte några aktuella fotografier av Natascha K. I samband med sin rapportering offentliggjorde förlagen de omtvistade fotografierna i ovannämnda tidningar, tidskrifter och på Internetsidor utan att ange, eller med ett felaktigt angivande av upphovsman, eftersom en annan person angavs som upphovsman i stället för Eva-Maria Painer. Rapporteringen i dagstidningarna, veckotidningarna och på Internetsidorna skilde sig åt vad avsåg urvalet av bilder och den åtföljande texten. Förlagen hävdar att de erhållit fotografierna av en nyhetsagentur utan att Eva-Maria Painers namn hade angetts, respektive med angivande av en annan upphovsman.

29. Dessutom offentliggjordes även en fantombild i vissa av reportagen som skulle återge Natascha K:s förmodade utseende (nedan kallad den omtvistade fantombilden). Denna hade en grafiker framställt med hjälp av ett datorprogram på grundval av ett av de omtvistade fotografierna.

IV — Förfarandet vid de nationella domstolarna

30. Eva-Maria Painer väckte talan mot förlagen vid Handelsgericht Wien i Österrike. Denna talan avsåg i huvudsak [8] att förlagen skulle upphöra att mångfaldiga de omtvistade fotografierna och den omtvistade fantombilden utan hennes samtycke, respektive utan att uppge henne som upphovsman, samt betalning av ersättning och skadestånd.

31. Samtidigt ansökte Eva-Maria Painer om ett interimistiskt förordnande, vilket under tiden har avgjorts.

8 — Talan i det nationella målet avser även spridningen av fotografierna. Eftersom denna punkt i huvudsak saknar betydelse i förevarande begäran om förhandsavgörande, kommer jag i fortsättningen inte särskilt att beakta detta. Det ska dock påpekas att möjligheten till begränsningar och inskränkningar enligt artikel 5.3 d och 5.3 e i direktiv 2001/29 begränsas i artiklarna 2 och 3 i samma direktiv och omfattar inte mångfaldiganderätten enligt artikel 4 i direktivet.

V — Tolkningsfrågor

32. Genom sin begäran om förhandsavgörande av den 8 mars 2010 har den hänskjutande domstolen ställt följande tolkningsfrågor:

1. Ska artikel 6.1 i förordning nr 44/2001 tolkas så, att det inte utgör hinder mot en tillämpning av nämnda förordning eller en gemensam handläggning att en talan som har väckts mot flera svaranden på grund av materiellt identiska intrång i upphovsrätten har olika rättsliga grunder, vilka emellertid till väsentlig del är identiska i materiellt hänseende – såsom är fallet i samtliga medlemsstater – vad gäller rätten att oberoende av uppsåt utverka ett förbudsföreläggande, rätten till en skälig ersättning på grund av intrång i upphovsrätten och rätten att rikta skadeståndsanspråk till följd av rättsstridigt användande?

2. a) Ska artikel 5.3 d i direktiv 2001/29 med hänsyn till artikel 5.5 i nämnda direktiv tolkas så, att det inte utgör hinder mot en tillämpning av nämnda bestämmelse att en tidningsartikel i vilken ett verk eller annat alster citeras inte utgör ett språkligt verk som är skyddat enligt upphovsrätten?

2. b) Ska artikel 5.3 d med hänsyn till artikel 5.5 i direktiv 2001/29 tolkas så, att det inte utgör hinder mot tillämpning av nämnda bestämmelse att upphovsmannens eller den utövande konstnärens namn inte har angetts i det verk eller det alster som citeras?

3. a) Ska artikel 5.3 e med hänsyn till artikel 5.5 i direktiv 2001/29 tolkas så, att det för en användning i den allmänna säkerhetens intresse i samband med rättskipning i brottmål krävs att säkerhetsmyndigheterna utfärdar en konkret, aktuell och uttrycklig uppmaning att offentliggöra ett fotografi, det vill säga att offentliggörandet av ett fotografi i efterlysningssyfte måste företas på myndigheternas initiativ för att det inte ska föreligga en överträdelse?

b) För det fallet att fråga 3 a ska besvaras nekande: Får media även åberopa artikel 5.3 e i direktiv 2001/29 för att på egen hand besluta huruvida offentliggörande av fotografier sker ”i den allmänna säkerhetens intresse” utan en motsvarande begäran om efterlysning av myndighet?

c) För det fall att fråga 3 b ska besvaras jakande: Är det i detta fall tillräckligt att media i efterhand hävdar att ett offentliggörande av ett fotografi har gjorts i efterlysningssyfte, eller krävs det i varje enskilt fall en konkret uppmaning till läsarna att medverka till att uppklara ett brott som har omedelbart samband med offentliggörandet av fotografiet?

4. Ska artikel 1.1 jämförd med artikel 5.5 i direktiv 2001/29 och artikel 12 i Bernkonventionen i synnerhet med hänsyn till artikel 1 i Tilläggsprotokoll nr 1 till Europakonventionen och artikel 17 i stadgan om de grundläggande rättigheterna, tolkas så, att fotografiska verk och/eller fotografier, i synnerhet porträttbilder, åtnjuter ett ”svagare” skydd, eller inget upphovsrättsligt skydd överhuvudtaget mot bearbetning, eftersom dessa inte uppvisar tillräckliga utformningsmöjligheter vad avser den ”realistiska fotograferingen”?

VI — Förfarandet vid domstolen

33. Begäran om förhandsavgörande inkom till domstolens kansli den 22 mars 2010.

34. Eva-Maria Painer, förlagen, den österrikiska, den italienska och den spanska regeringen samt kommissionen har ingett skriftliga yttranden.

35. Då ingen av dem som yttrat sig i målet begärt att muntlig förhandling ska hållas, var målet, efter domstolens allmänna sammanträde den 14 december 2010, färdigt för detta förslag till avgörande.

VII — Huruvida begäran om förhandsavgörande kan tas upp till sakprövning samt de enskilda tolkningsfrågorna

36. Förlagen har ifrågasatt huruvida begäran om förhandsavgörande i sin helhet kan tas upp till sakprövning. De anser att den hänskjutande domstolen inte i tillräcklig omfattning har fastställt de faktiska omständigheterna eller har motiverat de tvivel som den hyser i fråga om den riktiga tolkningen av unionsrätten. Nämnda domstol har inte heller etablerat

ett tillräckligt sammanhang mellan de nationella bestämmelser som är tillämpliga i målet och de unionsrättsliga bestämmelserna och i synnerhet har den inte citerat de tillämpliga nationella bestämmelserna.

37. Dessa invändningar kan inte godtas.

38. Såsom framgår av begäran om förhandsavgörande kan den särskilda omständigheten att målet har föregåtts av ett interimistiskt rättsligt förfarande anses kännetecknande för förevarande fall. Parterna i målet vid den nationella domstolen tvistar för närvarande om huruvida den rättsliga tolkning som den österrikiska Oberster Gerichtshof (nedan kallad OGH) förespråkade i det interimistiska förfarandet är förenlig med de unionsrättsliga kraven. I fråga om en begäran om förhandsavgörande enligt artikel 267 FEUF är det tillräckligt att den hänskjutande domstolen redogör för OGH:s rättsliga bedömning och klarlägger att det mot bakgrund av parternas olika uppfattningar föreligger osäkerhet huruvida denna rättsliga bedömning är förenlig med de unionsrättsliga kraven. För övrigt har den hänskjutande domstolen vid sin redogörelse för OGH:s rättsliga bedömning beskrivit de tillämpliga nationella bestämmelserna tillräckligt tydligt för att tillgodose kraven i förevarande mål.

VIII — Den första tolkningsfrågan

39. Den första tolkningsfrågan avser domstols behörighet på grund av konnexitet enligt artikel 6.1 i förordning nr 44/2001. Den hänskjutande domstolen söker klarhet i huruvida den enligt nämnda bestämmelse även kan anses behörig att pröva talan i fråga om det andra och det femte förlaget i målet vid den nationella domstolen, i den mån det är fråga om artiklarna i de tidningar som enbart har getts ut i Tyskland (det vill säga dagstidningen *Express* och allmänna tyska utgåvan av *Bild*) [9].

40. De faktiska och rättsliga omständigheterna i förevarande fall präglas bland annat av att den hänskjutande domstolen enligt artikel 2 i förordning nr 44/2001 är behörig att pröva talan mot det första förlaget i det nationella målet, eftersom detta har sitt säte i Wien och ger ut dagstidningen *Standard* i Österrike. Enligt den hänskjutande domstolens uppgifter är österrikisk lagstiftning tillämplig på denna talan, som grundas på intrång i Eva-Maria Painers upphovsrätt. Talan mot det femte förlaget och talan mot det andra förlaget på grund av artikeln i dagstidningen *Express* och i den allmänna tyska utgåvan av *Bild* baseras på liknande intrång i hennes upphovsrätt. Om den hänskjutande domstolen skulle anses vara behörig skulle tysk lagstiftning enligt dess uppgifter vara tillämplig

9 — Se punkt 27 i detta förslag till avgörande. Vad avser övriga tidningar, tidskrifter och Internetsidor har den hänskjutande domstolen inte ställt denna fråga.

vad avser offentliggörandena i dessa dagstidningar som inte ges ut i Österrike. Vidare har den hänskjutande domstolen anfört att bestämmelserna i tysk och österrikisk rätt visserligen skiljer sig åt, men att de villkor som föreskrivs i huvudsak är jämförbara.

ansvar i dessa bestämmelser. Även processekonomiska skäl kan anses tala för en sådan tolkning. Dessutom måste en upphovsman i Internetåldern ges möjlighet att på ett effektivt sätt kunna stävja upphovsrättsintrång som äger rum i olika medlemsstater.

A — *Parternas huvudsakliga argument*

41. *Eva-Maria Painer* anser att villkoren för domstols behörighet i detta fall är uppfyllda på grund av konnexitet. Det är påkallat att genomföra en gemensam handläggning och dom för att undvika att oförenliga domar meddelas som en följd av att käromålen prövas i olika rättegångar trots samma faktiska omständigheter och nästan identiska rättsläge. Talan är med små avvikelser identisk i förhållande till samtliga förlag. Bakgrunden är jämförbar, eftersom de omtvistade fotografierna i samtliga fall användes utan Eva-Maria Painers samtycke. Det utgör inte hinder mot en tillämpning av artikel 6.1 i förordningen att olika nationella bestämmelser är tillämpliga på talan i de separata fallen när det där föreskrivs i huvudsak identiska grunder för

42. *Förlagen* anser att denna fråga inte kan tas upp till sakprövning, eftersom enbart domstolar vars beslut inte kan överklagas enligt nationell rätt kan begära att domstolen tolkar förordning nr 44/2001. Dessutom har de gjort gällande att artikel 6.1 i förordningen inte är tillämplig i förevarande fall, eftersom det saknas ett sådant tillräckligt nära samband som krävs enligt denna bestämmelse. För det första ska offentliggörandet av de omtvistade bilderna i de enskilda tidningarna bedömas separat. För det andra kan rättsläget i de olika medlemsstaterna skilja sig åt med följd att det är uteslutet med oförenliga domar. Domstolen har i domen i målet Roche Nederland [10] i ett jämförbart fall funnit att det inte förelåg ett tillräckligt nära samband. I detta fall tillhörde de enskilda motparterna till och med samma koncern och hade på grund av en gemensam affärspolitik handlat på liknande sätt. Mot denna bakgrund kan det än mindre vara fråga om ett nära samband i förevarande fall.

10 — Ovan fotnot 3.

43. Den *österrikiska regeringen* och *kommissionen* har uppgett att en tillämpning av artikel 6.1 i förordningen inte är utesluten redan av den anledningen att avvikande nationell lagstiftning är tillämplig på talan mot det första förlaget med säte i Österrike och de övriga förlagen.

44. Kommissionen har främst framhållit att begreppet oförenliga domar enligt artikel 6.1 i förordningen inte kan tolkas på ett sätt som är jämförbart med det i artikel 34.3 i förordningen. Snarare kan det anses ha ett nära samband med artikel 28.3 i förordningen, eftersom båda bestämmelserna har som mål att motverka oförenliga domar. Emellertid är målsättningen i de båda bestämmelserna inte helt identisk.

45. Dessutom har den österrikiska regeringen gjort gällande att artikel 6.1 i förordningen inte syftar till att motverka risken för oförenliga domar som kan uppkomma genom att de tillämpliga nationella lagstiftningarna skiljer sig åt och dessa skillnader mellan de nationella rättsordningarna kan medföra olika domar. Snarare syftar den till att motverka oförenlighet mellan två domar som är ett resultat av olika bedömningar av de faktiska omständigheterna. Följaktligen omfattar artikel 6.1 i förordningen även tvister vid vilka olika lagstiftningar är tillämpliga i den mån förutsättningarna enligt båda rättssystemen i huvudsak är jämförbara.

46. Inte heller kommissionen anser att det, för att artikel 6.1 i förordningen ska anses tillämplig, krävs att de enskilda tvisterna baseras på samma rättsliga grunder. I annat fall skulle denna bestämmelse förlora en stor del av sin ändamålsenliga verkan. För att denna bestämmelse ska vara tillämplig är det inte avgörande huruvida det kan uppkomma oförenliga domar. Snarare ska man bedöma samtliga omständigheter i det enskilda fallet, varvid i synnerhet syftet att stärka det rättsliga skyddet och motverka parallella förfaranden samt kärandens och svarandens intressen ska beaktas. Dessutom måste det säkerställas att det föreligger en rimlig möjlighet att göra gällande immaterialrätter. I förevarande fall kan Eva-Maria Painers intressen av ett effektivt skydd mot upphovsrättsintrång anses överväga, vilket innebär att artikel 6.1 i förordningen är tillämplig. För det femte förlaget som enbart har gett ut sin tidning i Tyskland kan en sådan talan emellertid inte anses tillräckligt förutsebar, vilket innebär att artikel 6.1 i förordningen inte är tillämplig.

B — *Huruvida begäran om förhandsavgörande kan tas upp till sakprövning*

47. I den mån som förlagen har invänt att den första frågan inte kan tas upp till sakprövning ska invändningen underkännas att enbart domstolar vars beslut inte kan överklagas enligt nationell rätt kan begära att domstolen tolkar förordning nr 44/2001.

48. Denna begränsning som föreskrivs i artikel 68.1 EG har nämligen inte tagits över i FEUF som trädde i kraft den 1 december 2009 och sålunda är tillämplig på begäran om förhandsavgörande som inkom till domstolen den 22 mars 2010.

C — *Rättslig bedömning*

49. Den hänskjutande domstolen har ställt sin första fråga för att få klarhet i huruvida den kan anses vara behörig domstol på grund av konnexitet enligt artikel 6.1 i förordning nr 44/2001 vad avser det andra och det femte förlaget i den mån det är fråga om offentliggörandet av de omtvistade fotografierna och den omtvistade fantombilden i de dagstidningar som enbart saluförs i Tyskland, det vill säga den allmänna tyska utgåvan av *Bild* och *Express*.

50. Enligt artikel 6.1 i förordningen kan en kärande som väcker talan mot en person vid domstol där denne har hemvist (nedan kallad den första talan) [11], även väcka talan mot en annan person vid denna domstol. För detta krävs emellertid att det föreligger ett tillräckligt nära samband mellan den första talan och ytterligare käromål så att att en gemensam handläggning och dom är påkallad för att undvika att oförenliga domar meddelas som en följd av att käromålen prövas i olika rättegångar.

51. I förevarande fall föreligger det en första talan mot den första förlaget som har sitt säte i Wien.

52. Den hänskjutande domstolen anser att det är osäkert huruvida det andra kravet i artikel 6.1 i förordningen kan anses uppfyllt, det vill säga huruvida det föreligger ett tillräckligt nära samband mellan den första talan och de ovannämnda käromålen mot det andra och det femte förlaget. Detta andra krav baseras på domstolens rättspraxis avseende den tidigare bestämmelsen i artikel 6.1 i Brysselkonventionen. I artikel 6.1 i Brysselkonventionen föreskrevs inte något motsvarande villkor.

11 — För detta begrepp se Althammer, C., "Die Anforderungen an die Ankerklage am forum connexitatis", *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2006, sidan 558 och följande sidor.

Domstolen fann emellertid att detta ytterligare villkor var nödvändigt för att säkerställa den ändamålsenliga verkan av artikel 2 i Brysselkonventionen, i vilken principen att domstolen vid svarandens hemvist är behörig föreskrivs. [12] I förordning nr 44/2001 har unionslagstiftaren tagit över de krav som domstolen utvecklat vid utformningen av den nya bestämmelsen. Sålunda föreligger det kontinuitet mellan artikel 6.1 i förordningen och artikel 6.1 i Brysselkonventionen.

53. Den hänskjutande domstolen har ställt frågan huruvida det kan anses föreligga ett sådant tillräckligt nära samband som krävs enligt artikel 6.1 i förordningen i ett fall i vilket

— klaganden i samtliga tre tvister gör gällande jämförbara upphovsrättsintrång och framställer liknande krav på ersättning,

— österrikisk lagstiftning är tillämplig i den första talan och tysk lagstiftning är tillämplig i käromålen mot det andra och det femte förlaget på grund av de i Tyskland saluförda tidningarna,

— villkoren för de yrkanden som har framställts i huvudsak är identiska enligt österrikisk och tysk lagstiftning.

54. Jag kommer stegvis att närma mig svaret på denna fråga. Först kommer jag att behandla frågan vilken ställning som ska tillmätas behörig domstol på grund av konnexitet enligt behörighetssystemet i förordning nr 44/2001 (1). Sen kommer jag att undersöka sambandet mellan artikel 6.1 i förordningen, vars syfte i synnerhet är att motverka oförenliga domar, och andra bestämmelser med liknande målsättning (2). Därefter kommer jag att skildra hur domstolen har tolkat kravet på ett nära samband (3). Eftersom jag anser att kritiken mot domstolens rättspraxis till viss del är berättigad (4), kommer jag att föreslå en viss ändring av dess synsätt (5).

1. Systematiken i förordning nr 44/2001

55. Enligt artikel 2 i förordning nr 44/2001 är i princip domstol i den medlemsstat där svaranden har sin hemvist behörig. I förordningen föreskrivs emellertid en rad särskilda, uttömmande, behörighetsregler som avviker

12 — Domen i målet Kalfelis (ovan fotnot 3), punkterna 6–12, och av den 27 oktober 1998 i mål C-51/97, Réunion européenne m.fl. (REG 1998, s. I-6511), punkterna 47 och 48.

från denna princip. Enligt fast rättspraxis ska dessa särskilda behörighetsregler, till vilka även artikel 6.1 i förordningen hör, tolkas restriktivt. [13]

56. Dessutom ska skäl 11 beaktas vid tolkningen av artikel 6.1 i förordningen. Enligt detta skäl måste behörighetsbestämmelserna uppfylla kravet på förutsebarhet. De ska bygga på den allmänna principen om svarandens hemvist. Man ska enbart avvika från denna princip i vissa bestämda fall när tvistens art eller hänsyn till partsautonomin gör det berättigat att använda något annat anknytningskriterium.

2. Systematiska sammanhang

57. Syftet med artikel 6.1 i förordningen är framför allt att motverka motstridiga domar när det finns ett tillräckligt nära samband mellan käromålen. [14] Det ligger sålunda nära till hands att vid tolkningen av denna bestämmelse hämta vägledning av andra bestämmelser i förordningen som har en liknande målsättning. Även artikel 34.3 i förordningen (a) och artikel 28 i förordningen (b) avser motstridigheter mellan två domar.

a) Frågan om huruvida vägledning kan hämtas från artikel 34.3 i förordning nr 44/2001

58. Först och främst uppkommer frågan huruvida artikel 6.1 i förordningen ska tolkas med vägledning av artikel 34.3 i förordningen och den rättspraxis som har utvecklats beträffande denna bestämmelse. I denna bestämmelse föreskrivs att en dom inte ska erkännas om den är oförenlig med en dom som har meddelats i en tvist mellan samma parter i den medlemsstat där domen görs gällande.

59. Domstolen har i fråga om artikel 27.3 i Brysselkonventionen, som är den bestämmelse som gällde innan artikel 34.3 i förordningen antogs, fastställt att det enbart kan anses föreligga två domar som är oförenliga i den mening som avses i denna bestämmelse om de båda domarna medför ömsesidigt uteslutande rättsföljder. [15] Detta är till exempel fallet om det i en dom har förordnats om betalning

13 — Domen i målet Freeport (ovan fotnot 3), punkt 35, och dom av den 13 juli 2006 i mål C-103/05, Reisch Montage (REG 2006, s. I-6827), punkt 23.

14 — Genom artikel 6.1 i direktivet ska även processekonomiska målsättningar tillgodoses.

15 — Dom av den 4 februari 1988 i mål 145/86, Hoffmann (REG 1988, s. 645), punkt 22.

av underhåll, medan det i den andra domen däremot har fastställts äktenskapsskillnad mellan två personer. [16]

60. Det har till viss del föreslagits att man vid tolkningen av artikel 6.1 i förordningen ska hämta vägledning från artikel 34.3 och även tillämpa ovannämnda rättspraxis på artikel 6.1 i förordningen. [17] Mot detta talar emellertid följande skäl.

61. Artiklarna 34.3 och 6.1 i förordningen avser huvudsakligen olika situationer och har sålunda olika målsättning.

62. Artikel 34.3 i förordningen tillämpas i samband med erkännandet och verkställigheten av domar från domstolar i andra medlemsstater. Det är en bestämmelse som syftar till att lösa en konflikt mellan två domar mellan samma parter som enligt förordningens system i princip inte ska uppkomma. [18] Ett nekat erkännande enligt artikel 34.3 i förordningen utgör sålunda ett undantagsfall, i vilket en avvikelse från principen om nästan automatiskt erkännande av domar från de andra medlemsstaternas domstolar och därmed en av de grundläggande principerna i förordning nr 44/2001 undantagsvis är motiverad. Denna bestämmelse ska därför tolkas restriktivt och enbart tillämpas på domar med ömsesidigt uteslutande rättsföljder. [19]

63. Artikel 6.1 i förordningen rör emellertid ett annat fall. Syftet med bestämmelsen är att motverka motstridiga domar innan dessa överhuvudtaget kan uppkomma. Vidare är det inte fråga om motstridigheter mellan två domar mellan samma parter, utan om potentiella motstridigheter mellan två domar av vilka en meddelas mellan käranden och svaranden i den första talan och en ytterligare mellan käranden och en ytterligare svarande. Enligt artikel 6.1 i förordningen ges käranden möjlighet att i fall där det finns ett tillräckligt nära samband mellan käromålen låta båda käromålen avgöras av samma domstol för att undvika sådana oförenliga domar som skulle kunna uppkomma när två olika domstolar dömer i käromålen. [20]

16 — Domen i målet Hoffmann (ovan fotnot 15), punkt 25.

17 — Generaladvokaten Léger förespråkade i punkterna 107–110 i sitt förslag till avgörande av den 8 december 2005 i målet Roche Nederland (ovan fotnot 3) en sådan restriktiv tolkning av artikel 6.1 i Brysselkonventionen. I domen i detta mål lämnade domstolen emellertid frågan öppen huruvida ett sådant synsätt ska godtas, se punkt 25 i domen. Av domen i målet Freeport (ovan fotnot 3) kan det emellertid anses framgå att domstolen inte på allvar har ansett att ett sådant restriktivt synsätt kan komma på fråga.

18 — Se särskilt bestämmelsen avseende litispendens i artikel 27 i förordning nr 44/2001.

19 — Se skäl 17 i förordningen och dom av den 6 december 1994 i mål C-406/92, Tatry (REG 1994, s. I-5439), punkt 55.

20 — Dessutom kan tillämpningen av artikel 6.1 även medföra processekonomiska fördelar.

64. Mot bakgrund av ovannämnda skillnader vad avser de båda bestämmelsernas materiella tillämpningsområde förefaller det inte ligga nära till hands att tillämpa den rättspraxis som hänför sig till den bestämmelse som gällde innan artikel 34.3 i förordningen antagits med avseende på artikel 6.1 i förordningen.

65. Mot en tillämpning av den rättspraxis som hänför sig till den bestämmelse som gällde innan artikel 34.3 i förordningen antagits kan dessutom anses tala att detta skulle begränsa den ändamålsenliga verkan (*effet utile*) av artikel 6.1 i förordningen i betydande omfattning. En situation i vilken två domar medför ömsesidigt uteslutande rättsföljder förekommer i regel enbart när det är fråga om två domar mellan samma parter. Eftersom artikel 6.1 inte avser en sådan situation, utan ett fall i vilket båda domarna meddelas dels mellan käranden och svaranden i den första talan och dels mellan käranden och en ytterligare svarande kan det i regel inte bli fråga om ömsesidigt uteslutande rättsföljder i den mening som avses i artikel 34.3 i förordningen. Även om besluten skulle vara motstridiga, skulle dock båda i regel kunna verkställas. [21]

66. Sålunda kan en tolkning av artikel 6.1 där vägledning hämtas från artikel 34.3 i förordningen och av den rättspraxis som hänför sig till den bestämmelse som gällde innan artikel 34.3 i förordningen antagits i regel inte godtas. [22]

b) Frågan om huruvida vägledning kan hämtas av artikel 28 i förordning nr 44/2001

67. Däremot ska sambandet mellan artikel 6.1 och artikel 28 i förordningen beaktas. Enligt artikel 28.1 i förordningen får varje domstol utom den vid vilken talan först väckts låta handläggningen av målet vila om käromål som har samband med varandra prövas vid domstolar i olika medlemsstater. Enligt villkoren i artikel 28.2 får varje domstol, utom den vid vilken talan först väckts, avvisa talan. I artikel 28.3 regleras de krav på samband som enligt artikel 28.1 måste vara uppfyllda för att en domstol ska kunna låta handläggningen av målet vila och till och med avvisa talan i enlighet med de ytterligare villkoren i artikel 28.2. Dessa krav är identiska med det andra kravet på samband som ställs i artikel 6.1

21 — Se i detta avseende punkt 109 i generaladvokaten Légers förslag till avgörande i målet Roche Nederland (ovan fotnot 3).

22 — Se, för ett liknande resonemang, Gaudemet-Tallon, H., *Compétence et exécution des jugements en Europe*, fjärde upplagan, 2010, L.G.D.J., s. 255.

i förordningen. Såsom angetts ovan,[23] beror detta på att formuleringen av artikel 6.1 i förordningen baseras på domstolens praxis avseende artikel 6.1 i Brysselkonventionen och att domstolen har hämtat inspiration från artikel 22.3 i Brysselkonventionen som är den bestämmelse som gällde innan artikel 28.3 i förordningen antogs.

68. Redan av denna anledning kan det anses ligga nära till hands att beakta det systematiska sambandet med artikel 28 och sålunda även rättspraxis beträffande denna bestämmelse och den tidigare gällande bestämmelsen vid tolkningen av artikel 6.1 i förordningen. Enligt domstolens praxis ska begreppet samband i den mening som avses i artikel 22.3 i Brysselkonventionen tolkas så, att det för att det ska föreligga ett samband mellan två frågor är tillräckligt om det vid separat handläggning föreligger risk för oförenliga domar utan att det måste föreligga risk för ömsesidigt uteslutande rättsföljder.[24] Jag anser att denna rättspraxis även kan tillämpas med avseende på artikel 6.1 i förordningen.

69. Emellertid kan inte samtliga bedömningar som gjorts avseende artikel 28 i förordningen utan vidare anses överförbara på artikel 6.1 i förordningen. Även om de båda bestämmelserna har liknande ordalydelse och jämförbara målsättningar, föreligger det dock skillnader mellan dem som måste beaktas.

70. Enligt artikel 28.1 i förordningen får varje domstol utom den vid vilken talan först väckts låta handläggningen av målet vila. En sådan vilandeförklaring medför emellertid, till skillnad från i artikel 6.1 i förordningen, inte någon övergång av den internationella behörigheten. En domstol kan visserligen även avvisa talan enligt de ytterligare förutsättningar som föreskrivs i artikel 28.2 i förordningen. Emellertid måste man, i synnerhet med beaktande av behovet av en enhetlig rättskipning, utgå från att en nationell domstol fattar de beslut som den är behörig att göra enligt artikel 28 i förordningen.

71. Däremot ankommer det enbart på käranden att avgöra huruvida han vill utnyttja behörig domstol på grund av konnexitet. Käranden kommer emellertid att fatta detta beslut beroende på vilken behörig domstol som är mest förmånlig för honom och inte med tanke på behovet av en samordnad rättskipning. Av denna anledning krävs det att svarandens intressen beaktas tillräckligt vid tolkningen av begreppet samband i den mening som avses i artikel 6.1 i förordningen för att motverka risken för ett eventuellt missbruk. Det ska sålunda ställas något högre krav på begreppet

23 — Se punkt 52 i detta förslag till avgörande.
24 — Domen i målet Tatry (ovan fotnot 19), punkt 58.

samband i artikel 6.1 i förordningen än i artikel 28 i förordningen. [25]

3. Domstolens praxis

72. Efter redogörelsen för den rättsliga ram som föreskrivs enligt förordning nr 44/2001 kommer jag nedan att behandla frågan hur domstolen har tolkat begreppet nära samband i den mening som avses i artikel 6.1 i förordningen. Av ovannämnda skäl ska även rättspraxis beträffande artikel 6.1 i Brysselkonventionen beaktas i detta avseende.

73. Domstolen har först och främst slagit fast att begreppet samband i den mening som avses i artikel 6.1 i förordningen är ett unionsrättsligt begrepp som ska tolkas självständigt på samma sätt i samtliga medlemsstater. [26]

74. Dessutom har domstolen utgått från att artikel 6.1 i förordning nr 44/2001 (respektive i Brysselkonventionen) enbart kan vara tillämplig om det kan uppkomma avvikande domar i den mening som avses i denna bestämmelse. I detta avseende kan det inte i sig anses tillräckligt att målen får olika utgång, utan det krävs därutöver att domarna i denna del avser *samma rättsliga och faktiska situation*. [27]

75. Vidare framgår det av domen i målet Roche Nederland att domstolen inte ansåg att det förelåg samma rättsliga situation i fråga om en talan om intrång i ett europeiskt patent mot flera bolag med säte i olika konventionsstater som grundades på handlingar som påstods ha begåtts i en eller flera av dessa stater. Domstolen motiverade detta med att det förelåg olika svarande och att de intrångshandlingar som de klandrades för, vilka begåtts i olika medlemsstater, inte var desamma.

76. Dessutom konstaterade domstolen i denna dom att det inte föreligger samma rättsliga situation om olika lagstiftning är tillämplig på de båda käromålen och denna lagstiftning inte är fullständigt harmoniserad såsom i fråga om patenträtten. I ett sådant fall skulle avvikande domar inte kunna anses vara

25 — Se, för ett liknande resonemang, Leible, S., i Rauscher, T., *Europäisches Zivilprozessrecht*, Sellier, 2006, artikel 6, punkt 8.

26 — Domen i målet Reisch Montage (ovan fotnot 13), punkt 29.

27 — Domen i målet Freeport (ovan fotnot 3), punkt 40, och i målet Roche Nederland (ovan fotnot 3), punkt 26.

oförenliga i den mening som avses i artikel 6.1 i Brysselkonventionen. [28]

77. Senare slog domstolen i domen i målet Freeport fast att det för en tillämpning av artikel 6.1 i förordningen inte krävs att det föreligger överensstämmande rättsliga grunder i käromålen mot de olika svarandena. [29] Det ankommer på den nationella domstolen att bedöma huruvida det föreligger en risk för oförenliga domar i de olika käromål som har väckts. I detta avseende ska nämnda domstol beakta alla omständigheter i målet som är erforderliga för denna bedömning. Detta kan även ge den nationella domstolen anledning att beakta de rättsliga grunderna för de käromål som har väckts vid den domstolen. [30]

4. Berättigad kritik

78. Mot enskilda delar av denna rättspraxis kan det riktas invändningar. [31] Jag anser att denna kritik är motiverad vad avser det av domstolen utvecklade kravet i domen i målet Roche Nederland, att artikel 6.1 i förordningen enbart är tillämplig om båda domarna baseras på överensstämmande rättsliga grunder. Domstolen förefaller nämligen basera detta villkor på antagandet att det inte kan föreligga några oförenliga domar i den mening som avses i artikel 6.1 i förordningen om lagstiftning från olika medlemsstater är tillämplig och dessa rättigheter inte är fullständigt harmoniserade. Denna presumtion kan emellertid inte godtas. [32] Den kan enbart anses giltig i ett fall där två käromål, på vilka olika lagbestämmelser är tillämpliga, är anhängiga vid två olika domstolar om *hela* oförenligheten mellan domarna uppkommer genom skillnader i de

28 — I detta mål har domstolen uppgett att ett patent fortfarande omfattas av den nationella lagstiftningen på området i varje fördragsslutande stat för vilken det har meddelats (Bündeltheorie). Sålunda ska en talan om intrång i ett europeiskt patent prövas enligt den tillämpliga nationella rätten. Följaktligen ryms eventuella skillnader mellan de avgöranden som domstolarna i fråga meddelar inte inom samma faktiska situation när talan om intrång i ett europeiskt patent som meddelats i varje av dessa medlemsstater väcks vid flera domstolar i olika medlemsstater mot personer som är bosatta i dessa medlemsstater, grundad på handlingar som påstås ha begåtts där. Mot denna bakgrund föreligger det inte någon jämförbar rättslig situation och därför föreligger det i ett sådant fall inte någon risk för oförenliga domar.

29 — Domen i målet Freeport (ovan fotnot 3), punkt 38.

30 — Domen i målet Freeport (ovan fotnot 3), punkt 41.

31 — Kur, A., ”A Farewell to Cross-Border Injunctions? The ECJ Decisions GAT v. Luk and Roche Nederland v. Primus and Goldenberg”, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 2006, sidan 844 och följande sidor, sidan 849 och följande sidor, Wilderspin, M., ”La competence juridictionnelle en matière de litiges concernant la violation des droits de propriété intellectuelle”, *Revue critique de droit international privé*, 2006, sidan 777 och följande sidor, sidan 791 och följande sidor, Schlosser, P., ”Anmerkung zu EuGH; Urteil v. 13.7.2006 – Rs. C-539/03, Roche Nederland BV u.a./ Primus u. Goldenberg”, *Juristenzeitung*, 2007, sidan 303 och följande sidor, sidan 305 och följande sidor, Muir, Watt H., i: Magnus, U., Mankowski, P., *Brussels I Regulation*, Sellier, 2007, artikel 6, punkt 25a. I detta sammanhang ska det även påpekas att European Max Planck Group for Conflict of Laws in Intellectual Property (http://www.ip.mpg.de/ shared/data/pdf/clip_brussels_i_dec_06_final.pdf, sidan 11’och följande sida) som reaktion på domen i målet Roche Nederland har föreslagit att artikel 6.1 i förordning nr 44/2001 ska ändras så att sådana fall omfattas av behörig domstol på grund av konnexitet.

32 — Detta har kritiserats starkt av Kur, A. (ovan fotnot 31), s. 850, som betecknar detta argument som ”uppenbart felaktigt”.

båda tillämpliga nationella lagstiftningarna. Detta är dock inte fallet här.

79. Det är nämligen för det första alltid möjligt att det uppkommer oförenliga domar från två domstolar genom att dessa domstolar har gjort olika bedömningar av de faktiska omständigheterna. Om det såsom i förevarande fall har väckts två käromål på grund av upphovsrättsintrång av vilka ett omfattas av österrikisk och ett av tysk lagstiftning, är det möjligt att det uppkommer skillnader mellan domarna som kan härledas ur skillnader mellan tysk och österrikisk upphovsrätt. Det kan emellertid även uppkomma olikheter på grund av att två domstolar som tillämpar i huvudsak jämförbara rättsliga bedömningskriterier kan komma fram till olika slutsatser, eftersom de bedömer de faktiska omständigheterna på olika sätt.

80. För det andra kan det även inom ett område som inte är fullständigt harmoniserat ha skett en tillnärmning av vissa minimikrav. I ett sådant fall kan det även vid käromål på vilka olika nationella lagstiftningar är tillämpliga i materiellt hänseende ändå vara fråga om samma lagbestämmelser, nämligen om de gemensamma unionsrättsliga kraven.

81. Domstolens antagande att det inte kan föreligga oförenliga domar i den mening som avses i artikel 6.1 i förordningen om olika lagstiftning är tillämplig på käromålen och denna lagstiftning inte är fullständigt harmoniserad kan enligt min mening sålunda inte godtas.

82. En sådan presumtion kan inte heller baseras på antagandet att de nationella domstolarna vid ett intrång i immateriella rättigheter i en annan medlemsstat inte är lämpade att döma enligt den nationella lagstiftningen i denna medlemsstat. Systemet i förordning nr 44/2001 bygger nämligen på att domstolarna har en sådan principiell kompetens.

83. För det tredje uppkommer frågan huruvida artikel 6.1 i förordningen kan anses innehålla ett tvingande krav på att samma lagstiftning tillämpas på den första talan och den ytterligare talan. I ett fall av övertagande av ansvar, när en av svarandena enbart är ansvarig om den andra svaranden inte är ansvarig, föreligger det enligt min mening ett uppenbart intresse att fallet avgörs av en och samma domstol för att motverka oförenliga domar. [33] För att det i ett sådant fall ska anses föreligga

33 — Ett oförenligt resultat kan exempelvis anses föreligga om den ena domstolen fastställer att svaranden som är huvudsaklig gäldenär inte är ansvarig medan den andra domstolen fastställer att den andra svaranden som är gäldenär i andra hand inte är ansvarig, eftersom den anser att den huvudsakliga gäldenären är ansvarig.

ett rättsligt samband mellan de båda käromålen kan det inte krävas att samma lagstiftning är tillämplig.

84. Mot bakgrund av ovanstående resonemang uppkommer tvivel huruvida en tillämpning av artikel 6.1 i förordningen enbart kan anses motiverad om samma lagstiftning är tillämplig på båda käromålen.

85. I domen i målet Freeport förefaller domstolen visserligen ha avvikit från sin uppfattning i domen i målet Roche Nederland. Eftersom domstolen i nämnda mål emellertid med hänvisning till domen i målet Roche Nederland fortfarande krävde att det skulle föreligga samma rättsliga och faktiska situation, [34] kan domstolens resonemang anses oklart. [35]

5. Samband i den mening som avses i artikel 6.1 i förordning nr 44/2001

86. Mot bakgrund av den, enligt min mening berättigade, kritiken mot domstolens hittillsvarande rättspraxis föreslår jag att prövningskriterierna vid prövningen huruvida det föreligger ett tillräckligt nära samband i den mening som avses i artikel 6.1 i förordning nr 44/2001 ska anpassas något. Först vill jag påpeka att det enligt artikel 6.1 i förordningen enbart krävs att ett samband mellan den första talan och den ytterligare talan, respektive ytterligare käromålen beaktas. Detta krav ska tas på allvar (a). För att det ska anses föreligga ett sådant samband krävs det för det första att den första talan och den ytterligare talan grundas på samma omständigheter (b). För det andra måste det även föreligga ett tillräckligt nära rättsligt samband mellan den första talan och den ytterligare talan (c). Däremot krävs det inte någon självständig prövning av huruvida det finns risk för oförenliga domar i det konkreta fallet (d).

a) Samband mellan den första talan och ytterligare käromål

87. Enligt artikel 6.1 i förordning nr 44/2001 kan en domstol endast vara behörig domstol på grund av konnexitet för en talan som har ett nära samband med en första talan. En sådan talan kan inte utgöra en första talan för ytterligare käromål som den har ett nära samband med.

88. Detta följer för det första av ordalydelsen i artikel 6.1 i förordningen i vilken bestämmelse det förutsätts att det föreligger ett nära samband med den första talan och de

34 — Domen i målet Freeport (ovan fotnot 3), punkt 40.

35 — Roth, H., ”Das Konnexitätserfordernis im Mehrparteiengerichtsstand des Art. 6 Ziffer 1 EuGVO”, *Die Richtige Ordnung – Festschrift für Jan Kropholler*, Mohr Siebeck, 2008, sidan 884 och följande sidor, s. 887, hänvisar till motsägelser mellan dessa båda domar. Se även Gaudemet-Tallon, H. (ovan fotnot 22), s. 256–257 och s. 258–259.

ytterligare käromålen. Tanken att behörighetsbestämmelserna måste uppfylla kravet på förutsebarhet för svaranden talar dessutom för detta.

89. I förevarande fall betyder det att domstol endast kan vara behörig på grund av konnexitet med avseende på det femte och det andra förlaget för de tidningar som ges ut i Tyskland om dessa käromål har ett tillräckligt nära samband med den första talan mot det första förlaget. Däremot saknar det i samband med artikel 6.1 i förordningen betydelse huruvida det föreligger ett samband mellan de enskilda käromålen mot det andra till femte förlaget, eftersom dessa förlag inte har sitt säte i Österrike och dessa käromål inte utgör den första talan.

90. I fråga om den allmänna tyska utgåvan av *Bild* i Tyskland kan sålunda den hänskjutande domstolens behörighet beträffande talan mot det andra förlaget enligt artikel 6.1 i förordningen inte motiveras med att ytterligare käromål för vilka nämnda domstol är behörig mot det andra förlaget redan är anhängiga där i fråga om tidningar som ges ut i Österrike (lokala versionen för München av *Bild* och *Die Welt*). Dessa ytterligare käromål mot det andra förlaget utgör nämligen inte någon första talan i den mening som avses i artikel 6.1 i förordningen, eftersom detta förlag inte har sitt säte i Österrike.

b) Frågan huruvida det föreligger samma omständigheter

91. Det första villkoret för att det ska föreligga konnexitet mellan den första talan och en ytterligare talan är att käromålen baseras på samma omständigheter. I detta sammanhang ska man beakta att artikel 6.1 i förordningen ska uppfylla kravet på förutsebarhet för svaranden.[36] Ett minimikrav för att det ska anses föreligga samma omständigheter är sålunda att en svarande åtminstone har kännedom om att talan kan väckas mot honom som medsvarande till en första talan enligt artikel 6.1 i förordningen vid domstolen där svaranden i den första talan har sin hemvist.

36 — Se punkt 56 i detta förslag till avgörande.

92. Detta minimikrav är inte uppfyllt om de faktiska omständigheter på vilka käranden baserar sin första talan och den ytterligare talan, respektive de ytterligare käromålen, att svarandens i den första talan och den ytterligare svarandens beteende visserligen beträffar samma eller liknande av kärandens rättigheter och är av samma slag, men äger rum oberoende och utan kännedom om varandra. I ett sådant fall där det inte är fråga om ett gemensamt parallellt förhållningssätt är det nämligen inte tillräckligt förutsebart för den ytterligare svaranden att talan enligt artikel 6.1 i förordningen kan väckas mot denne vid den domstol där svaranden i den första talan har sin hemvist.

93. Det ankommer på den hänskjutande domstolen att pröva huruvida det i det nationella målet förelåg ett gemensamt parallellt förhållningssätt i den första talan i förhållande till de respektive andra till femte förlagen. Mot bakgrund av de uppgifter avseende de faktiska omständigheterna som framgår av beslutet att begära förhandsavgörande ligger det emellertid nära till hands att det i förevarande fall inte var fråga om ett gemensamt parallellt förhållningssätt i den mening som avses i denna bestämmelse. I detta fall kan artikel 6.1 i förordningen inte anses tillämplig redan av den anledningen att det inte föreligger samma omständigheter i den mening som avses i denna bestämmelse.

94. I detta sammanhang ska det även nämnas att domstolen i domen i målet Roche Nederland i ett fall i vilket det hade gjorts gällande att bolag i en koncern som var etablerade i olika medlemsstater hade åsidosatt ett europeiskt patent dessutom inte godtog en tillämpning av artikel 6.1 i Brysselkonventionen på grund av att det inte förelåg ”samma faktiska situation”. Domstolen motiverade denna bedömning med att talan väckts mot olika svarande och de intrångshandlingar som de klandrats för, vilka skett i olika konventionsstater, inte var desamma. [37] I förevarande fall kommer jag inte att göra någon bedömning av denna omtvistade rättspraxis [38], eftersom det förmodligen inte föreligger något gemensamt parallellt förhållningssätt i det nationella målet. [39]

37 — Domen i målet Roche Nederland (ovan fotnot 3), punkterna 26 och 27.

38 — Se särskilt Wilderspin, M. (ovan fotnot 31), s. 791 och 792.

39 — Jag ska enbart i kompletterande syfte påpeka att de betänkligheter som domstolen har gett uttryck för i punkterna 37 och 38 i domen i målet Roche Nederland (ovan fotnot 3), att en tillämpning av artikel 6.1 i förordningen i ett sådant fall skulle kunna påverka förutsebarheten hos behörighetsreglerna och uppmuntra till *forum shopping*, kan enligt min mening motverkas genom ett strikt beaktande av sambandet med den första talan, såsom har föreslagits i punkterna 1–90 i detta förslag till avgörande. Detta skulle i regel medföra att enbart moderbolagets säte kommer i fråga som gemensam behörig domstol för samtliga käromål mot bolag i en koncern när en talan väcks mot detta tillsammans med de respektive dotterbolagen.

c) Frågan huruvida det föreligger ett tillräckligt nära samband

95. För att det ska föreligga ett nära samband i den mening som avses i artikel 6.1 i förordningen krävs det för det andra att det föreligger ett tillräckligt rättsligt samband. Eftersom det i förevarande mål förmodligen inte föreligger något gemensamt parallellt förhållningssätt kommer jag enbart att behandla detta andra villkor övergripande.

96. I detta avseende måste utgångspunkten vara huruvida de båda käromålen företer ett sådant nära rättsligt samband att det med hänsyn till käranden inte skäligen kan krävas att två domstolar dömer i käromålen. Av ordalydelsen i artikel 6.1 i förordningen framgår att detta i synnerhet kan vara fallet om det rättsliga sambandet mellan två käromål är tillräckligt nära för att motsättningar mellan dessa skulle vara oacceptabla. Dessutom skulle man i viss utsträckning i detta sammanhang även kunna beakta processekonomiska hänsyn, varvid man emellertid strikt ska beakta svarandens intresse av att kravet på förutsebarhet är uppfyllt i fråga om behörigheten.

97. I första hand utgör fall i vilka det föreligger ett så nära rättsligt samband mellan två käromål att oförenligheter inte kan anses acceptabla sådana i vilka resultatet av den ena talan är beroende av resultatet i den andra talan. Jag hänvisar i detta hänseende till exemplet beträffande övertagande av ansvar i punkt 83 i detta förslag till avgörande. Vidare föreligger det ett tillräckligt nära rättsligt samband när svarandena är solidariskt betalningsansvariga, samägare eller utgör en rättslig gemenskap.

98. I de fall där liknande anspråk kan göras gällande och kraven enligt den respektive gällande lagstiftningen i huvudsak är jämförbara, kan det först och främst anses kunna tala för en tillämpning av artikel 6.1 i förordning nr 44/2001 att detta motverkar oförenliga domar till följd av att de två domstolarna inte gör samma bedömning av de faktiska förhållandena. En strävan att motverka rättsliga motstridigheter talar även för ett sådant samband i den mån det gäller gemensamma unionsrättsliga krav. Vidare talar även processekonomiska skäl för att det föreligger ett sådant samband. I sådana fall ska emellertid kravet på att den första talan och den ytterligare talan baseras på samma omständigheter tillmätas avgörande betydelse. Risken för eventuella skillnader vad avser bedömningen av de faktiska omständigheterna och olika rättsliga bedömningar kan nämligen enbart motivera en överföring av behörighet enligt artikel 6.1 i förordningen om detta är förutsebart för svaranden.

99. Med hänsyn till att det inte kan anses föreligga samma omständigheter i förevarande fall så är det inte nödvändigt att närmare behandla detta ämne här. Endast för

tydlighetens skull ska det påpekas att sådana exempel i vilka det föreligger ett sådant nära samband inte ska anses utgöra en uttömmande uppräkning av de situationer i vilka det kan anses föreligga ett tillräckligt rättsligt samband.

d) Ingen separat bedömning eller prövning av huruvida det i det konkreta fallet föreligger en risk för oförenliga domar

100. Det krävs inte, till skillnad från vad som enligt domen i målet Roche Nederland [40] förefaller ligga nära till hands, att det utöver att det ska föreligga samma omständigheter och ett tillräckligt nära rättsligt samband ska prövas, respektive ska göras en bedömning av huruvida det finns risk för att de två domarna blir oförenliga.

101. I artikel 6.1 i förordningen är utgångspunkten nämligen en *abstrakt risk* för att överföringen av två avgöranden till två domstolar kan leda till att dessa domar blir oförenliga. [41] Som angetts ovan föreligger det nämligen i varje fall i vilket två domstolar dömer i två käromål åtminstone en risk att skillnader mellan domstolarnas domar beror på olika bedömningar av de faktiska omständigheterna. Enligt denna tolkning är visserligen *syftet* med artikel 6.1 i förordningen att undvika oförenliga domar. Eftersom det är fråga om en objektiv risk är *villkoret* enbart att det föreligger ett tillräckligt nära samband med den första talan. [42]

102. Inte heller ordalydelsen i artikel 6.1 i förordningen kan anses tala mot en sådan tolkning. Formuleringen ”för att undvika att oförenliga domar meddelas som en följd av att käromålen prövas i olika rättegångar” skulle i sig kunna tolkas som en beskrivning av syftet med denna bestämmelse utan att ha karaktär av självständigt villkor.

D — *Slutsats*

103. Begreppet nära samband i den mening som avses i artikel 6.1 i förordning nr 44/2001 ska tolkas så, att det krävs att det föreligger samma omständigheter och ett tillräckligt nära rättsligt samband mellan den första talan och den ytterligare talan. I förevarande fall innebär det endast att det ska föreligga

40 — Se punkt 32 i domen i målet Roche Nederland (ovan fotnot 3).

41 — Se, för ett liknande resonemang, Roth, H. (ovan fotnot 35), s. 892 och 893.

42 — Se även Roth, H. (ovan fotnot 35), s. 892 och 893.

ett nära samband med talan mot den första svaranden.

104. Det kan inte anses föreligga samma omständigheter om det omtvistade beteende som svaranden i den första talan och de övriga svarandena har gjort sig skyldiga till inte utgör ett samordnat parallellt förhållningssätt.

105. Det kan även föreligga ett tillräckligt rättsligt samband om olika nationella lagstiftningar som inte är fullkomligt harmoniserade är tillämpliga på den första talan och de ytterligare käromålen.

IX — De ytterligare tolkningsfrågorna

106. Nedan kommer jag att besvara de andra, tredje och fjärde tolkningsfrågorna, varvid jag först kommer att behandla den fjärde tolkningsfrågan, som den hänskjutande domstolen har ställt för att få klarhet i huruvida offentliggörandet av fantombilden kan utgöra ett mångfaldigande av det fotografi som har använts vid framställningen av fantombilden i den mening som avses i artikel 2 a i direktiv 2001/29 (A). I enlighet med direktivets struktur ska denna fråga behandlas före de andra och tredje tolkningsfrågorna som avser tolkningen av artikel 5.3 d och 5.3 e i direktiv 2001/29. Enligt dessa bestämmelser kan medlemsstaterna föreskriva undantag eller inskränkningar i mångfaldiganderätten för åtgärder i den allmänna säkerhetens intresse (B) eller för citat (C) (nedan kallade begränsningar).

A — *Den fjärde tolkningsfrågan*

107. Den hänskjutande domstolen har ställt sin fjärde tolkningsfråga för att få klarhet i huruvida artikel 1.1 jämförd med artikel 5.5 i direktiv 2001/29 och artikel 12 i den reviderade Bernkonventionen, [43] i synnerhet med hänsyn till artikel 1 i Tilläggsprotokoll nr 1 till Europakonventionen [44] och artikel 17 i stadgan om de grundläggande rättigheterna, ska tolkas så, att porträttbilder, åtnjuter ett ”svagare” skydd, eller inget upphovsrättsligt skydd överhuvudtaget mot bearbetning, eftersom dessa inte uppvisar tillräckliga utformningsmöjligheter vad avser den ”realistiska fotograferingen”.

108. Såsom framgår av beslutet att begära förhandsavgörande ska den fjärde

43 — Bernkonventionen för skydd av litterära och konstnärliga verk (reviderad i Paris den 24 juli 1971), i dess ändrade lydelse av den 28 september 1979.

44 — Konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, Tilläggsprotokoll nr 1 av den 20 mars 1952.

tolkningsfrågan besvaras mot bakgrund av den rättsliga bedömning som OGH har gjort i förfarandet avseende det interimistiska förordnandet.[45] Nämnda domstol fann nämligen att förlagens offentliggörande av den omtvistade fantombilden i enlighet med de tillämpliga nationella bestämmelserna inte krävde Eva-Maria Painers samtycke. Det omtvistade fotografi som använts som förlaga för den omtvistade fantombilden utgjorde visserligen ett upphovsrättsligt skyddat fotografiskt verk. Emellertid utgjorde framställandet och offentliggörandet av fantombilden inte en bearbetning för vilken det krävdes Eva-Maria Painers tillstånd i egenskap av upphovsman till det fotografiska verket, utan ett fritt utnyttjande som får äga rum utan hennes samtycke. Frågan huruvida det föreligger en bearbetning eller ett fritt utnyttjande beror på huruvida förlagan kan anses utgöra en intellektuell skapelse. Ju mer utpräglad förlagan är som intellektuell skapelse, desto mindre kan ett fritt utnyttjande komma på fråga. Vad gäller ett porträttfotografi som det omtvistade fotografiet har skaparen endast få individuella utformningsmöjligheter till sitt förfogande. Mot denna bakgrund ska det upphovsrättsliga skyddet för det omtvistade fotografiet följaktligen tolkas restriktivt. Dessutom ansåg OGH att den omtvistade fantombilden som hade framställts på grundval av nämnda fotografi utgjorde ett nytt, självständigt och i sig upphovsrättsligt skyddat verk.

45 — Se punkt 38 i detta förslag till avgörande.

1. Parternas huvudsakliga argument

109. Enligt *Eva-Maria Painer* ska ett synsätt enligt vilket porträttbilder åtnjuter ett svagare skydd, eller inget upphovsrättsligt skydd överhuvudtaget, anses oförenligt med de bestämmelser som den hänskjutande domstolen har nämnt i tolkningsfrågan. Enkla fotografier och fotografiska verk omfattas enligt artikel 1 i direktiv 2001/29 av samma skydd mot bearbetning. Den omständigheten att det föreligger mindre utformningsmöjligheter vid framställningen av porträttbilder medför inte att dessa åtnjuter ett svagare skydd. Sådana fotografier kan nämligen inte delas in i en skyddad del och en oskyddad del. Dessutom ska det beaktas att fantombilder kan framställas när som helst och utan svårigheter. OGH:s synsätt är dessutom varken förenligt med trestegstestet enligt artikel 5.5 i direktiv 2001/29 och med artikel 12 i Bernkonventionen eller med rätten till egendom enligt artikel 1 i Tilläggsprotokoll nr 1 till Europakonventionen och artikel 17 i stadgan om de grundläggande rättigheterna. För det första är det inte fråga om strikt avgränsade särskilda fall. För det andra skulle en sådan tolkning i hög grad undergräva det normala nyttjandet av det omtvistade fotografi på grundval av vilket fantombilden framställdes och för det tredje skulle upphovsrättens ekonomiska

värde urholkas utan att detta är motiverat med hänsyn till ett legitimt allmänintresse.

110. *Förlagen* anser att den fjärde tolkningsfrågan inte kan tas upp till sakprövning, eftersom det uppenbarligen inte kan anses föreligga något samband med målet vid den nationella domstolen. Den hänskjutande domstolen ska nämligen fastställa omfattningen av skyddet för det omtvistade fotografiet i det nationella målet med beaktande av samtliga omständigheter i det enskilda fallet. Den tolkningsfråga som den hänskjutande domstolen har ställt kan anses sakna betydelse i detta sammanhang.

111. Dessutom ska OGH:s tolkning anses riktig. I fråga om porträttbilder är handlingsutrymmet begränsat vad avser deras utformning, vilket medför att sådana fotografier är mindre individuella. Sålunda åtnjuter dessa ett svagare skydd, eller inget upphovsrättsligt skydd överhuvudtaget. Dessutom ska det intellektuella skapande som framställningen av en fantombild utgör beaktas. I artikel 5.3 i i direktiv 2001/29 föreskrivs dessutom en möjlighet till begränsning för inkluderande av ett verk som del i ett annat material om detta är av underordnad betydelse.

112. Den *italienska regeringen* anser att det inte framgår av de bestämmelser som den hänskjutande domstolen har nämnt att porträttbilder åtnjuter ett svagare skydd, eller inget upphovsrättsligt skydd överhuvudtaget i förhållande till en fantombild som framställts på grundval av dessa. Porträttbilder ska inte anses omfattas av ett svagare upphovsrättsligt skydd. Dessutom kan det inte anses särskilt komplicerat att framställa en fantombild med hjälp av ett datorprogram. Vidare ska en sådan tolkning inte anses förenlig med trestegstestet enligt artikel 5.5 i direktiv 2001/29.

113. Den *österrikiska regeringen* och *kommissionen* har påpekat att de bestämmelser som den hänvisande domstolen har nämnt inte kan anses relevanta, utan i stället är det artikel 6 i direktiv 93/98, respektive i direktiv 2006/166, som är relevanta. Den österrikiska regeringen och kommissionen har tillsammans med den *spanska regeringen* gjort gällande att fotografier är upphovsrättsligt skyddade i den mån det är fråga om individuellt intellektuellt skapande. Sålunda beror skyddet för en porträttbild på graden av originalitet och kreativitet. Det ankommer på den nationella domstolen att mot bakgrund av dessa kriterier bedöma huruvida det fotografi på grundval av vilket fantombilden har framställts uppfyller dessa krav i det nationella målet. Enbart den omständigheten att det är fråga om en porträttbild medför inte att den skulle åtnjuta ett svagare upphovsrättsligt skydd mot bearbetning enligt direktiv 2001/29. Huruvida framställningen av en fantombild kan anses utgöra ett mångfaldigande i den mening som avses i artikel 2 i direktiv 2001/29 beror på huruvida de kännetecken på grundval av vilka förlagan ska anses utgöra

ett individuellt intellektuellt skapande återspeglas i fantombilden.

2. Huruvida tolkningsfrågan kan tas upp till sakprövning

114. Den fjärde tolkningsfrågan ska tolkas så, att den hänskjutande domstolen vill få klarhet i huruvida den rättsliga tolkning som OGH har gjort, som redovisats ovan i punkt 108 i detta förslag till avgörande, är förenlig med tillämpliga unionsrättsliga och även eventuella folkrättsliga krav.

115. Vid en sådan tolkning av tolkningsfrågan kan den tas upp till sakprövning.

116. I motsats till vad förlagen har gjort gällande kan denna fråga inte anses vara hypotetisk. Den hänskjutande domstolen vill nämligen få klarhet i huruvida den åtskillnad som OGH har gjort på grundval av nationell rätt mellan ett fritt utnyttjande av det omtvistade fotografiet och ett mångfaldigande som kräver tillstånd är förenlig med de unionsrättsliga kraven. Denna fråga är av avgörande betydelse för avgörandet av målet.

117. Det saknar även relevans att svaret på tolkningsfrågan såsom den har tolkats här inte framgår av de bestämmelser som nämns i tolkningsfrågan, utan av artikel 6 i direktiv 93/98, som har kodifierats i artikel 6 i direktiv 2006/116, samt av artikel 2 i direktiv 2001/29. Eftersom syftet med begäran om förhandsavgörande enligt artikel 267 FEUF är ett effektivt samarbete mellan de nationella domstolarna och domstolen och domstolen sålunda ska ge den hänskjutande domstolen samtliga besked som kan vara till nytta för att lösa tvisten, får den besvara tolkningsfrågan mot bakgrund av de tillämpliga bestämmelserna. [46]

3. Rättslig bedömning

118. Eftersom mångfaldiganderätten enligt artikel 2 a i direktiv 2001/29 förutsätter att det föreligger ett upphovsrättsligt skyddat verk, [47] uppkommer i förevarande mål i första hand frågan på vilka villkor en porträttbild kan åtnjuta upphovsrättsligt skydd (a). Vidare

46 — Dom av den 28 februari 1984 i mål 294/82, Einberger (REG 1984, s. 1177), punkt 6, och av den 16 juli 1992 i mål C-187/91, Belovo (REG 1992, s. I-4937), punkt 13.

47 — Se dom av den 16 juli 2009 i mål C-5/08, Infopaq International (REG 2009, s. I-6569), punkt 33 och följande punkter. Domstolens synsätt, enligt vilket det även krävs att det föreligger en intellektuell skapelse i fråga om sådana verk för vilka villkoren för skyddet inte har harmoniserats, har kritiserats av Schulze, G., "Schleichende Harmonisierung des urheberrechtlichen Werkbegriffs?", *Geweblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, 2009, sidan 1019 och följande sidor. Detta saknar relevans i förevarande fall, eftersom de villkor som gäller skyddet för fotografier har harmoniserats i artikel 6 i direktiv 93/98, respektive i direktiv 2006/116.

uppkommer frågan huruvida offentliggörandet av en fantombild som har framställts på grundval av en upphovsrättsligt skyddad porträttbild ska anses utgöra ett mångfaldigande i den mening som avses i artikel 2 a i direktiv 2001/29 (b).

Detta begrepp som inte definieras i direktiv 93/98, respektive i direktiv 2006/116, utgör ett unionsrättsligt begrepp som ska ges en självständig tolkning. [49] Av skäl 17 i direktiv 93/98, respektive skäl 16 i direktiv 2006/116, som hänvisar till Bernkonventionen, framgår att det föreligger ett individuellt fotografiskt verk om det rör sig om upphovsmannens egna intellektuella skapelse och avspeglar hans personlighet.

a) Rätten till skydd för porträttbilder

119. I artikel 6 i direktiv 93/98, som har kodifierats i artikel 6 i direktiv 2006/116, föreskrivs de villkor på vilka fotografier ska åtnjuta upphovsrättsligt skydd enligt unionsrättsliga krav. [48] Enligt första meningen i nämnda bestämmelse ska det anses avgörande huruvida fotografierna är originella på så sätt att de är upphovsmannens egna intellektuella skapelse. I artikel 6 andra meningen i dessa direktiv föreskrivs att inga andra bedömningsgrunder ska tillämpas för rätten till skydd.

121. Enligt artikel 6 första meningen i direktiv 93/98, respektive direktiv 2006/116, skyddas enbart resultatet av det mänskliga skapandet, varvid ett sådant skapande även kan föreligga om personen använder ett tekniskt hjälpmedel som till exempel en kamera.

120. Den hänskjutande domstolen ska sålunda pröva huruvida det fotografi som användes som förlaga för fantombilden ska anses utgöra Eva-Maria Painers intellektuella skapelse.

122. Dessutom måste fotografiet utgöra en individuell skapelse. [50] I fråga om fotografier innebär detta att fotografen utnyttjar förevarande utformningsmöjligheter och sålunda ger dem en individuell prägel.

48 — Enligt artikel 6 tredje meningen i direktiv 93/98, respektive direktiv 2006/116, kan medlemsstaterna fastställa skydd för fotografier utöver de unionsrättsliga kraven.

49 — Detta framgår av skäl 17 i direktiv 93/98.

50 — Se domen i målet Infopaq (ovan fotnot 47), punkt 35, där domstolen har hänvisat till kraven i artikel 6 i direktiv 2006/116.

123. Enligt artikel 6 andra meningen i direktiv 93/98, respektive direktiv 2006/116, saknar ytterligare bedömningsgrunder uttryckligen relevans. Det krävs sålunda inte att fotografiet håller en viss konstnärlig kvalitet eller innebär någon nyhet. Inte heller utformningens syfte samt arbetsinsats och kostnader ska beaktas.

124. De krav som ställs på upphovsrättsligt skydd enligt artikel 6 i direktiv 93/98, respektive direktiv 2006/116, är sålunda inte särskilt höga. [51] Om denna bedömning tillämpas kan en porträttbild vara upphovsrättsligt skyddad enligt artikel 6 i direktiv 93/98, respektive direktiv 2006/116, och detta även om det är fråga om ett arbete som fotografen utför på uppdrag. Även om det redan framgår att den porträtterade personen utgör det huvudsakliga föremålet för ett sådant fotografi har fotografen tillräckliga utformningsmöjligheter. Fotografen kan nämligen bland annat bestämma blickvinkeln, den porträtterades hållning och ansiktsuttryck, bakgrunden, skärpan samt ljuset och belysningen. Konkret uttryckt är det avgörande att fotografen ger fotografiet sin ”personliga prägel”.

125. Det ankommer på den hänskjutande domstolen att tillämpa dessa bedömningskriterier för att fastställa huruvida fotografiet som användes som förlaga för fantombilden är upphovsrättsligt skyddat enligt artikel 6.1 i direktiv 93/98, respektive direktiv 2006/116.

b) Begreppet mångfaldigande

126. Om ett fotografi är upphovsrättsligt skyddat enligt artikel 6 i direktiv 93/98, respektive direktiv 2006/116, innehar dess upphovsman mångfaldiganderätten enligt artikel 2 a i direktiv 2001/29. Följaktligen kan denne direkt eller indirekt, tillfälligt eller permanent, tillåta eller förbjuda mångfaldigande, oavsett metod och form, helt eller

51 — Se Nordemann, A., i Loewenheim, U., *Handbuch der Urheberrechts*, andra upplagan, 2010, Beck, § 9 punkt 149. Leistner, M., ”Copyright Law in the EC: Status quo, recent case law and policy perspectives”, *Common Market Law Review*, 2009, sidan 847 och följande sidor, s. 849 och 850, framhåller att bedömningsgrunden i artikel 6 i direktiv 93/98, respektive direktiv 2006/116, har medfört en sänkning av kraven i de medlemsstater som hade högre krav för att överensstämma med kraven i direktivet. Det krävs sålunda inte någon närmare jämförelse i förevarande mål mellan det inom *common law* och sålunda från Förenade kungariket och Irland kända kriteriet ”*sweat of the brow*” och kravet på ”*originalité*” och ”*Schöpfungshöhe*” som är känt från de kontinentala rättssystemen.

delvis. Enligt denna mycket vidsträckta formulering [52] föreligger det sålunda ett mångfaldigande såvitt förlagen har offentliggjort de omtvistade fotografierna i oförändrad form. I förevarande fall uppkommer emellertid frågan huruvida offentliggörandet av den omtvistade fantombilden kan utgöra ett mångfaldigande av det fotografi som har tjänat som förlaga vid framställningen.

127. I den mån det datorstödda framställandet av fantombilden har ägt rum så att det omtvistade fotografiet först scannades in [53] och därefter ändrades med hjälp av ett program, ligger det nära till hands att anse att det utgör ett mångfaldigande i den mening som avses i artikel 2 a i direktivet. Denna bestämmelse omfattar nämligen uttryckligen även offentliggöranden i en förändrad form. För detta talar även skäl 21 i direktiv 2001/29, enligt vilket det krävs en vid definition av begreppet mångfaldigandehandlingar.

128. Denna slutsats är emellertid inte tvingande. Vid tolkningen av begreppet mångfaldigande ska nämligen inte enbart ordalydelsen i artikel 2 a i direktiv 2001/29 anses avgörande, utan även det syfte som ska tillgodoses med denna bestämmelse ska beaktas. Detta syfte utgörs av skyddet för det upphovsrättsligt skyddade verket. I detta sammanhang ska man skilja mellan verket i sig och kopior av verket. *Verket* utgörs av den personliga intellektuella skapelsen som är upphovsrättsligt skyddad. En *kopia av verket* är ett föremål i vilket upphovsrätten manifesteras. Mångfaldiganderätten i artikel 2 a i direktivet skyddar enbart det upphovsrättsliga verket. Kopiorna är endast skyddade i den mån verket kan påverkas.

129. Offentliggörandet av en fantombild utgör sålunda enbart ett mångfaldigande av den porträttbild som tjänat som förlaga om fantombilden fortfarande återspeglar den personliga intellektuella skapelsen på vilket det upphovsrättsliga skyddet för den fotografiska förlagan grundas. I ett fall vid vilket fantombilden har framställts genom att fotografiet som tjänar som förlaga har scannats in kan detta i princip anses ligga nära till hands. Det är emellertid inte uteslutet att de element som utgör den personliga intellektuella skapelsen beträffande förlaga till en fantombild som ska visa en artonårig vuxens förmodade utseende på grundval av ett fotografi på ett tioårigt barn i stor utsträckning har försvunnit vid framställningen. Om porträttbilden exempelvis endast har använts för att kartlägga en persons biometriska kännetecken och en fantombild därefter har framställts mot bakgrund av dessa kännetecken, utgör

52 — Begreppet mångfaldigande i artikel 2 i direktiv 2001/29 utgör en kombination av begreppet mångfaldigande i föregående direktiv. Se i detta hänseende Reinbothe, J., "Die EG-Richtlinie zum Urheberrecht in der Informationsgesellschaft", *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht – Internationaler Teil*, 2001, sidan 733 och följande sidor, s. 736, och Lewinsky, S., "Der EG-Richtlinienvorschlag zum Urheberrecht und zu verwandten Schutzrechten in der Informationsgesellschaft", *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht – Internationaler Teil*, 1998, sidan 637 och följande sidor, s. 638.

53 — I så fall skulle en sådan scanning i sig utgöra ett mångfaldigande som kräver en bedömning av huruvida den är tillåten enligt artikel 5.1 i direktiv 2001/29.

offentliggörandet av denna fantombild inte något mångfaldigande i den mening som avses i artikel 2 a i direktivet.

c) Slutsats

132. För det första ska det konstateras att en porträttbild är upphovsrättsligt skyddad enligt artikel 6 i direktiv 93/98, respektive direktiv 2006/116, om den utgör fotografens individuella intellektuella skapelse, vilket är fallet om denne har gett porträttbilden sin personliga prägel genom att utnyttja de utformningsmöjligheter som är för handen.

130. Mot bakgrund av kraven i direktivet förefaller det inte vara något självständigt relevant kriterium vilket skapande värde fantombilden ska anses ha och huruvida den i sig utgör ett upphovsrättsligt skyddat verk. Ju mer fantombilden skiljer sig från förlagan desto mer kan det antas att de element som utgör förlagans individuella, intellektuella skapelse minskar i fantombilden med följd att de inte längre är av avgörande betydelse och således inte längre ska beaktas.

133. För det andra ska det fastställas att offentliggörandet av en fantombild som har framställts på grundval av en upphovsrättsligt skyddad porträttbild utgör ett mångfaldigande i den mening som avses i artikel 2 a i direktiv 2001/29 om de element som utgör det individuella intellektuella skapandet i förlagan även återspeglas i fantombilden.

B — *Den tredje tolkningsfrågan*

131. Det ankommer på den hänskjutande domstolen att i det nationella målet med beaktande av dessa krav pröva huruvida offentliggörandet av fantombilden utgör ett mångfaldigande i den mening som avses i artikel 2 a i direktivet.

134. Den tredje tolkningsfrågan avser tolkningen av de möjliga begränsningarna enligt artikel 5.3 e i direktiv 2001/29. Enligt denna bestämmelse får medlemsstaterna föreskriva undantag eller inskränkningar i

mångfaldigande- och spridningsrätten för användning i den allmänna säkerhetens intresse eller för att garantera ett korrekt genomförande eller en korrekt rapportering av ett administrativt, parlamentariskt eller rättsligt förfarande.

135. Den hänskjutande domstolen har ställt frågan huruvida det för en tillämpning av denna bestämmelse krävs att säkerhetsmyndigheterna utfärdar en konkret, aktuell och uttrycklig uppmaning att offentliggöra de omtvistade fotografierna, det vill säga huruvida offentliggörandet av fotografierna i efterlysningssyfte måste företas på myndigheternas initiativ. För det fallet att detta inte krävs uppkommer för det andra frågan huruvida media även får åberopa artikel 5.3 e i direktiv 2001/29 för att på egen hand besluta huruvida offentliggörande av fotografier sker ”i den allmänna säkerhetens intresse” utan en motsvarande begäran om efterlysning av myndighet. För det fall att detta inte är möjligt uppkommer för det tredje frågan huruvida det för en tillämpning av artikel 5.3 e ska anses tillräckligt att media i efterhand hävdar att offentliggörandet av fotografierna har gjorts i efterlysningssyfte, eller huruvida det i varje enskilt fall krävs en konkret uppmaning till läsarna att medverka till att uppklara ett brott som har omedelbart samband med offentliggörandet av fotografierna.

1. Parternas huvudsakliga argument

136. *Eva-Maria Painer* och den *spanska regeringen* anser att artikel 5.3 e i direktiv 2001/29 enbart är tillämplig om säkerhetsmyndigheterna har utfärdat en konkret, aktuell och uttrycklig uppmaning att offentliggöra ett fotografi. De framhåller att beslutet huruvida och i vilken omfattning denna begränsning ska tillämpas ankommer på de aktuella nationella administrativa myndigheterna och domstolarna. I fråga om skyddet för den allmänna säkerheten omfattas detta av de offentliga myndigheternas exklusiva behörighet, vilket innebär att det ankommer på dessa myndigheter att besluta i vilka media och i vilken form fotografier får offentliggöras i efterlysningssyfte. För detta talar enligt Eva-Maria Painer även att direktiv 2001/29 syftar till en hög skyddsnivå för det intellektuella skapandet. Om media får åberopa att ett offentliggörande av fotografier äger rum i den allmänna säkerhetens intresse skulle man godtyckligt kunna utnyttja upphovsrättsliga verk utan samtycke. Eva-Maria Painer anser att det för att artikel 5.3 e i direktivet ska vara tillämpligt även krävs att ett offentliggörande av fotografierna har samband med en uppmaning till medverkan i spaningarna. Det kan inte anses tillräckligt att media i efterhand påstår att offentliggörandet av ett fotografi har skett i efterlysningssyfte.

137. *Förlagen*, den *österrikiska regeringen* och *kommissionen* anser däremot att media även kan åberopa artikel 5.3 e i direktivet när det inte föreligger någon aktuell och uttrycklig efterlysning. Denna bestämmelse innehåller inte någon hänvisning till att det skulle krävas en konkret och uttrycklig uppmaning från säkerhetsmyndigheterna att offentliggöra fotografier.

138. I övrigt går åsikterna i sär.

139. Förlagen framhåller att artikel 5.3 e i direktivet ger medlemsstaterna möjligheten att tillåta ett fritt utnyttjande av verk för att garantera ett korrekt genomförande eller en korrekt rapportering av ett administrativt, parlamentariskt eller rättsligt förfarande. Kommissionen däremot anser att artikel 5.3 e i direktivet omfattar två självständiga kategorier och det i förevarande fall enbart är fråga om användning i den allmänna säkerhetens intresse.

140. Dessutom har förlagen gjort gällande att media direkt kan åberopa artikel 5.3 e i direktiv 2001/29 om offentliggörandet av fotografierna har ägt rum i den allmänna säkerhetens intresse. I detta sammanhang har de särskilt hänvisat till pressfrihetens betydelse. Media måste självständigt, det vill säga utan uppmaning från myndigheterna, kunna bestämma när man ska granska och rapportera. Dessutom rapporterar läsare redan på grundval av skildringen av omständigheterna i media viktiga uppgifter till polismyndigheterna som bidrar till uppklarandet av brott.

141. Den österrikiska regeringen och kommissionen anser däremot att det ankommer på de behöriga nationella myndigheterna att företa en bedömning i fråga om undantag eller inskränkningar i den allmänna säkerhetens intresse. Dessa myndigheter måste emellertid beakta kraven i artikel 5.3 e i direktivet och prövningen i tre steg. Media kan sålunda inte enligt eget skön bedöma när den allmänna säkerheten berörs.

142. Vidare har kommissionen påpekat att ett mångfaldigande av fotografier i den allmänna säkerhetens intresse måste vara nödvändigt och proportionerligt i förhållande till det syfte som eftersträvas i den allmänna säkerhetens intresse. Om polismyndigheter har bett media att offentliggöra ett fotografi föreligger det en tungt vägande presumtion att utnyttjandet var nödvändigt i den allmänna säkerhetens intresse. Om däremot offentliggörandet av fotografiet och den åtföljande texten inte har något uppenbart samband med den allmänna säkerheten och ansvariga utgivare enbart påstår det i efterhand, föreligger det däremot starka skäl att förmoda att användningen i praktiken inte har skett i den allmänna säkerhetens intresse.

143. Den österrikiska regeringen anser att det är tillräckligt att offentliggörandet av fotografierna är objektivt ägnade att klara upp brott.

2. Rättslig bedömning

144. Såsom framgår av beslutet att begära förhandsavgörande har även den tredje tolkningsfrågan ställts mot bakgrund av den tolkning som OGH har gjort i det interimistiska förordnandet. [54] Däri fastställde OGH nämligen att det enligt nationell rätt inte krävs att säkerhetsmyndigheterna utfärdar en konkret, aktuell och uttrycklig uppmaning att offentliggöra fotografierna för ett fritt utnyttjande av de omtvistade fotografierna i den allmänna säkerhetens intresse. Det är tvärtom tillräckligt att det finns fotografier hos säkerhetsmyndigheterna som kan offentliggöras och det i samband med publiceringen av dessa hänvisas till faktiska pågående utredningar som syftar till att klara upp en straffbar gärning.

145. Den hänskjutande domstolen har ställt sina tre delfrågor för att få klarhet i huruvida detta synsätt är förenligt med artikel 5.3 e i direktiv 2001/29.

54 — Se punkt 38 i detta förslag till avgörande.

146. Innan jag besvarar de tre delfrågorna ska jag först behandla den lagstiftningsteknik på vilken artikel 5.3 i direktivet, och således även punkt d i samma artikel, baseras.

a) Den lagstiftningsteknik som ligger till grund för artikel 5.3 i direktiv 2001/29

147. I artikel 5 i direktiv 2001/29 föreskrivs en rad begränsningar av upphovsrätten. Såsom framgår av skäl 32 i direktivet är denna förteckning uttömmande, eftersom man i fråga om tillåtna begränsningar har avsett att uppnå en miniminivå av harmonisering. Begreppen i artikel 5.3 i direktivet utgör således självständiga unionsrättsliga begrepp.

148. I artikel 5.3 i direktivet föreskrivs en rad valfria begränsningar. Medlemsstaterna kan införa de begränsningar som räknas upp där, men är i princip inte tvungna att göra det. Om medlemsstaterna kan bestämma huruvida de ska införa en begränsning som anges i artikel 3, så kan de enligt principen *qui potest majus, potest et minus* i princip även bestämma hur en sådan begränsning ska utformas. Emellertid måste de beakta vissa krav. Inledningsvis innebär sådana möjligheter till begränsningar att det är medlemsstaternas sak att bestämma huruvida de ska föreskriva en sådan begränsning, men för det fall att medlemsstaterna utnyttjar denna befogenhet föreskrivs vissa minimikrav. Vidare måste

medlemsstaterna i vart fall beakta de krav som ställs i trestegstestet enligt artikel 5.5 i direktivet. De får sålunda enbart tillämpa dessa begränsningar i vissa särskilda fall (*första steget*), i vilka de inte strider mot det normala utnyttjandet av verket (*andra steget*) och inte oskäligt inkräktar på rättsinnehavarens legitima intressen (*tredje steget*). [55] Ytterligare krav kan även följa av andra unionsrättsliga bestämmelser. Slutligen framgår det av skäl 32 i direktivet att medlemsstaterna ska utöva sitt skön i samstämmighet.

149. Artikel 5.3 i direktivet utgör således den rättsliga ram som en medlemsstat ska hålla sig inom. Det ankommer emellertid på medlemsstatens skön hur denna utformar en sådan begränsning inom den föreskrivna ramen.

150. För tillämpningen av artikel 5.3 e i direktiv 2001/29 innebär detta att en medlemsstat visserligen är bunden av nämnda artikel, eftersom de gränser för vad som kan betraktas som ett fall av allmän säkerhet vilket kan motivera undantag eller inskränkningar av upphovsrätten fastställs där. Inom dessa gränser kan medlemsstaterna i princip enligt eget skön fastställa i vilka fall ett undantag eller en inskränkning av upphovsrätten är motiverad.

b) Den första delfrågan

151. Med beaktande av den ovan angivna lagstiftningstekniken i artikel 5.3 e i direktiv 2001/29 ska den första delfrågan förstås så, att den hänskjutande domstolen vill ha klarhet i huruvida en nationell domstol vid tolkningen av de tillämpliga nationella bestämmelserna har överskridit de gränser som föreskrivs i artikel 5.3 e i direktivet genom att fastställa att det i ett fall som det förevarande inte krävs att säkerhetsmyndigheterna har utfärdat en aktuell och uttrycklig uppmaning för att upphovsrättsligt skyddade fotografier ska kunna offentliggöras utan samtycke.

152. Förevarande mål kännetecknas av att det tidigare vidtagits spaningsåtgärder i samband med kidnappningen av Natascha K. år 1998 och att säkerhetsmyndigheterna av denna

55 — Avseende trestegstestet, se punkt 134 i mitt förslag till avgörande av den 12 februari 2009 i mål C-5/08, Infopaq International (ovan fotnot 47).

anledning hade tillgång till de omtvistade fotografierna och dessa kunde offentliggöras. Efter Natascha K:s flykt från sin kidnappare år 2006 har det emellertid inte förelegat någon aktuell och uttrycklig efterlysning.

153. Först och främst ska det påpekas att det enligt ordalydelsen i artikel 5.3 e i direktivet är avgörande att undantag eller inskränkningar från mångfaldiganderätten äger rum för användning i den allmänna säkerhetens intresse. Det relevanta kriteriet är följaktligen huruvida mångfaldigandet är objektivt ägnat att tillgodose den allmänna säkerhetens intresse. [56]

154. Dessutom ska det konstateras att en efterlysning genom vilken en kidnappad person eller även dennes kidnappare ska upptäckas tillgodoser den allmänna säkerhetens intresse i den mening som avses i artikel 5.3 e i direktiv 2001/29.

155. Vidare överskrider en medlemsstat inte de gränser som föreskrivs i artikel 5.3 e i direktiv 2001/29 när det i fråga om en efterlysning som ligger långt tillbaka i tiden alltjämt anses att efterlysningen berör den allmänna säkerheten. Det kan nämligen inte uteslutas att en person som är efterlyst återfinns först flera år efter det att efterlysningen gjordes.

156. Emellertid kan det trots den omständigheten att en nationell säkerhetsmyndighet i det förgångna har gjort en efterlysning och i detta sammanhang har offentliggjort bilder inte anses föreligga en användning i den allmänna säkerhetens intresse om det brott som låg till grund för efterlysningen redan klarats upp. Den hänskjutande domstolen ska sålunda pröva vilka syften som skulle tillgodoses med den ursprungliga efterlysningen och huruvida dessa syften redan kunde anses ha upphört gälla genom Natascha K.:s flykt och hennes kidnappares direkt påföljande självmord.

157. Om den hänskjutande domstolen skulle anse att efterlysningen ska tillgodose ytterligare syften som har fortsatt giltighet, som till exempel spaningen efter eventuell medhjälpare, [57] ska den även pröva huruvida offentliggörandet av de omtvistade fotografierna i tidningarna och tidskrifterna var objektivt ägnade att främja detta ytterligare efterlysningssyfte. Det är visserligen inte uteslutet att även en tidningsartikel i vilken det inte i sig föreligger en uppmaning till efterlysning är objektivt ägnad att främja en efterlysning från de allmänna säkerhetsmyndigheterna. I artikeln måste det åtminstone upprättas ett

56 — För att gå utöver omständigheterna i förevarande fall ska det sålunda fastställas att begreppet offentlig säkerhet enligt artikel 5.3 e i direktiv 2001/29 inte enbart omfattar kategorin efterlysningar.

57 — Detta har förlagen gjort gällande.

samband till en fortsatt löpande efterlysning. Vidare måste offentliggörandet av fotografierna vara objektivt lämpat att tillgodose detta ytterligare spaningssyfte. Den nationella domstolen ska under sådana omständigheter framför allt pröva huruvida offentliggörandet av åtta år gamla fotografier och en fantombild av den kidnappade kan vara objektivt lämpade åtgärder för att finna en eventuell medbrottsling som inte återfanns med hjälp av samma fotografier åtta år tidigare.

158. Om den hänskjutande domstolen med tillämpning av ovannämnda kriterier skulle anse att kraven i artikel 5.3 e i direktivet är uppfyllda måste den dessutom pröva huruvida kraven i trestegstestet har beaktats. I förevarande fall ska den i synnerhet pröva huruvida även det tredje steget i detta test har iakttagits, det vill säga huruvida detta inte oskäligen har inkräktat på rättsinnehavarens legitima intressen. Detta är särskilt aktuellt om mångfaldigandet av de omtvistade fotografierna i första hand tjänar som illustration till en artikel om Natascha K. och medverkan avseende en efterlysning från de allmänna säkerhetsmyndigheterna kan anses vara av underordnad betydelse i förhållandet till detta.

c) Den andra delfrågan

159. Den hänskjutande domstolen har ställt sin andra delfråga för att få klarhet i om media själv kan avgöra huruvida offentliggörandet av fotografier äger rum i den allmänna säkerhetens intresse, det vill säga huruvida media sålunda ”över huvudet på de ansvariga säkerhetsmyndigheterna” direkt kan åberopa artikel 5.3 e i direktiv 2001/29.

160. Denna fråga ska besvaras nekande.

161. Såsom angetts ovan,[58] föreskrivs det i artikel 5.3 e i direktivet att medlemsstaterna *får* föreskriva undantag eller inskränkningar i upphovsrätten i den allmänna säkerhetens intresse. Denna bestämmelse medför sålunda inte någon skyldighet överhuvudtaget för en medlemsstat att införa en sådan begränsning. Om en sådan begränsning införs får medlemsstaten utforma den inom ramen för de unionsrättsligt föreskrivna gränserna. Det ankommer således i princip på medlemsstaten att efter eget skön besluta i vilka av de fall som omfattas av artikel 5.3 e i direktivet en begränsning av upphovsrätten är motiverad.

58 — Se punkterna 148–150 i detta förslag till avgörande.

162. Media kan sålunda redan av denna anledning inte direkt åberopa artikel 5.3 e i direktivet för att motivera ett mångfaldigande av upphovsrättsligt skyddade fotografier, eftersom denna bestämmelse inte är tillräckligt precis och ovillkorlig i detta avseende.

d) Den tredje delfrågan

165. Det saknas anledning att besvara den tredje delfrågan, eftersom den enbart har ställts för det fallet att den andra delfrågan skulle besvaras jakande.

C — *Den andra tolkningsfrågan*

163. Såvitt förlagen i detta sammanhang har åberopat pressfriheten, på grund av att deras rapporteringsmöjligheter begränsas, kan detta argument inte godtas. Enligt artikel 5.3 e i direktivet föreskrivs en behörighet för medlemsstaterna till skydd för den allmänna säkerheten. Föremålet för nämnda bestämmelse är sålunda inte avvägningen mellan skyddet för immaterialrätter och pressfriheten. Denna avvägning kommer i stället till uttryck i artikel 5.3 c (pressfrihet) och 5.3 e (citatfrihet) och ska sålunda beaktas vid tolkningen av dessa bestämmelser.

166. Den hänskjutande domstolens andra tolkningsfråga avser artikel 5.3 d i direktiv 2001/29. Enligt denna bestämmelse får medlemsstaterna föreskriva undantag eller inskränkningar i mångfaldiganderätten i fråga om citat för användning i t.ex. kritik och recensioner, förutsatt att de avser ett verk som redan lagligen gjorts tillgängligt för allmänheten. Dessutom krävs det att källan, inbegripet upphovsmannens namn, anges, om inte detta visar sig vara omöjligt, samt att användningen sker i enlighet med god sed och i den utsträckning som krävs med hänsyn till det särskilda ändamålet.

164. Det ska sålunda fastställas att media inte direkt kan åberopa artikel 5.3 e i direktiv 2001/29 för att motivera ett mångfaldigande av upphovsrättsligt skyddade fotografier.

167. Den hänskjutande domstolen vill för det första få klarhet i huruvida denna bestämmelse även är tillämplig om den tidningsartikel i vilken verket citeras inte i sig utgör ett språkligt verk som är skyddat enligt upphovsrätten.

För det andra har den ställt frågan huruvida bestämmelsen även är tillämplig om upphovsmannens eller den utövande konstnärens namn inte har angetts i det verk som citeras.

1. Parternas argument

168. Förlagen anser att den första delfrågan inte kan tas upp till sakprövning, eftersom den saknar relevans för avgörandet i målet på grund av att den hänskjutande domstolen inte har fastställt huruvida artiklarna är upphovsrättsligt skyddade eller ej.

169. I materiellt hänseende har Eva-Maria Painer och den italienska regeringen gjort gällande att det utgör hinder mot en tillämpning av artikel 5.3 d i direktiv 2001/29 när den tidningsartikel i vilken ett verk citeras inte själv utgör något upphovsrättsligt skyddat språkverk. Den italienska regeringen anser att bestämmelsens ordalydelse talar för en sådan tolkning. Dessutom har den italienska regeringen och Eva-Maria Painer åberopat målsättningarna att uppnå en hög skyddsnivå för upphovsrättigheter och en skälig ersättning för upphovsmannen.

170. Däremot anser förlagen, den österrikiska regeringen och kommissionen inte att det enligt artikel 5.3 d i direktivet krävs att den tidningsartikel i vilken citatet görs i sig utgör ett upphovsrättsligt skyddat språkverk, eftersom en rätt att använda citat även kan vara motiverad i detta fall. Kommissionen hänvisar i detta sammanhang till bestämmelsens ordalydelse och det förhållandet att förteckningen över undantag i artikel 5 i direktiv 2001/29 är uttömmande. Dessutom måste en rimlig avvägning göras mellan skyddet för immaterialrätter och det allmänna intresset av att fritt kunna utnyttja verk i citatsyfte.

171. Subsidiärt har förlagen och den spanska regeringen uppgett att även en kort tidningsartikel kan vara upphovsrättsligt skyddad.

172. I fråga om den *andra delfrågan* har Eva-Maria Painer, den österrikiska, den italienska och den spanska regeringen samt kommissionen uppgett att artikel 5.3 d i direktivet inte är tillämplig om upphovsmannens riktiga namn inte uppges i det verk eller annat alster som citeras, såvida inte detta visar sig vara omöjligt. Den österrikiska regeringen har hänvisat till bestämmelsens entydiga ordalydelse.

173. Förlagen anser inte att denna fråga kan tas upp till sakprövning, eftersom svaret redan framgår av bestämmelsens ordalydelse. I materiellt hänseende har de gjort gällande att artikel 5.3 d i direktivet även är tillämplig om upphovsmannens eller den utövande konstnärens namn inte uppges i det verk eller annat alster som citeras. Dessutom var det inte möjligt för dem att under normala omständigheter få kännedom om Eva-Maria Painers namn eller tillverkningsbeteckning. Den agentur från vilken de erhållit de omtvistade fotografierna hade nämligen redan tidigare erhållit fotografierna från polisen i efterlysningssyfte eller på presskonferenser utan någon form av hänvisning.

174. Eva-Maria Painer och den italienska regeringen anser däremot att den omständigheten att förlagen erhållit de omtvistade fotografierna från en nyhetsagentur inte innebär att de befrias från skyldigheten att nämna vem som är den rätte upphovsmannen.

175. Det har *dessutom* avgetts yttrande i fråga om de ytterligare kraven i artikel 5.3 d i direktivet. Eva-Maria Painer, den österrikiska och den spanska regeringen samt kommissionen har framhållit att denna bestämmelse enbart är tillämplig om fotografier används som citat, det vill säga att de har en bevisfunktion. För detta kan det inte anses tillräckligt att de enbart syftar till att styra läsarens uppmärksamhet till reportaget.

176. Den österrikiska regeringen och kommissionen anser att det även kan vara tillåtet att citera hela bilder enligt artikel 5.3 d i direktivet om detta är påkallat av syftet med citatet. I detta fall ska emellertid trestegstestet i artikel 5.5 i direktivet tillmätas särskild betydelse. Den italienska regeringen och kommissionen anser att det är osäkert huruvida villkoren i trestegstestet, särskilt det andra och det tredje steget, är uppfyllda i förevarande mål.

177. Förlagen har däremot hävdat att även de ytterligare villkoren i artikel 5.3 d ska anses uppfyllda. I synnerhet har offentliggörandet ägt rum i enlighet med god sed, eftersom de offentliggjorda fotografierna har erhållits från en säker källa. Dessutom måste rätten till yttrandefrihet beaktas.

2. Rättslig bedömning

178. Såsom framgår av begäran om förhandsavgörande ska även den andra tolkningsfrågan besvaras mot bakgrund av den tolkning som OGH har gjort i det interimistiska

förordnandet.[59] I detta angav OGH att det enligt nationell lagstiftning föreligger en möjlighet att fritt utnyttja citat i tidningar och tidskrifter, men att citat av hela bilder emellertid enbart är tillåtna om detta är påkallat i citatsyfte och fotografiets ekonomiska värde inte urholkas nämnvärt.

a) Den första delfrågan

179. Den hänskjutande domstolen har ställt sin första delfråga för att få klarhet i huruvida artikel 5.3 d i direktiv 2001/29 är tillämplig när det medium i vilket citatet befinner sig inte åtnjuter något självständigt upphovsrättsligt skydd.

180. Denna fråga är relevant för att avgöra tvisten. I motsats till förlagens uppfattning är det inte nödvändigt att den hänskjutande domstolen först prövar huruvida artiklarna är upphovsrättsligt skyddade. Eftersom en begäran om förhandsavgörande enligt artikel 267 FEUF inte är subsidiärt utformad, med följd att en nationell domstol måste ta ställning till alla andra frågor innan den ställer en tolkningsfråga till domstolen beträffande tolkningen av unionsrätten.

181. Även i detta sammanhang ska det påpekas att de möjligheter att införa den begränsning som föreskrivs i artikel 5.3 d i direktiv 2001/29 är frivilliga för medlemsstaterna och dessa följaktligen i princip han göra en skönsmässig bedömning vad gäller frågan huruvida de ska föreskriva denna begränsning i nationell lagstiftning och hur de utformar denna begränsning inom den unionsrättsligt givna ramen, dock med beaktande av de i punkt 148 i detta förslag till avgörande angivna reservationerna.

182. Mot denna bakgrund ska den hänskjutande domstolens fråga tolkas så, att nämnda domstol vill få klarhet i huruvida en medlemsstat kan anses överskrida den föreskrivna unionsrättsliga ramen om den i nationell lagstiftning inte som villkor för citaträtten uppställer ett krav att den artikel i vilket citatet görs själv är upphovsrättsligt skyddad.

183. Denna fråga ska besvaras nekande.

184. För det första uppställs det inte något sådant begränsande villkor enligt ordalydelsen i artikel 5.3 d i direktivet.

59 — Se punkt 38 i detta förslag till avgörande.

185. För det andra kan det av direktivet inte heller utläsas några ytterligare omständigheter som gör att ett sådant villkor ligger nära till hands. Av det systematiska sammanhanget med de ytterligare i artikel 5.3 i direktivet föreskrivna möjligheterna att begränsa upphovsrätten framgår tvärtom att det inte utgör en grundläggande tanke för någon av dessa begränsningsmöjligheter att begränsningen av upphovsrätten till ett verk enbart kan beviljas till förmån för ett annat verk.

186. För det tredje förefaller mig inte heller syftet med denna bestämmelse kunna tala för en sådan tolkning. Möjligheten till begränsning av upphovsrätten enligt artikel 5.3 d i direktivet ska beaktas mot bakgrund av intresset av en fri intellektuell debatt. Det tjänar sålunda särskilt till att förverkliga yttrande- och pressfriheten. Yttranden som själva är upphovsrättsligt skyddade kan emellertid mycket väl omfattas av skyddet för dessa grundläggande rättigheter.

187. För det fjärde framgår det inte heller av Bernkonventionen, från vilken möjligheten till begränsning av upphovsrätten enligt artikel 5.3 d i direktivet tankemässigt kan härledas [60] och mot bakgrund av vilken den sålunda ska tolkas, att det föreligger något stöd för en sådan restriktiv tolkning.

60 — Se artikel 10.1 i Bernkonventionen.

188. För det femte är det inte heller påkallat enligt trestegstestet i artikel 5.5 i direktiv 2001/29 att enbart citat i upphovsrättsligt skyddade verk skyddas. I detta avseende hänvisar jag först och främst till argumenten ovan. Dessutom framgår det inte att det skulle strida mer mot det normala utnyttjandet av ett upphovsrättsligt skyddat fotografi om citat används i verk som inte är upphovsrättsligt skyddade än i fråga om citat i upphovsrättsligt skyddade skriftliga verk.

189. Det ska sålunda fastställas att det inte är ett tvingande villkor enligt artikel 5.3 d i direktiv 2001/29 att den artikel i vilken citatet i den mening som avses i denna bestämmelse återges i sig är upphovsrättsligt skyddat.

190. Eftersom det är valfritt för medlemsstaterna att tillämpa artikel 5.3 d i direktivet, står det i princip medlemsstaterna fritt att i nationell lagstiftning utforma citaträtten snävare än enligt den unionsrättsliga ramen. I detta avseende måste de emellertid beakta ytterligare unionsrättsliga krav, till vilka särskilt yttrande- och pressfriheten räknas.

b) Den andra delfrågan

191. Den hänskjutande domstolen har ställt sin andra delfråga för att få klarhet i huruvida undantaget i artikel 5.3 d i direktivet är tillämpligt när upphovsmannen till det offentliggjorda fotografiet inte nämns i artiklarna. Även denna fråga ska tolkas så, att den hänskjutande domstolen vill ha klarhet i huruvida en medlemsstat överskrider den gräns som föreskrivs i artikel 5.3 d i direktivet när ett citat får användas enligt nationell lagstiftning även utan att namnet på upphovsmannen till det citerade verket anges.

192. I motsats till vad förlagen anser kan tolkningsfrågan tas upp till sakprövning. Av artikel 103.3 andra stycket i rättegångsreglerna framgår att tolkningsfrågor vars svar inte lämnar utrymme för rimligt tvivel kan tas upp till sakprövning, men att de emellertid kan avgöras genom beslut.

193. I materiellt hänseende ingår två moment i denna fråga. Eftersom upphovsmannens namn enligt artikel 5.3 d i direktivet ska anges, om inte detta visar sig vara omöjligt, uppkommer först och främst frågan när detta kan anses vara omöjligt i den mening som avses i denna bestämmelse (i). Vidare uppkommer frågan vilka rättsföljder en medlemsstat måste föreskriva om ett sådant uppgivande inte var omöjligt och upphovsmannens namn trots detta inte har angetts (ii).

i) Frågan om huruvida ett angivande är omöjligt

194. I artikel 5.3 d i direktiv 2001/29 definieras inte närmare när angivandet av källan och upphovsmannen ska anses omöjligt.

195. Enligt ordalydelsen i denna bestämmelse ska det anses avgörande att det visar sig vara omöjligt. Det är sålunda inte tillräckligt att det kan anses orimligt. Detta kan anses tala för en relativt strikt bedömning. För detta talar även de målsättningar som ligger till grund för direktiv 2001/29, nämligen att det ska föreligga en hög skyddsnivå och skälig ersättning. [61] Dessutom framgår det av ordet ”visar” [62], att den som använder citatet åtminstone förväntas bemöda sig till en viss grad för att ta reda på källan och upphovsmannens namn.

61 — Se skälen 4, 9 och 10 i direktiv 2001/29.

62 — På engelska ”turns out to be”, på franska ”s’avère”, på nederländska ”blijkt”, på portugisiska ”se revele”, på slovenska ”se … izkaže”, på spanska ”resulte”. Den italienska språkversionen är mindre tydlig i detta avseende, ”in caso di.

196. Å andra sidan ska det beaktas att citaträtten syftar till att förverkliga rätten till yttrande- och pressfrihet. Sålunda kan det inte ställas så höga krav vad avser en sådan omöjlighet att citaträtten i fråga i praktiken inte är tillämplig om en upphovsman inte kan lokaliseras.

197. Bedömningen huruvida angivandet av upphovsmannen är omöjligt i den mening som avses i artikel 5.3 i direktivet måste dessutom göras med beaktande av samtliga omständigheter i det enskilda fallet.

198. Den hänskjutande domstolen ska i förevarande fall sålunda särskilt beakta den omständigheten att de omtvistade fotografierna har utnyttjats i samband med en efterlysning. I ett sådant fall kan den som använder citatet nämligen inte utan vidare förlita sig på att den som faktiskt innehar ett fotografi även innehar rättigheterna till detta. Vidare kan det krävas att den som använder citatet vidtar efterforskningar i ett sådant fall i vilket upphovsmannens namn inte framgår av fotografiet. Upphovsmannens namn anges nämligen i regel inte på fotografier vid efterlysningar.

199. Dessutom kan trestegstestet i artikel 5.5 i direktivet även anses tala för att det ska företas en strikt bedömning av förlagens skyldigheter. I de andra och tredje stegen i detta test krävs nämligen att en sådan begränsning eller inskränkning inte strider mot det normala utnyttjandet av verket och inte oskäligt inkräktar på rättsinnehavarnas legitima intressen. Kännetecknande i förevarande fall är att det redan genom spaningsåtgärderna, det vill säga åtgärder i den allmänna säkerhetens intresse, har skett ett ingrepp i Eva-Maria Painers upphovsrätt, och dessa åtgärder har medfört att de omtvistade fotografierna mångfaldigades utan hennes samtycke och utan att hon angavs som upphovsman till fotografierna. För att upphovsrätten i ett sådant fall inte helt ska undergrävas kan det enligt min mening enbart i undantagsfall antas att den som använder citatet utan motsvarande efterforskningar kan göra gällande att det var omöjligt att ange upphovsmannen.

200. Utan att föregripa den bedömning som den hänskjutande domstolen ska företa i det enskilda fallet, synes det mig mot bakgrund av de faktiska omständigheter som framgår av begäran om förhandsavgörande ligga nära till hands att det inte var omöjligt för förlagen att lämna dessa uppgifter.

ii) Rättsföljderna i fall där ett angivande inte anses omöjligt

201. Om den hänskjutande domstolen skulle finna att det inte var omöjligt att ange upphovsmannens namn, uppkommer dessutom frågan vilka rättsföljder en medlemsstat

måste stadga i ett sådant fall. Ett möjligt synsätt i ett sådant fall är att ett offentliggörande utan upphovsmannens samtycke inte skulle vara tillåtet. Ett ytterligare synsätt är att offentliggörandet i detta fall är tillåtet, men att upphovsmannen emellertid skulle ha rätt till att nämnas med namn.

202. Enligt min mening kan endast ett synsätt enligt vilket ett citat utan nämnande av upphovsmannens namn och utan dennes samtycke utgör ett otillåtet offentliggörande anses förenligt med artikel 5.3 d i direktiv 2001/29.

203. För detta talar för det första ordalydelsen i artikel 5.3 d i direktiv 2001/29. Enligt denna bestämmelse föreskrivs nämligen att en medlemsstat enbart får föreskriva en citaträtt under förutsättning att källan, inbegripet upphovsmannens namn, anges. Mot denna bakgrund kan det anses ligga nära till hands att det är fråga om ett villkor som är tvingande för en medlemsstat som utnyttjar sin behörighet enligt artikel 5.3 d i direktivet.

204. Denna tolkning styrks för det andra även av att detta villkor används i samband med ytterligare villkor i denna bestämmelse som i sin tur av allt att döma är tvingande. Detta gäller villkoren att användningen ska ske i enlighet med god sed samt i den utsträckning som krävs med hänsyn till det särskilda ändamålet.

205. För det tredje talar även det syfte som ska tillgodoses genom detta villkor för en sådan tolkning. I princip ankommer det på upphovsmannen att besluta om utnyttjandet av sitt verk. Enligt artikel 5.3 d i direktivet ges medlemsstaterna visserligen en möjlighet att begränsa upphovsmannens rättigheter i yttrande- och pressfrihetens intresse. Upphovsmannen bibehåller emellertid ett visst mått av kontroll genom skyldigheten att ange källan samt dennes namn. Därigenom ska upphovsmannen bland annat kunna kontrollera att utnyttjandet av verket inte överskrider gränsen för vad som utgör ett tillåtet citat. Ett synsätt enligt vilket ett mångfaldigande även skulle vara tillåtet utan att upphovsmannens namn anges och det enbart föreligger ett anspråk på att namnet ska nämnas skulle medföra risk för att upphovsmannen inte på ett effektivt sätt kan utöva denna kontroll. Om namnet inte nämns föreligger det nämligen en risk att upphovsmannen i många fall är helt omedveten om utnyttjandet av sitt verk.

206. Ovannämnda argument talar för att det ska anses utgöra ett tvingande villkor att namnet anges för möjligheten att införa begränsningar i artikel 5.3 d i direktivet. Om detta villkor inte iakttas innebär detta att ett

mångfaldigande inte kan motiveras mot bakgrund av denna begränsning. [63]

iii) Slutsats

207. Mot denna bakgrund ska det konstateras att den ram som fastställts i artikel 5.3 d i direktivet för utnyttjande av citat utan samtycke har överskridits när namnet på upphovsmannen till ett fotografi inte har angetts, fastän detta inte har visat sig vara omöjligt. Ett sådant angivande kan inte anses omöjligt om den som använder citatet inte har vidtagit samtliga åtgärder för att fastställa upphovsmannens identitet som med beaktande av omständigheterna i det enskilda fallet kan anses rimliga.

c) Kompletterande anmärkningar

208. Den andra tolkningsfrågan avser enbart två punkter som är av betydelse i samband med artikel 5.3 d i direktivet. Eftersom domstolen i förfarandet för förhandsavgörande ska ge den hänskjutande domstolen samtliga besked som kan vara till nytta för att lösa tvisten, [64] ska jag, utöver de båda delfrågor som har ställts, behandla tre ytterligare punkter som rör gränserna för den unionsrättsliga ramen enligt artikel 5.3 d och artikel 5.5 i direktivet. Detta avser först och främst frågan under vilka omständigheter det kan anses föreligga ett citat i den mening som avses i artikel 5.3 d i direktivet (i). Dessutom uppkommer frågan huruvida även ett fullständigt citat kan anses utgöra ett citat i den mening som avses i denna bestämmelse (ii). Slutligen ska jag även behandla den inskränkning av möjligheten att begränsa upphovsrätten som följer av villkoret att användningen ska ske i enlighet med god sed och trestegstesten i artikel 5.5 i direktivet (iii).

i) Citat för användning i t.ex. kritik och recensioner

209. I artikel 5.3 d i direktiv 2001/29 föreskrivs att medlemsstaterna får föreskriva undantag eller inskränkningar i fråga om citat för användning i t.ex. kritik och recensioner.

63 — Se, för ett liknande resonemang, Götting, H.-P., i Löwenheim, U., *Handbuch des Urheberrechts*, Beck, 2010, § 32 punkt 12.

64 — Se punkt 117 i detta förslag till avgörande.

Det är sålunda avgörande att mångfaldigandet görs i citatsyfte.

210. Begreppet ”citat” definieras inte någonstans i direktivet. Enligt normalt språkbruk är det ytterst avgörande för ett citat att främmande intellektuella produkter utan förändringar återges på så sätt att detta framgår. Såsom framgår av de exempel som nämns i artikel 5.3 d i direktivet, enligt vilka citatet får användas i kritik och recensioner, kan detta emellertid inte anses tillräckligt. Tvärtom måste det föreligga en innehållsmässig hänvisning till det citerade verket i form av en beskrivning, en kommentar eller en bedömning. Citatet måste således utgöra ett bedömningsunderlag.

211. Det ankommer på den hänskjutande domstolen att fastställa huruvida förlagen har haft för avsikt att tillgodose ett sådant syfte genom offentliggörandet av de omtvistade fotografierna. Emellertid kan man inte utgå från att det föreligger ett citat i den mening som avses i artikel 5.3 d i direktivet om det i artiklarna saknas en sådan innehållsmässig hänvisning som krävs. I synnerhet kan det inte anses föreligga något citatsyfte i den mening som avses i artikel 5.3 d i direktivet om de omtvistade fotografierna enbart har använts som ”blickfång” för att fånga läsarnas uppmärksamhet, utan att dessa fotografier i sig har berörts i den åtföljande texten.

ii) Fullständigt citat

212. Vidare uppkommer frågan i vilken omfattning artikel 5.3 d i direktivet även omfattar fullständiga citat. Enligt den vedertagna betydelsen utgör ett citat i princip enbart ett delvist utdrag av en text. I fråga om fotografier förefaller det emellertid inte uteslutet att även ett fullständigt citat kan anses utgöra ett citat i den mening som avses i denna bestämmelse. I fråga om sådana sorters verk kan det nämligen krävas en fullständig överföring för att åstadkomma den innehållsmässiga hänvisning som krävs. Om enbart delar av fotografier skulle få offentliggöras enligt artikel 5.3 d i direktivet, skulle detta inskränka tillämpningsområdet för denna bestämmelse betydligt vad gäller fotografier.

213. Eftersom ett fullständigt citat innebär ett betydande ingrepp i upphovsrätten ska emellertid ytterligare villkor, såsom kravet att citatet ska motsvara god sed och trestegstesten i artikel 5.5 i direktivet tillmätas särskild betydelse i detta fall.

iii) Ytterligare villkor

214. Den hänskjutande domstolen ska i det nationella målet pröva huruvida offentliggörandet av de omtvistade fotografierna motsvarar det normala utnyttjandet och uppfyller villkoren i trestegstestet enligt artikel 5.5 i direktiv 2001/29. I detta sammanhang ska det särskilt beaktas huruvida det fullständiga citatet av de omtvistade fotografierna i förlagens tidningar, tidskrifter och på deras Internetsidor allvarligt har begränsat möjligheterna att sälja dessa fotografier och sålunda oskäligt har inkräktat på Eva-Maria Painers intressen.

X — Förslag till avgörande

215. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att domstolen besvarar de tolkningsfrågor som ställts på följande sätt:

1. Begreppet nära samband enligt artikel 6.1 i rådets förordning (EG) nr 44/2001 av den 22 december 2000 om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar på privaträttens område ska tolkas så, att det krävs att det mellan talan mot den svarande som har hemvist vid den aktuella domstolen (den första talan) och den ytterligare talan föreligger samma omständigheter och ett tillräckligt nära rättsligt samband. Det kan inte anses föreligga samma omständigheter om det omtvistade beteende som svaranden i den första talan och de övriga svarandena har gjort sig skyldiga till inte utgör ett samordnat parallellt förhållningssätt. Det kan även föreligga ett tillräckligt rättsligt samband om olika nationella lagstiftningar som inte är fullkomligt harmoniserade är tillämpliga på båda käromålen.

2. a) Artikel 5.3 d i Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/29/EG av den 22 maj 2001 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående

rättigheter i informationssamhället ska tolkas så, att en medlemsstat är behörig att tillåta citering av ett verk utan upphovsmannens samtycke även om den artikel i vilken citatet befinner sig i sig inte är upphovsrättsligt skyddad.

b) Vidare krävs det enligt denna bestämmelse att den som använder ett citat måste ange namnet på upphovsmannen till ett upphovsrättsligt skyddat fotografi, om inte detta visar sig vara omöjligt. Ett sådant angivande kan inte anses omöjligt om den som använder citatet inte har vidtagit samtliga åtgärder för att fastställa upphovsmannens identitet som med beaktande av omständigheterna i det enskilda fallet kan anses rimliga.

3 a) Artikel 5.3 e i direktiv 2001/29 ska tolkas så, att en medlemsstat i samband med en efterlysning som ska tillgodose den allmänna säkerhetens intresse i den mening som avses i denna bestämmelse kan tillåta ett mångfaldigande av upphovsrättsligt skyddade fotografier i media även utan upphovsmannens samtycke i den mån de syften som efterlysningen ska tillgodose inte har upphört att gälla och mångfaldigandet är objektivt ägnat att tillgodose dessa syften.

b) Media kan inte direkt åberopa denna bestämmelse för att motivera ett mångfaldigande utan upphovsmannens samtycke.

4. Enligt artikel 6 i rådets direktiv 93/98/EEG av den 29 oktober 1993 om harmonisering av skyddstiden för upphovsrätt och vissa närstående rättigheter, respektive Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/116/EG av den 12 december 2006 om skyddstiden för upphovsrätt och vissa närstående rättigheter, är en porträttbild upphovsrättsligt skyddad om den utgör fotografens individuella

intellektuella skapelse, vilket är fallet om fotografen genom att utnyttja de utformningsmöjligheter som är för handen har gett porträttbilden sin personliga prägel.

Offentliggörandet av en fantombild som har framställts på grundval av en upphovsrättsligt skyddad porträttbild utgör ett mångfaldigande i den mening som avses i artikel 2 a i direktiv 2001/29 om de element som utgör det individuella intellektuella skapandet i förlagan även återspeglas i fantombilden.