Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
EVGENI TANCHEV
föredraget den 2 juli 2020[1]

Mål C-265/19

Recorded Artists Actors Performers Ltd
mot
Phonographic Performance (Ireland) Ltd,
Minister for Jobs, Enterprise and Innovation,
Ireland,
Attorney General

(begäran om förhandsavgörande från High Court (Överdomstolen i tvistemål, Irland))

”Begäran om förhandsavgörande – Fördelning av befogenheter mellan unionen och dess medlemsstater – Wipo-fördraget om framföranden och fonogram från år 1996 (WPPT) – Skyldigheten att ge utövande konstnärer ’nationell behandling’ – Undantag från denna skyldighet som följer av internationella reservationer – Unionens exklusiva befogenhet eller medlemsstaternas befogenhet att, på grundval av dessa reservationer, avgöra vilka utövande konstnärer från tredjeland som har rätt till skälig ersättning – Direktiv 2006/115/EG – Artikel 8”

1. Förevarande begäran om förhandsavgörande från High Court (Överdomstolen i tvistemål, Irland) avser tolkningen av artikel 8 i direktiv 2006/115/EG,[2] jämförd med artiklarna 4 och 15 i Världsorganisationen för den intellektuella äganderättens (Wipo) fördrag om framföranden och fonogram (nedan kallad WPPT), som antogs i Genève den 20 december 1996 och godkändes på Europeiska gemenskapens vägnar genom rådets beslut 2000/278/EG.[3]

2. Den hänskjutande domstolen har i huvudsak ställt sina frågor för att få klarhet i vilka utövande konstnärer (och framställare) som kan komma i åtnjutande av rätten till ”skälig ersättning” enligt artikel 8.2 i direktiv 2006/115. Frågorna avser därför tillämpningsområdet för artikel 8.2, även om den första, den andra och den tredje frågan främst bygger på en hänvisning till de internationella förpliktelserna för unionen och, i förekommande fall, för medlemsstaterna.

3. Den hänskjutande domstolen vill i huvudsak få klarhet i huruvida kravet på nationell behandling som föreskrivs i artikel 4 WPPT är tillämpligt på artikel 8.2 i direktiv 2006/115 och – i den andra, den tredje och den fjärde frågan – vilket utrymme för skönsmässig bedömning som medlemsstaterna har vad beträffar de som har rätt till en enda skälig ersättning som anges i direktivet, inbegripet när reservationer är tillåtna enligt WPPT och Romkonventionen är tillämplig.

1 Originalspråk: engelska.

2 Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/115/EG av den 12 december 2006 om uthyrnings- och utlåningsrättigheter avseende upphovsrättsligt skyddade verk och om upphovsrätten närstående rättigheter (kodifierad version) (EUT L 376, 2006, s. 28).

3 Beslut av den 16 mars 2000 (EGT L 89, 2000, s. 6) (nedan kallat WPPT).

I. Tillämpliga bestämmelser

A. Romkonventionen

4. Internationella konventionen om skydd för utövande konstnärer, framställare av fonogram samt radioföretag ”upprättades” i Rom den 26 oktober 1961 (nedan kallad Romkonventionen).

5. I artikel 4 i Romkonventionen föreskrivs följande:

”Fördragsslutande stat skall tillerkänna utövande konstnärer nationell behandling, om något av följande villkor är uppfyllt:

a) framförandet äger rum i annan fördragsslutande stat;

b) framförandet är upptaget på ett fonogram som är skyddat enligt artikel 5;

c) framförandet medtages, utan att vara upptaget på ett fonogram, i en radioutsändning som är skyddad enligt artikel 6.”

6. I artikel 5 i konventionen föreskrivs följande:

”1. Fördragsslutande stat skall tillerkänna framställare av fonogram nationell behandling, om något av följande villkor är uppfyllt:

a) framställaren är medborgare i annan fördragsslutande stat (nationalitetskriterium);

b) den första upptagningen av ljudet företogs i annan fördragsslutande stat (upptagningskriterium);

c) första utgivningen av fonogrammet ägde rum i annan fördragsslutande stat (utgivningskriterium).

2. Om den första utgivningen ägde rum i en icke fördragsslutande stat men fonogrammet inom trettio dagar därefter utgives i en fördragsslutande stat (samtidig utgivning), skall den första utgivningen anses ha ägt rum i den fördragsslutande staten.

3. Fördragsslutande stat äger, genom meddelande som deponeras hos Förenta Nationernas generalsekreterare, förklara att den icke kommer att tillämpa ettdera av utgivningskriteriet eller upptagningskriteriet. Sådant meddelande kan deponeras vid ratifikation, godkännande eller anslutning eller vid senare tidpunkt; i sistnämnda fall får meddelandet verkan sex månader efter depositionen.”

B. WPPT

7. Både unionen och alla medlemsstaterna är parter i WPPT (liksom, i synnerhet, Amerika förenta stater).

8. I artikel 1.1 WPPT föreskrivs följande:

”Ingenting i detta fördrag skall innebära ett avsteg från gällande förpliktelser som fördragsparterna har gentemot varandra enligt [Romkonventionen].”

9. Enligt artikel 2 a, b, d, e och g WPPT är följande definitioner tillämpliga:

”a) *utövande konstnärer*: skådespelare, sångare, musiker, dansare och andra personer som sceniskt framställer, sjunger, reciterar, deklamerar, medverkar i, tolkar eller på annat sätt framför litterära eller konstnärliga verk eller uttryck av folklore,

b) *fonogram*: en upptagning av ljuden i ett framförande eller av andra ljud eller av en framställning av ljud på annat sätt än i form av en upptagning som ingår i ett filmverk eller i annat audiovisuellt verk,

…

d) *fonogramframställare*: den fysiska eller juridiska person som tar initiativet till och ansvarar för den första upptagningen av ljuden i ett framförande eller andra ljud, eller framställningar av ljud,

e) *utgivning av ett upptaget framförande eller av ett fonogram*: utbjudande till allmänheten av exemplar av det upptagna framförandet eller fonogrammet med rättsinnehavarens samtycke under förutsättning att exemplar erbjuds allmänheten i tillfredsställande antal,

…

g) *överföring till allmänheten* av ett framförande eller ett fonogram: överföring till allmänheten med vilket medium som helst, dock inte ljudradio- eller televisionsutsändning, av ljuden i ett framförande eller ljuden eller en framställning av ljud upptagna på ett fonogram. För de syften som avses i artikel 15 omfattar termen överföring till allmänheten att ljuden eller en framställning därav som är upptagna på ett fonogram görs hörbara för allmänheten.”

10. I artikel 4 WPPT, som har rubriken ”Nationell behandling”, föreskrivs följande:

”1. Varje fördragspart skall ge medborgare i andra fördragsparter enligt definitionen i artikel 3.2 samma behandling som den ger sina egna medborgare med avseende på de ensamrättigheter som särskilt föreskrivs i detta fördrag och på den rätt till skälig ersättning som föreskrivs i fördragets artikel 15.

2. Den skyldighet som föreskrivs i punkt 1 gäller inte i den mån en annan fördragspart utnyttjar de möjligheter till reservation som anges i fördragets artikel 15.3.”

11. I artikel 15 WPPT anges följande:

”1. Utövande konstnärer och fonogramframställare skall ha rätt till en enda skälig ersättning för direkt eller indirekt utnyttjande av fonogram som utgivits för kommersiella ändamål för utsändning i ljudradio eller television eller för vilken överföring som helst till allmänheten.

2. Fördragsparterna får i sin nationella lagstiftning föreskriva att den skäliga ersättningen skall inkrävas från utnyttjaren av den utövande konstnären eller av fonogramframställaren eller av båda. Fördragsparterna får införa nationell lagstiftning som, i avsaknad av en överenskommelse mellan den utövande konstnären och fonogramframställaren, anger villkoren för hur de utövande konstnärerna och fonogramframställarna skall fördela den skäliga ersättningen.

3. En fördragspart får genom ett meddelande till WIPO:s generaldirektör förklara att den avser tillämpa bestämmelserna i punkt 1 endast med avseende på vissa utnyttjanden, att den avser begränsa tillämpningen av bestämmelserna på annat sätt eller att den inte alls avser tillämpa dem.

4. För de syften som avses i denna artikel skall fonogram som har gjorts tillgängliga för allmänheten på trådbunden eller trådlös väg på ett sådant sätt att enskilda kan få tillgång till dem från en plats och vid en tidpunkt som de själva väljer anses vara utgivna för kommersiella ändamål.”

12. Uttalandet om artikel 15 har följande lydelse:

”Det förstås att artikel 15 inte innebär en fullständig lösning när det gäller den nivå av rättigheter i fråga om ljudradio- och televisionsutsändning och överföring till allmänheten som fonogramframställare och utövande konstnärer bör åtnjuta i den digitala tidsåldern. Delegationerna kunde inte uppnå enighet om olika förslag beträffande omfattningen av ensamrättigheter i vissa fall eller beträffande rättigheter som bör föreskrivas utan möjlighet till reservationer och har därför lämnat frågan öppen för framtida lösning.

Uttalande om artikel 15: Det förstås att artikel 15 inte hindrar att den rätt som föreskrivs i denna artikel ges också till dem som framför folklore och till fonogramframställare som gör upptagningar av folklore där sådana fonogram inte har utgivits för kommersiell vinning.”

13. I artikel 23.1 WPPT anges följande:

”Bestämmelser om verkställighet av rättigheter

1. Fördragsparterna åtar sig att i överensstämmelse med sina rättssystem vidta de nödvändiga åtgärderna för att tillämpa detta fördrag.”

C. Direktiv 2006/115

14. I skälen 5, 12, 13 och 16 i direktivet anges följande:

”(5) Upphovsmännens och de utövande konstnärernas skapande och konstnärliga arbete förutsätter en tillräcklig inkomst som underlag för fortsatt skapande och konstnärligt arbete, och de investeringar som krävs, särskilt för framställning av fonogram och filmer, är särskilt stora och riskfyllda. Möjligheten att säkerställa en sådan inkomst och att återfå investeringarna kan effektivt garanteras endast genom tillfredsställande rättsligt skydd för de berörda rättighetshavarna.

…

(12) Det är nödvändigt att tillförsäkra upphovsmän och utövande konstnärer en skälig ersättning som de inte kan avstå från; rättighetshavarna måste även fortsättningsvis ha möjlighet att uppdra förvaltningen av denna rättighet till insamlingsorganisationer.

(13) Den skäliga ersättningen kan erläggas i form av en eller flera betalningar när avtalet ingås eller när som helst därefter. Hänsyn bör tas till i vilken grad upphovsmännen och de utövande konstnärerna bidragit till fonogrammet eller filmen i fråga.

…

(16) Medlemsstaterna bör ha rätt att föreskriva mera långtgående skydd för innehavare av närstående rättigheter än det som föreskrivs i detta direktiv i fråga om radio- och TV-utsändning och återgivning för allmänheten.”

15. Artikel 7.1 i direktiv 2006/115 har följande lydelse:

”Upptagningsrätt

1. Medlemsstaterna skall föreskriva att utövande konstnärer har ensamrätt att medge eller förbjuda upptagning av sina framföranden.”

16. I artikel 8.1 och 8.2 i direktivet, som är identisk med artikel 8.1 och 8.2 i direktiv 92/100/EEG,[4] föreskrivs följande:

”1. Medlemsstaterna skall föreskriva att utövande konstnärer har ensamrätt att medge eller förbjuda trådlös radio- och TV-utsändning och återgivning för allmänheten av sina framföranden, utom när framförandet i sig självt sker vid en radio- eller TV-utsändning eller härrör från en upptagning.

2. Medlemsstaterna skall föreskriva rätt till en enda skälig ersättning från användaren när ett fonogram som har utgivits i kommersiellt syfte används i original eller kopia för trådlös utsändning eller eljest för återgivning för allmänheten. De skall säkerställa att denna ersättning fördelas mellan de berörda utövande konstnärerna och fonogramframställarna. Medlemsstaterna får fastställa villkoren för hur ersättningen skall fördelas mellan dem när det saknas avtal dem emellan.”

17. I artikel 11 i direktiv 2006/115, som har rubriken ”Tidpunkt för tillämpning”, anges följande:

”1. Detta direktiv skall tillämpas på alla häri avsedda upphovsrättsligt skyddade verk, framföranden, fonogram, radio- och TV-utsändningar och första upptagningen av filmer som den 1 juli 1994 alltjämt var skyddade genom medlemsstaternas lagstiftning om upphovsrätt och närstående rättigheter eller som vid den tidpunkten uppfyllde kriterierna för skydd enligt detta direktiv.”

D. Nationell rätt

18. I section 38 i Copyright and Related Rights Act 2000 (No. 28 of 2000) (2000 års lag om upphovsrätt och närstående rättigheter (nr 28 från år 2000)) (nedan kallad upphovsrättslagen) föreskrivs en licensrätt under vissa omständigheter. I bestämmelsen föreskrivs särskilt följande:

”1) … [E]n person som avser att

a) sända ut en ljudupptagning för allmänheten, eller

b) innefatta en ljudupptagning i en utsändning eller en kabelprogramtjänst,

har rätt att göra det om personen

i) godtar att betala för sådan återgivning eller sådant innefattande i en utsändning eller en kabelprogramtjänst till ett licensieringsorgan, och

ii) uppfyller kraven i denna section.”

2) En person kan begagna sig av rätten att sända ut en ljudupptagning för allmänheten eller att innefatta en ljudupptagning i en utsändning eller en kabelprogramtjänst, om personen

a) underrättar varje berört licensieringsorgan om sin avsikt att utsända ljudupptagningar för allmänheten eller att innefatta ljudupptagningar i en utsändning eller en kabelprogramtjänst,

4 Rådets direktiv 92/100/EEG av den 19 november 1992 om uthyrnings- och utlåningsrättigheter avseende upphovsrättsligt skyddade verk och om upphovsrätten närstående rättigheter (EGT L 346, 1992, s. 61).

b) informerar vart och ett av dessa organ om det datum då, och från och med vilket, personen avser att sända ut ljudupptagningar för allmänheten eller innefatta ljudupptagningar i en utsändning eller en kabelprogramtjänst,

c) betalar licensieringsorganet …

…”

19. I section 184 i upphovsrättslagen anges under vilka förutsättningar bland annat en ljudupptagning ska omfattas av upphovsrättsskydd. I bestämmelsen föreskrivs följande:

”1) Litterära, dramatiska, musikaliska eller konstnärliga verk, ljudupptagningar, film och typografiska arrangemang i en utgiven utgåva eller en ursprunglig databas, ska vara berättigade till upphovsrättsligt skydd när de först lagligen görs tillgängliga för allmänheten

a) inom landet, eller

b) i ett land, ett territorium, en stat eller ett område som omfattas av den relevanta bestämmelsen i denna part.

2) I denna section ska ett lagligt tillgängliggörande för allmänheten av ett verk i ett land, ett territorium, en stat eller ett område anses vara det första lagliga tillgängliggörandet för allmänheten av verket även om verket samtidigt görs lagligen tillgängligt för allmänheten någon annanstans. För detta ändamål ska ett lagligt tillgängliggörande av ett verk någon annanstans under de närmast föregående 30 dagarna anses ha gjorts samtidigt.”

20. Section 288 i upphovsrättslagen har följande lydelse:

”Ett framförande är ett berättigande framförande i enlighet med bestämmelserna i denna part och part IV, om det görs av en berättigad individ eller en berättigad person eller äger rum i ett land, ett territorium, en stat eller ett område som är berättigande i enlighet med detta chapter.”

21. I section 287 i nämnda lag föreskrivs följande:

”I denna part och i part IV avses med

berättigande land:

a) Irland,

b) en annan medlemsstat i [Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (EES)], eller

c) i den mån en föreskrift enligt section 289 anger detta, ett land som har utsetts enligt denna section,

berättigad individ: en medborgare eller en person som har sin hemvist eller är stadigvarande bosatt i ett berättigande land, och

berättigad person: en irländsk medborgare eller en individ som har sin hemvist eller är stadigvarande bosatt inom landet.”

22. Section 289.1 i upphovsrättslagen har följande lydelse:

”Regeringen kan besluta att till ett land som är berättigande för att åtnjuta skydd enligt denna part och i part IV utse varje land, territorium, stat eller område som enligt vad regeringen har försäkrat sig om har sörjt för eller kommer att sörja för bestämmelser i sin lagstiftning som ger tillfredsställande skydd åt irländska framföranden.”

II. Bakgrund till det nationella målet och tolkningsfrågorna

23. Tvisten i målet vid den nationella domstolen rör uppbörd och fördelning av licensavgifter som ska betalas för att spela inspelad musik offentligt, eller göra utsändningar av inspelad musik. Enligt nationell lagstiftning ska ägare till barer, nattklubbar eller andra offentliga platser som önskar spela inspelad musik betala en licensavgift för den användningen. På liknande sätt måste även en person som vill innefatta en ljudupptagning i en utsändning eller en kabelprogramtjänst betala en licensavgift för detta. Denna skyldighet beskrivs i nationell lagstiftning närmare i upphovsrättslagen. Lagstiftningen föreskriver att användaren ska betala en enda licensavgift till ett licensieringsorgan som företräder den som framställt ljudupptagningen, men det sålunda insamlade beloppet ska sedan fördelas mellan framställaren och de utövande konstnärerna.

24. Käranden i det nationella målet, Recorded Artists Actors Performers Ltd (nedan kallad RAAP), är en irländsk insamlingsorganisation som förvaltar rättigheterna för vissa utövande konstnärer. Den första svaranden, Phonographic Performance (Ireland) Ltd (nedan kallad PPI), är en irländsk insamlingsorganisation som företräder de rättigheter som fonogramframställare har till ljudupptagningar eller fonogram i Irland.

25. RAAP och PPI har ingått ett avtal, i vilket det föreskrivs hur licensavgifter ska samlas in och fördelas när ljudupptagningar spelas offentligt (på barer och andra platser som är allmänt tillgängliga) i Irland av användare i Irland. [5]

26. Tvisten mellan RAAP och PPI har uppstått på grund av att den irländska upphovsrättslagen tillämpar olika kriterier för framställare respektive utövande konstnärer vad gäller rätt till ersättning, vilket får till följd att vissa utövande konstnärer från vissa länder utesluts från rätten till skälig ersättning (särskilt Amerikas förenta stater). Detta tycks ha gjort det möjligt för PPI att hävda att det inte finns någon skyldighet enligt lag att betala dessa specifika utövande konstnärer, och till följd av detta skulle PPI ha rätt att behålla de avgifter som är hänförliga till dessa utövande konstnärer och som har samlats in enligt avtalet.

27. RAAP anser att de licensavgifter för rättigheterna som ska betalas enligt upphovsrättslagen – genom vilken direktiv 92/100 införlivades, vilket i sin tur har kodifierats och ersatts av direktiv 2006/115 – ska, i enlighet med artikel 8.2 i det direktivet och internationella avtal som det direktivet hänvisar till, fördelas mellan framställaren och den utövande konstnären, Den utövande konstnärens nationalitet och bosättning saknar betydelse.

5 Det framgår av handlingarna i målet att det finns två förfaranden som hänför sig till tvisten. De andra förfarandena avser de lagstadgade uppgifterna för de organisationer som företräder framställare respektive utövande konstnärer, i synnerhet vilken organisation som har i uppdrag att beräkna de licensavgifter som ska betalas till enskilda utövande konstnärer. RAAP har hävdat att detta är deras roll, såsom den kollektiva förvaltningsorganisation som företräder utövande konstnärer. Om så är fallet, är PPI skyldig att betala en klumpsumma till RAAP, och RAAP ska sedan fördela detta belopp – med avdrag för administrativa kostnader – till enskilda utövande konstnärer. En annan tvistig fråga är huruvida RAAP har rätt att samla in avgifter för *alla* utövande konstnärers räkning inom en viss kategori, eller endast de utövande konstnärer som faktiskt har gett organisationen denna rätt. Dessa andra förfaranden omfattas inte av beslutet om hänskjutande.

28. PPI har å andra sidan hävdat att utövande konstnärer som varken är EES-medborgare eller bosatta inom EES, och vars framföranden inte härrör från en ljudupptagning som gjorts inom EES, inte är berättigade att få del av ersättningen när dessa framföranden spelas i Irland. Om man i annat fall betalade dessa utövande konstnärer, skulle detta strida mot den princip om internationell ömsesidighet som Irland har antagit och som upphovsrättslagen innehåller. Om man godtog RAAP:s ståndpunkt, skulle utövande konstnärer från Förenta staterna få betalt i Irland, trots att irländska utövande konstnärer inte får skälig ersättning i Förenta staterna.

29. RAAP väckte talan mot PPI vid den hänskjutande domstolen, vilken har påpekat att section 38, jämförd med sections 184, 208, 287 och 288 i upphovsrättslagen, får till följd – såvida inte ett dekret antas enligt section 289 i nämnda lag (vilket ännu inte har skett) – att utövande konstnärer ”utanför EES” utesluts från att få sin andel av de avgifter som samlats in enligt ovannämnda lag, med följden att framställare (även de som är hemmahörande utanför EES) ofta åtnjuter samtliga dessa rättigheter.

30. När det gäller en ljudupptagning som involverar framställare från Förenta staterna och utövande konstnärer från Förenta staterna, skulle framställaren få samtliga licensavgifter som ska betalas av användarna i Irland. Skälet till detta är att de i upphovsrättslagen angivna kriterierna för att vara berättigad till betalning är mer flexibla för framställare än för utövande konstnärer.

31. En sådan lagstiftning tycks därför vara oförenlig med artikel 8.2 i direktiv 2006/115, eftersom denna bestämmelse kräver att skälig ersättning ska fördelas mellan framställarna och de utövande konstnärerna.

32. Härav följer att lösningen av tvisten i det nationella målet särskilt är avhängig av huruvida Irland – utan att åsidosätta direktiv 2006/115 (och tidigare direktiv 92/100) – får lagstifta om att ”utövande konstnärer”, som det hänvisas till i direktivet, i Irland inte innefattar utövande konstnärer ”utanför EES”, såsom utövande konstnärer från Förenta staterna.

33. Med hänsyn till de stora intressen som står på spel i förevarande mål, beslutade Irland, Irlands Attorney General samt Irlands Minister for Jobs, Enterprise and Innovation (ministern för sysselsättning, näringsliv och innovation) att delta i målet vid den nationella domstolen som den andra, den tredje och den fjärde svaranden. Ett fullständigt avgörande finns i bilagan till beslutet om hänskjutande och gör det möjligt att bättre förstå de frågeställningar som ligger till grund för beslutet om hänskjutande.

34. Den hänskjutande domstolen har påpekat att det faktum att den nationella lagstiftningen behandlar personer som har hemvist eller är bosatta i ett EES-land på samma sätt som irländska medborgare innebär att lagstiftningen inte strider mot den allmänna icke-diskrimineringsprincipen i unionsrätten. Denna lagstiftning måste dock vara förenlig inte bara med denna allmänna princip, utan även med artikel 8.2 i direktiv 2006/115. Enligt nämnda bestämmelse ska varje medlemsstat säkerställa ”rätt till en enda skälig ersättning från användaren när ett fonogram som har utgivits i kommersiellt syfte används i original eller kopia för trådlös utsändning eller eljest för återgivning för allmänheten. De skall säkerställa att denna ersättning fördelas mellan de berörda utövande konstnärerna och fonogramframställarna.”

35. Den hänskjutande domstolen har påpekat att det fortfarande är oklart i vilken utsträckning det är nödvändigt att åberopa bestämmelserna i WPPT (som Irland och unionen är parter i) och Romkonventionen (som Irland är part i) vid tolkningen av artikel 8 i direktiv 2006/115.

36. Det är i synnerhet nödvändigt att fastställa huruvida den ”nationella behandlingen”, som vart och ett av dessa fördrag innehåller, ska spela någon roll vid tolkningen av artikel 8.2 i direktiv 2006/115.

37. Med hänsyn till, å ena sidan, att begreppet ”nationell behandling” – till skillnad från vissa andra begrepp i Romkonventionen och WPPT – inte uttryckligen överfördes till direktiv 2006/115, men, å andra sidan, att detta begrepp – på grund av att unionen ingick WPPT – utgör en del av unionsrätten, framgår det inte klart vilken räckvidd detta begrepp slutligen har för tolkningen av unionsrätten på området för upphovsrätt och närstående rättigheter.

38. Den hänskjutande domstolen vill även att EU-domstolen ska klargöra huruvida denna asymmetriska behandling av framställare och utövande konstnärer utgör en berättigad reaktion på en reservation enligt artikel 15.3 i direktiv 2006/115 (särskilt den reservation som Amerikas förenta stater har gjort).

39. Det är mot denna bakgrund som High Court (Överdomstolen i tvistemål, Irland) beslutade att vilandeförklara målet och ställa följande tolkningsfrågor till EU-domstolen:

”1. Är en nationell domstols skyldighet att tolka direktiv 2006/115 … mot bakgrund av syftet med … Romkonventionen … och/eller … [WPPT] begränsad till begrepp som uttryckligen nämns i direktivet eller omfattar den alternativt även begrepp som endast återfinns i de två internationella överenskommelserna? I synnerhet önskas få klarlagt i vilken utsträckning artikel 8 i direktivet ska tolkas mot bakgrund av kravet på ’nationell behandling’ i artikel 4 WPPT.

2. Har en medlemsstat utrymme att skönsmässigt föreskriva kriterier som avgör vilka utövande konstnärer som uppfyller kraven för att vara ’berörda utövande konstnärer’ enligt artikel 8 i direktivet? Kan, i synnerhet, en medlemsstat begränsa rätten att få del av skälig ersättning till omständigheter där antingen i) framförandet äger rum i ett land inom Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (EES), eller ii) de utövande konstnärerna har sin hemvist eller är bosatta i ett EES-land?

3. Vilket utrymme för skönsmässig bedömning har en medlemsstat i sitt svar på en reservation som gjorts av en annan fördragspart enligt artikel 15.3 WPPT? Är, i synnerhet, medlemsstaten skyldig att exakt återspegla villkoren i den reservation som gjorts av den andra fördragsparten? Är en fördragspart skyldig att inte tillämpa 30-dagarsregeln i artikel 5 i Romkonventionen i den mån den kan leda till att en framställare från den reserverande parten får ersättning enligt artikel 15.1, men inte de utövande konstnärerna i samma upptagning? Har den svarande parten alternativt rätt att ge rättigheter till medborgare i den reserverande parten som är mer generösa än de rättigheter som den reserverande parten har gett, det vill säga kan den svarande parten ge rättigheter som inte återgäldas av den reserverande parten?

4. Är det under alla omständigheter tillåtet att begränsa rätten till skälig ersättning till att endast avse *framställarna* av en ljudupptagning, det vill säga att neka de *utövande konstnärer* vars framföranden har upptagits i samma ljudupptagning rätt till skälig ersättning?”

40. RAAP, PPI, Irland och Europeiska kommissionen har ingett skriftliga yttranden. Vid förhandlingen den 4 februari 2020 yttrade sig samtliga dessa parter muntligen.

III. Bedömning

A. Den första frågan

1. Sammanfattning av parternas argument

41. RAAP har hävdat att den nationella domstolens skyldighet att tolka direktiv 2006/115 mot bakgrund av syftet med Romkonventionen och/eller WPPT innefattar en skyldighet att tolka direktivet som att det inför en uppsättning regler som är förenliga med skyldigheterna i dessa instrument. Artikel i ovannämnda direktiv ska därför tolkas som att den utvidgar de rättigheter som föreskrivs i artikel 8.2 i direktivet till att omfatta de som är berättigade till nationell behandling med avseende på dessa rättigheter enligt artikel 4 WPPT.

42. Vidare är det nödvändigt att beakta Romkonventionen, trots det faktum att unionen inte är en fördragspart. Dessutom hade denna konvention en viktig roll vid tillkomsten av direktiv 2006/115.

43. Samspelet mellan artiklarna 4 och 5 i Romkonventionen, å ena sidan, och artiklarna 3 och 4 WPPT, å andra sidan, är sådant att fördragsparterna i WPPT måste utvidga rätten till nationell behandling till att omfatta utövande konstnärer vad gäller framföranden som är upptagna på ett fonogram som är berättigat till nationell behandling enligt Romkonventionen. Denna fördel måste utvidgas till att omfatta alla utövande konstnärer vid ett sådant framförande, även om den utövande konstnären inte är medborgare i en stat som är fördragspart.

44. PPI har i huvudsak hävdat att direktiv 2006/115 så långt det är möjligt ska tolkas på ett sätt som är förenligt med WPPT, och inte på ett sätt som står i strid med unionens eller medlemsstaternas skyldigheter enligt WPPT eller Romkonventionen. När begrepp som har hämtats från Romkonventionen eller WPPT används i direktivets text, ska konventionen eller WPPT (beroende på omständigheterna) beaktas vid tolkningen av dessa uttryck i direktivet. Artikel 8.2 kan därför inte, genom en process för att tolka denna bestämmelse, behandlas som att den innefattar kravet på nationell behandling i artikel 4 WPPT, eftersom direktivet inte syftar till att vidta någon åtgärd för att genomföra detta krav i WPPT.

45. Irland har, vad beträffar tolkningen av Romkonventionen och WPPT, godtagit att artikel 3.2 WPPT innebär att begreppet nationell behandling som föreskrivs i artiklarna 4 och 5 i Romkonventionen infogas i WPPT: begreppet nationell behandling omfattar att fördragsparterna ska ge en nationell behandling varje gång ett framförande är upptaget på ett fonogram vars första utgivning (eller inom 30 dagar därefter) ägde rum i annan fördragsslutande stat. Dessa regler följer av ”utgivningskriteriet” och begreppet ”samtidig utgivning” som föreskrivs i Romkonventionen.

46. Irland är dock – vilket är viktigt för en stat med ett dualistiskt synsätt vad gäller internationell rätt – angeläget om att se till att endast irländsk lagstiftning eller unionslagstiftning som har antagits i vederbörlig ordning ger upphov till rättigheter och skyldigheter i den irländska rättsordningen och i unionens rättsordning.

47. Irland har i huvudsak gjort gällande att artikel 8.2 i direktiv 2006/115 inte ska tolkas mot bakgrund av begreppet nationell behandling, som föreskrivs i WPPT och Romkonventionen. Direktivet avser inte situationen för utövande konstnärer vars framföranden är upptagna på ett fonogram vars första utgivning ägde rum i ett tredjeland.

48. Kommissionen har i huvudsak hävdat att det följer av ordalydelsen och systematiken i samt syftet med artikel 8.2 i direktiv 2006/115, liksom av skyldigheten att tolka direktivet i enlighet med internationella avtal som ingåtts av unionen, att de berörda utövande konstnärerna i princip innefattar utövande konstnärer från alla fördragsparterna i WPPT, oavsett om de är bosatta inom eller utanför EES.

2. Bedömning

49. Den hänskjutande domstolen har ställt den första frågan för att få klarhet i hur direktivet ska tolkas när vissa begrepp som uttryckligen omnämns i de internationella avtalen på området för upphovsrätt och närstående rättigheter, såsom skyldigheten att tillämpa nationell behandling i artikel 4 WPPT, *inte förekommer i direktivet*.

50. För det första framgår betydelsen av skyldigheten till nationell behandling klart redan av den omständigheten att den alltid har varit central i varje multilateralt avtal om skydd för immateriella rättigheter och är en av de huvudsakliga fördelarna med att ansluta sig för fördragsparterna.[6] För det andra ska det hållas i minnet att rätten till ersättning (enligt artikel 8 i direktiv 2006/115 eller enligt artikel 15 WPPT) i ekonomiskt hänseende hör till de viktigaste rättigheterna för utövande konstnärer och fonogramframställare.

51. RAAP och kommissionen har gjort gällande att de utövande konstnärer som berörs av rätten till skälig ersättning, som erkänns i unionsrätten, i princip omfattar utövande konstnärer från tredjeland vars musik sänds ut i unionen. De har hävdat att detta följer av de allmänna ordalag som unionslagstiftaren använde (”de utövande konstnärerna”) och av målen med direktiv 2006/115 (hög skyddsnivå), men i synnerhet påstås det följa av skyldigheten att tolka unionens sekundärrätt i enlighet med de internationella avtal som unionen har ingått, såsom WPPT. Artikel 4.1 WPPT, jämförd med artikel 15.1 WPPT, ålägger fördragsparterna (Europeiska unionen och dess medlemsstater) att tillämpa den ”nationella behandlingen” med avseende på den skäliga ersättning som ska betalas till de utövande konstnärerna.

52. Jag har kommit fram till slutsatsen att detta resonemang är korrekt.

53. När man analyserar texten i direktiv 2006/115 står det klart att tredjelandsmedborgare inte är undantagna från direktivets tillämpningsområde, och dessutom är detta helt i överensstämmelse med unionens skyldigheter inom ramen för WPPT *och med stadgan* (ur ett grundläggande rättighetsperspektiv kan man nog hävda att medlemsstaterna och Europeiska unionen ska se till att varje utövande konstnär och framställare erhåller en skälig ersättning i unionen för spridningen av sitt framförande till allmänheten, trots att det finns en reservation som gjorts av ett tredjeland, vilket får till följd att utövande konstnärer och framställare från EES inte får sådan ersättning i detta tredjeland. Grundläggande rättigheter är universella och här är det fråga om rätten till egendom).

54. PPI:s och Irlands uppfattning är likvärdig med att påstå att medlemsstaterna har full frihet, med hänsyn till att alla de relevanta bestämmelserna inte finns i unionens regelverk.

55. Det räcker att påpeka att EU-domstolen redan har underkänt ett sådant argument i ett mål rörande upphovsrätt; dom av den 4 september 2014, kommissionen/rådet (C-114/12, EU:C:2014:2151, särskilt punkt 70), och i domstolens yttrande 3/15 (angående Marrakechfördraget om tillgång till publicerade verk) (EU:C:2017:114).

6 Reinbothe, J., och von Lewinski, S., *The WIPO Treaties on Copyright: A Commentary on the WCT, the WPPT, and the BTAP*, Oxford University Press, Oxford, 2015, s. 296, som även ger en bra översikt över den historiska bakgrunden och kommentarer till WPPT.

56. Det är först nödvändigt att fastställa huruvida artikel 8.2 i direktiv 2006/115 ska tolkas mot bakgrund av det krav på nationell behandling av utövande konstnärer från tredjeland som finns i artikel 4.1 WPPT. För det syftet är det nödvändigt att avgöra huruvida detta krav ska anses förbli en skyldighet som åligger medlemsstaterna i deras egenskap av fördragsparter i detta blandade avtal, eller huruvida det snarare utgör en skyldighet som unionen ska åta sig i egenskap av fördragspart i samma avtal.

57. Domstolen har redan prövat artikel 8 i direktiv 2006/115 mot bakgrund av unionens internationella förpliktelser i domen SCF Consorzio Fonografici,[7] domen PPL Ireland[8] och domen Verwertungsgesellschaft Rundfunk.[9]

58. I denna rättspraxis behandlas förhållandet mellan direktivet och de olika internationella avtalen, och vissa av begreppen i artikel 8 i ovannämnda direktiv tolkas mot bakgrund av unionens internationella förpliktelser i avtalen.

59. I domen SCF Consorzio Fonografici (C-135/10, EU:C:2012:140, punkterna 37–56), behandlade domstolen förhållandet mellan avtalet om handelsrelaterade aspekter av immaterialrätter (nedan kallat Trips-avtalet), WPPT och Romkonventionen.

60. Domstolen erinrade om att enligt artikel 216.2 FEUF ska ”[a]vtal som ingås av unionen … vara bindande för unionens institutioner och medlemsstaterna”. Så är fallet med WPPT, i vilket unionen är en fördragspart, och detta fördrag utgör en integrerad del av unionens rättsordning. Detta fördrag är följaktligen bindande för unionens institutioner och medlemsstaterna. Vad beträffar Romkonventionen, utgör dess bestämmelser inte en del av Europeiska unionens rättsordning (unionen är inte fördragspart i denna och den kan inte anses ha tagit över medlemsstaternas skyldigheter när det gäller tillämpningen av denna konvention, om inte annat på grund av att samtliga medlemsstater inte har tillträtt konventionen: det vill säga Malta).

61. Vad beträffar WPPT, slog domstolen även fast i domen SCF (C-135/10, EU:C:2012:140, punkt 47) att enligt artikel 23.1 WPPT gäller att fördragsparterna åtar sig att i enlighet med sina rättssystem vidta erforderliga åtgärder för att säkerställa tillämpningen av detta fördrag. Härav följer att tillämpningen av bestämmelserna i WPPT, när det gäller deras genomförande eller verkningar, förutsätter att ytterligare handlingar företas. Dessa bestämmelser saknar alltså direkt effekt i unionsrätten och kan inte skapa rättigheter för enskilda som dessa kan åberopa direkt vid domstol med stöd av unionsrätten.

62. Domstolen slog dock även fast, mot bakgrund av tionde skälet i direktiv 92/100, att eftersom syftet med nämnda direktiv är att harmonisera vissa aspekter av det immaterialrättsliga området med iakttagande av de internationella konventioner som är relevanta när det gäller upphovsrätt och upphovsrätten närstående rättigheter, såsom bland annat Trips-avtalet, WPPT och Romkonventionen, *innebär direktivet en uppsättning regler som är förenliga med dem som ingår i dessa konventioner*.

63. Det synsätt som jag förespråkar i detta förslag till avgörande är faktiskt det enda som överensstämmer med artikel 216.2 FEUF och med fast rättspraxis, enligt vilken unionens sekundärrätt så långt möjligt ska tolkas mot bakgrund av unionens folkrättsliga förpliktelser, i synnerhet när dessa rättsakter just syftar till att genomföra ett internationellt avtal som Europeiska unionen har ingått.[10]

7 Dom av den 15 mars 2012, SCF Consorzio Fonografici (C-135/10, EU:C:2012:140). Se i det sammanhanget Malenovsky, J., La contribution de la Cour de justice à l’harmonisation du droit d’auteur dans l’Union européenne, ERA Forum (2012), 13, s. 411.

8 Dom av den 15 mars 2012, Phonographic Performance (Ireland) (C-162/10, EU:C:2012:141).

9 Dom av den 16 februari 2017, Verwertungsgesellschaft Rundfunk (C-641/15, EU:C:2017:131).

10 Se, bland annat, dom av den 14 juli 1998, Bettati (C-341/95, EU:C:1998:353, punkt 20), och dom av den 7 december 2006, SGAE (C-306/05, EU:C:2006:764, punkt 35).

64. Den fulla omfattningen av skyldigheten att göra en konform tolkning i en situation där Europeiska unionen har *anslutit sig* till det aktuella internationella avtalet framgår av domen Hermes,[11] där domstolen slog fast att inte bara unionsåtgärder som är avsedda att genomföra unionens internationella förpliktelser ska tolkas mot bakgrund av dessa förpliktelser, utan även att de nationella bestämmelser varigenom de aktuella unionsåtgärderna genomförs separat ska överensstämma med kraven i de internationella avtal som Europeiska unionen är part i.

65. Vidare avser både WPPT och direktiv 2006/115 rätten att få skälig ersättning på det aktuella området.

66. Jag vill påpeka att rådets direktiv 92/100 var föregångaren till direktiv 2006/115. Målet och syftet med det tidigare direktivet var att lägga den första byggstenen till en inre marknad för upphovsrätt och närstående rättigheter. Unionslagstiftarens avsikt, vilken bekräftades i det ändrade förslaget till direktiv,[12] var att i stor utsträckning följa bestämmelserna i Romkonventionen för att uppnå ett enhetligt minimiskydd i Europeiska unionen. Unionslagstiftaren vinnlade sig dock om att göra detta i enlighet med de internationella konventioner som medlemsstaterna var parter i. Vid denna tidpunkt var Europeiska gemenskapen inte part i några immaterialrättsliga konventioner.

67. I skäl 10 i direktiv 92/100 (vilket motsvarar skäl 7 i direktiv 2006/115) anges följande: ”Medlemsstaternas lagstiftning bör tillnärmas på ett sätt som inte strider mot de internationella överenskommelser som många medlemsstaters lagstiftning om upphovsrätt och närstående rättigheter bygger på.”

68. Det fanns flera beståndsdelar som var mer långtgående än Romkonventionen. Vad beträffar utövande konstnärer, infördes en ensamrätt för utövande konstnärer (att medge eller förbjuda) upptagning av sina framföranden (artikel 7), och en ensamrätt till trådlös radio- och TV-utsändning och återgivning för allmänheten av sina framföranden, utom när framförandet härrör från en upptagning.

69. Artikel 8 i direktiv 92/100 infördes av Europaparlamentet och godkändes av kommissionen i dess ändrade förslag som ett komplement till införandet av ensamrätten för utövande konstnärer för att tillåta eller förbjuda upptagning på fonogram av deras framförfaranden på andra ställen i direktivet (artikel 7). Avsikten var att göra det möjligt för utövande konstnärer att vid sidan av framställarna få del av eventuell ytterligare användning av fonogram från tredjeparts sida, eller vad som ibland kallas sekundär användning.

70. Efter antagandet av WPPT var direktiv 2001/29/EG[13] verktyget för att genomföra de nya skyldigheterna som följer av WPPT och WCT (se skäl 15 i nämnda direktiv).

71. Som kommissionen korrekt har påpekat är det likväl så att unionslagstiftaren inte vidtog någon ny specifik åtgärd för att införa artikel 15.1 och 15.2 WPPT.

72. Jag anser att detta under alla omständigheter inte var nödvändigt, eftersom artikel 8.2 i direktiv 92/100, som föregick unionens antagande av WPPT, särskilt motsvarar och genomför artikel 15 WPPT.

73. Unionslagstiftaren ansåg således tydligen att den genom artikel 8 i direktiv 92/100 hade uppfyllt sin skyldighet enligt artikel 23.1 WPPT att införa en sådan rätt till skälig ersättning som föreskrivs i artikel 15.1 och 15.2 WPPT.

11 Dom av den 16 juni 1998 (C-53/96, EU:C:1998:292, punkt 28).

12 Förslag av den 30 april 1992 (KOM(92) 159 slutlig, s. 12).

13 Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/29/EG av den 22 maj 2001 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället (EGT L 167, 2001, s. 10).

74. Av det ovan anförda följer att artikel 8.2 i direktiv 92/100 (och artikel 8.2 i direktiv 2006/115) ska tolkas i överensstämmelse med WPPT.

75. Det är viktigt att påpeka att unionen i samband med sin ratificering av WPPT inte gjorde någon reservation och att den förblir bunden av skyldigheten att ge en nationell behandling och att tillämpa direktiv 2006/115 utan några inskränkningar.

76. Det följer av rättspraxis att begreppen i direktiv 2006/115 så långt som möjligt ska tolkas mot bakgrund av begreppen i WPPT,[14] och på ett sätt som är förenligt med dessa avtal, med beaktande av det sammanhang i vilket dessa begrepp förekommer samt med hänsyn till ändamålet med bestämmelserna i dessa avtal. Vid tolkningen av direktivet ska artikel 4 WPPT beaktas. Det innebär att medlemsstaterna ska införliva direktivet på ett sätt som är förenligt med den nationella behandlingen i WPPT.

77. Kommissionen har korrekt gjort gällande att direktiv 2006/115 är tillämpligt på handlingar som äger rum inom unionen och att det, i likhet med de flesta instrument som antagits inom upphovsrättslagstiftningen, definierar sitt materiella tillämpningsområde (*ratione materiae*), och inte den personkrets på vilken direktivet är tillämpligt (*ratione personae*).[15]

78. Jag kommer att närmare återkomma till tillämpningsområdet för artikel 8.2 i direktivet i svaret på den andra, den tredje och den fjärde frågan.

79. Skydd ges de rättighetsinnehavare vars verk eller andra alster, såsom framföranden, fonogram eller radio- och TV-utsändningar, uppfyller kraven för att vara berättigade till materiellt skydd enligt direktiv 2006/115. När dessa verk eller andra alster nyttjas av tredjeman i den mening som avses i artikel 8.2, inträder direktivets skydd.

80. De aktuella bestämmelserna kräver endast att användaren har aktiverat rätten till ersättning genom att spela ljudupptagningen i unionen. I den meningen äger ett framförande rum inom unionen/EES oavsett den utövande konstnärens eller skivframställarens nationalitet eller bosättningsort, eller var den första upptagningen sker.

81. Jag delar kommissionens uppfattning att lydelsen hos direktiv 2006/115 är otvetydig, och en tillämpning av artikel 8.2, utan några begränsningar, på förmånstagare från andra fördragsparter är inte bara förenligt med skyldigheten att ge en nationell behandling utan även med *direktivets mål och syfte*, som är en enhetlig och hög skyddsnivå[16] och en väl fungerande inre marknad.

82. Irland, liksom varje medlemsstat, har därför inte (och har aldrig haft) någon befogenhet att skönsmässigt tillämpa sina egna kriterier för att avgöra vilka utövande konstnärer som uppfyller kraven för att vara ”berörda utövande konstnärer” enligt artikel 8 i direktiv 2006/115, eftersom detta uteslutande regleras i direktivet som en unionsrättslig fråga mot bakgrund av unionens skyldigheter enligt WPPT.

83. Kommissionen har följaktligen fog för att hävda att direktiv 2006/115 är förenligt med unionens skyldighet, som följer av internationella instrument, att ge en nationell behandling vad gäller dess materiella tillämpningsområde och tillämpning på alla handlingar inom unionen. Detta kräver inte en särskild hänvisning till begreppet nationell behandling när det gäller nationell behandling för att direktivet ska vara förenligt med artikel 4 WPPT. Skyldigheten att tolka artikel 8.2 i direktivet även

14 Se, för ett liknande resonemang, domen SCF, punkt 52 och följande punkter. För kritik mot denna rättspraxis, se Simon, D., *Effets des accords internationaux dans l’ordre juridique de l’Union*, Europe, nr 5, maj 2012.

15 För ett annat synsätt, se Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/84/EG av den 27 september 2001 om upphovsmannens rätt till ersättning vid vidareförsäljning av originalkonstverk (följerätt) (EGT L 272, 2001, s. 32–36).

16 Syftet med harmonisering enligt artiklarna 114 FEUF, 56 FEUF och 62 FEUF.

mot bakgrund av artikel 4 WPPT påverkas därför inte av den omständigheten att det inte uttryckligen hänvisas till nationell behandling i direktivet. I målet SENA (C-245/00, EU:C:2002:543) drog generaladvokaten Tizzano slutsatsen att reglerna om nationell behandling i Romkonventionen utgör en integrerad del av unionsrätten; jag noterar att förslaget till avgörande föredrogs före unionens formella ratificering av WPPT.[17] Artikel 8.2 i direktiv 2006/115 motsvarar faktiskt artikel 15 WPPT.

84. Det är av betydelse att unionen, för att fullgöra sina skyldigheter enligt WPPT (se Europeiska gemenskapens förklaring som omnämns i artikel 26 WPPT), måste kunna säkerställa att dess medlemsstater iakttar kravet på nationell behandling. Detta är ett av sätten för att säkerställa att den nationella behandlingen iakttas.

85. I det avseendet instämmer jag i det argument som anfördes i beslutet om hänskjutande (punkt 37) om att en hänvisning kan göras till artikel 23.1 WPPT, där det föreskrivs att fördragsparterna åtar sig att i överensstämmelse med sina rättssystem vidta de nödvändiga åtgärderna för att tillämpa detta fördrag. Europeiska unionen, i egenskap av fördragspart, omfattas följaktligen av denna skyldighet, och ett av de sätt på vilket Europeiska unionen uppfyller denna skyldighet är genom artikel 8.2 i direktiv 2006/115.

86. Av det ovan anförda följer att PPI:s argument om att den nationella behandlingen överlämnas åt medlemsstaterna i avsaknad av en specifik bestämmelse i direktivet inte kan godtas.

87. Den första frågan ska följaktligen besvaras så, att artikel 8.2 i direktivet ska tolkas mot bakgrund av kraven i WPPT, som unionen är part i, och den är förenlig med unionens skyldighet att ge en nationell behandling enligt artikel 4 WPPT, utan att det krävs en särskild bestämmelse med den innebörden.

B. Den andra frågan

1. Sammanfattning av parternas argument.

88. RAAP har hävdat att en medlemsstat inte har utrymme att skönsmässigt föreskriva kriterier som avgör vilka utövande konstnärer som uppfyller kraven för att vara ”berörda utövande konstnärer” enligt artikel 8.2 i direktiv 2006/115, eftersom sådana kriterier står i strid med medlemsstatens skyldigheter enligt Romkonventionen och/eller WPPT.

89. PPI har i huvudsak gjort gällande att eftersom artikel 8.2 i direktivet inte omfattar någon åtgärd för att genomföra kravet på nationell behandling i artikel 4 WPPT, i en situation där det aktuella framförandet inte ägde rum i EES och inte utfördes av en person som är medborgare, har hemvist eller är bosatt i EES, har medlemsstaterna fortfarande helt fria händer att bestämma kriterierna för att identifiera de som omfattas av artikel 8.2, naturligtvis under förutsättning att medlemsstaterna fullgör sina egna skyldigheter enligt internationella fördrag. Det strider följaktligen inte mot en medlemsstats skyldighet enligt artikel 8.2 i direktivet att begränsa rätten att få del av betalningen av en skälig ersättning till de fall då den upptagning som användes för den trådlösa radio- och TV-utsändningen eller återgivningen för allmänheten i medlemsstaten var i) ett framförande som ägde rum i ett EES-land eller ii) utfördes av en utövande konstnär som är medborgare, har hemvist eller är bosatt i ett EES-land.

90. Irland har påpekat att direktiv 2006/115 ger sådana medlemsstater som Irland, vid införlivandet av direktivet, normala lagstiftningsbefogenheter vad gäller form och metoder, när direktivets mål väl har införlivats med nationell rätt.

17 Se även, för ett liknande resonemang, *Sterling on World Copyright Law*, 4:e upplagan, Sweet & Maxwell Thomson Reuters, §28B.07.

91. Under alla omständigheter har Irland i huvudsak hävdat att det inte finns någon skyldighet som kräver att irländska staten ska föreskriva en skälig ersättning varje gång en rätt till ersättning uppstår för en skivframställare enligt regeln om första utgivning och 30-dagarsregeln som föreskrivs i Romkonventionen och som har blivit en del av WPPT på grund av artikel 4 WPPT. Ingetdera av instrumenten har direkt effekt och det finns inte någon bestämmelse i direktivet som sådana begrepp kan hänföras till, och det finns således inte någon grund för dessa.

92. Kommissionen har i huvudsak hävdat att den andra frågan ska besvaras så, att en medlemsstat inte har utrymme att skönsmässigt föreskriva kriterier som avgör vilka utövande konstnärer som uppfyller kraven för att vara ”berörda utövande konstnärer” enligt artikel 8 i direktivet.

2. Bedömning

93. Den hänskjutande domstolen har ställt den andra frågan för att få klarhet i huruvida medlemsstaterna har utrymme att skönsmässigt tillämpa sina egna kriterier på begreppet ”berörda utövande konstnärer” genom att åberopa de internationella avtalen inom området för upphovsrätt och närstående rättigheter som de är parter i, såsom Romkonventionen och WPPT, däribland under omständigheter då framförandet äger rum inom EES.

94. Svaret på denna fråga följer enligt min mening av svaret på den första frågan.

95. Eftersom denna fråga inte innehåller någon uttrycklig hänvisning till någon internationell förpliktelse, anser jag att frågan ska besvaras enbart med hänvisning till direktivet mot bakgrund av unionens egna internationella förpliktelser. Frågan om eventuellt utrymme för skönsmässig bedömning enligt de internationella konventionerna kommer att behandlas inom ramen för den tredje frågan, och som kommer att framgå nedan har inte medlemsstaterna något sådant utrymme för skönsmässig bedömning.

96. Artikel 8.2 i direktivet ger både utövande konstnärer och framställare skydd om följande två villkor är uppfyllda: a) framförandet har upptagits på ett fonogram, som har ”utgivits i kommersiellt syfte”, och b) fonogrammet har nyttjats av en användare genom någon av de utlösande åtgärderna återgivning för allmänheten eller trådlös utsändning.

97. I avsaknad av en definition och en hänvisning till medlemsstaternas rättsordningar, ska begreppet ett fonogram som har ”utgivits i kommersiellt syfte” i artikel 8.2 förstås som ett självständigt unionsrättsligt begrepp. Dess innehåll kan fastställas utifrån bestämmelsens mål och syfte. Eftersom artikel 8.2 syftar till att genomföra artikel 15 WPPT, ska i första hand den relevanta definitionen av ”utgivning” i artikel 2 e WPPT användas: med *utgivning av ett upptaget framförande eller av ett fonogram* avses utbjudande till allmänheten av exemplar av det upptagna framförandet eller fonogrammet med rättsinnehavarens samtycke under förutsättning att exemplar erbjuds allmänheten i tillfredsställande antal.

98. I WPPT fastställdes att framföranden som har upptagits på ett fonogram ska åtnjuta nationell behandling i samtliga fall där fonogrammet är berättigat till skydd. Även om fördragsparterna i Romkonventionen och WPPT har ett visst utrymme för skönsmässig bedömning i fråga om aspekter av deras skyldigheter att ge nationell behandling, rör det sig här om en klar skyldighet utan någon möjlighet till undantag. RAAP har hävdat att kriterierna för att åtnjuta rättigheten inte får strida mot garantin om ersättning för de båda grupperna av rättighetsinnehavare och mot den faktiska och materiella rättigheten för båda rättighetsinnehavare som är avsedd att tillhandahållas genom artikel 8.2 i direktiv 2006/115.

99. Som kommissionen korrekt har påpekat, innehåller definitionen av ”utgivning” i artikel 2 e WPPT inte någon hänvisning till platsen för utgivning, och inte heller till den *första* utgivningen (min kursivering). Den hänvisar snarare endast till handlingen utbjudande till allmänheten med samtycke. Handlingen att erbjuda ett fonogram som innehåller ett upptaget framförande måste vara en handling som äger rum inom unionen. Den måste även ha skett ”i kommersiellt syfte”, vilket i avsaknad av en definition ska anses betyda att ett sådant fonogram har släppts och finns tillgängligt på marknaden för att användas, med samtycke.

100. Det finns emellertid ingenting i lydelsen i artikel 8.2, jämförd med artikel 15 WPPT, som gör det möjligt att dra slutsatsen att det specifika framförande som har upptagits på fonogrammet *först måste ha framförts eller att detta framförande först måste ha upptagits* (min kursivering) inom unionen för att omfattas av rätten till skälig ersättning.

101. I synnerhet kan en medlemsstat inte begränsa rätten att få del av skälig ersättning till omständigheter där framförandet äger rum inom ESS, oavsett huruvida de utövande konstnärerna har sin hemvist eller är bosatta i ett EES-land. Direktiv 2006/115 innehåller nämligen inte någon uttrycklig hänvisning till medlemsstaternas rättsordningar i detta avseende.

102. Såsom förklarats i punkt 97 i förevarande förslag till avgörande ska begreppet ett fonogram som har ”utgivits i kommersiellt syfte” enligt artikel 8.2 därför förstås som ett självständigt unionsrättsligt begrepp. De aktuella bestämmelserna kräver enbart att användaren har aktiverat rätten till ersättning genom att spela ljudupptagningen i unionen. I den meningen äger ett framförande rum inom unionen/EES oavsett den utövande konstnärens eller skivframställarens nationalitet eller bosättningsort, eller var den första upptagningen sker.

103. Tvärtom är artikel 8.2 tillämplig på sekundär användning av ett fonogram som antingen sker direkt eller indirekt och som sker inom unionen/EES. Tolkad mot bakgrund av artikel 2 a, som hänvisar till ”utövande konstnär” på ett allmänt sätt, och artikel 15 WPPT, aktiveras artikel 8.2 av varje användare som genomför en överföring till allmänheten, vilken gör ljuden eller en framställning därav som är upptagna på ett fonogram hörbara för allmänheten, det vill säga genom att spela fonogrammet eller genom trådlös utsändning, det vill säga på traditionella analoga sätt.

104. ”Den berörda utövande konstnären” i den mening som avses i artikel 8.2 är därför den utövande konstnären, det vill säga en person vars framförande blir hörbart, när ett fonogram på vilket framförandet är upptaget spelas inom unionen.

105. Som kommissionen har påpekat skiljer sig artikel 8.2 i det avseendet från artiklarna 4 och 5 i Romkonventionen, vilka tillåter att fördragsparterna tillämpar antingen ett nationalitetskriterium, ett upptagningskriterium eller ett utgivningskriterium för både framställare och utövande konstnärer upptagna på fonogram. Så är emellertid inte fallet med artikel 8.2.

106. Domstolen har hittills även tolkat begreppet ”återgivning för allmänheten” och ”fonogram” (målen SCF, PPL Ireland och Rundfunk[18]), och ”platser till vilka allmänheten har tillträde mot erläggande av inträdesavgift” (målet Rundfunk) med hänvisning till WPPT och även Romkonventionen. Vidare har domstolen slagit fast att artikel 8.2 i direktiv 92/100 innebär en individualiserad bedömning av användarens identitet och frågan om det ifrågavarande fonogrammets användning (målet SCF).

18 Dom av den 15 mars 2012, SCF Consorzio Fonografici (C-135/10, EU:C:2012:140 (SCF)), dom av den 15 mars 2012, Phonographic Performance (Ireland) (C-162/10, EU:C:2012:141) (nedan kallat PPL Ireland) och dom av den 16 februari 2017, Verwertungsgesellschaft Rundfunk (C-641/15, EU:C:2017:131). Se, allmänt, Ben Dahmen, K., Interactions du droit international et du droit de l’Union européenne: Un pluralisme juridique rénové en matière de propriété industrielle, L’Harmattan, 2013.

107. Vidare anser jag (i likhet med kommissionen) att denna tolkning av direktivet är den enda som överensstämmer med en hög skyddsnivå (skäl 5), ett enhetligt skydd och en väl fungerande inre marknad (skäl 17).[19]

108. Som domstolen redan har slagit fast i målet SCF och målet PPL Ireland, föreskrivs i artikel 8.2 i direktiv 2006/115 en rätt av ersättningskaraktär för de utövande konstnärerna och fonogramframställarna som utövas vid användning av ett verk eller andra skyddade alster. Det utgör en rätt av huvudsakligen ekonomisk art, vilken inte får utövas förrän ett fonogram som har utgetts i kommersiellt syfte eller en kopia av detta fonogram används eller har använts av användaren för återgivning för allmänheten.

109. Samtidigt innehåller inte direktiv 2006/115 någon uttrycklig hänvisning till medlemsstaternas rättsordningar för att bestämma betydelsen och räckvidden av de begrepp som avses i artikel 8.2. Med hänsyn till kravet på en enhetlig tillämpning av unionsrätten och likhetsprincipen, ska följaktligen dessa begrepp normalt ges en självständig och enhetlig tolkning inom hela Europeiska unionen.[20]

110. Av det ovan anförda följer att en medlemsstat inte har utrymme att skönsmässigt föreskriva kriterier som avgör vilka utövande konstnärer som uppfyller kraven för att vara ”berörda utövande konstnärer” enligt artikel 8 i direktiv 2006/115. I synnerhet kan inte en medlemsstat begränsa rätten att få del av skälig ersättning till omständigheter där framförandet äger rum i ett EES-land, oavsett om de utövande konstnärerna har sin hemvist eller är bosatta i ett EES-land.

C. Den tredje frågan

1. Sammanfattning av parternas argument

111. RAAP har hävdat att en medlemsstats utrymme för skönsmässig bedömning att lämna ett ömsesidigt svar på en reservation som gjorts av en annan fördragspart enligt artikel 15.3 WPPT är begränsat, eftersom svaret måste återspegla villkoren i den reservation som gjorts. En fördragspart är inte skyldig att bortse från bestämmelserna i Romkonventionen vad beträffar 30-dagarsregeln för att undvika asymmetriska kriterier vad gäller rätt till ersättning mellan skivframställare och utövande konstnärer. Vad som krävs är att bestämmelserna i WPPT för att framföranden ska kvalificera sig för nationell behandling på grundval av ett upptagande i ett skyddat fonogram (vilket inbegriper kriterierna i Romkonventionen) iakttas. Det står en fördragspart i WPPT fritt att ge medborgarna i en annan fördragspart, som har gjort en reservation enligt artikel 15.3, rättigheter som är mer generösa än dem som den reserverande parten föreskriver i sin nationella rätt. En sådan bestämmelse måste emellertid vara förenlig med kraven i WPPT och, i förekommande fall, Romkonventionen, och måste även vara förenlig med relevanta bestämmelser i unionsrätten.

112. PPI anser att en medlemsstat i princip har utrymme för skönsmässig bedömning enligt WPPT att bemöta en reservation enligt artikel 15.3: den är inte skyldig att exakt återspegla följden av en reservation och undvika varje situation där medborgarna i den stat som gjort reservationen hamnar i en mer fördelaktig ställning än dess egna medborgare i förhållande till den stat som gjort reservationen. I själva Romkonventionen beaktades möjligheten att medborgare i icke-fördragsslutande stater skulle kunna få en ensidig fördel genom 30-dagarsregeln i artikel 5.2, men det krävdes inte att de fördragsslutande staterna skulle undvika denna möjlighet. Irland är enligt Romkonventionen skyldig att fullgöra sina skyldigheter gentemot amerikanska framställare enligt 30-dagarsregeln.

19 Se, analogt, dom av den 20 januari 2009, Sony Music Entertainment (C-240/07, EU:C:2009:19, punkterna 20–25, 27 och 35). Detta framgår redan klart av domstolens praxis i dom av den 31 maj 2016, Reha Training (C-117/15, EU:C:2016:379, punkt 28).

20 Se, för ett liknande resonemang, dom av den 16 juli 2009, Infopaq International (C-5/08, EU:C:2009:465, punkterna 27 och 28) och dom av den 3 september 2014, Deckmyn och Vrijheidsfonds (C-201/13, EU:C:2014:2132, punkterna 14 och 15).

113. Den fördelaktiga ställningen för framställare från Förenta staterna (och från andra fördragsparter som gjort reservationer) följer av tillämpningen av regeln om den första utgivningen/30-dagarsregeln enbart i Romkonventionen: Irland kunde ha gjort en reservation enligt artikel 16.1 a iii i Romkonventionen för att utesluta möjligheten till betalningar till framställare som är medborgare i icke-fördragsslutande stater med hänvisning till artikel 5.2, men Irland valde att inte göra det och var inte skyldigt att göra det. Irland kan inte nu vara skyldigt att göra en sådan reservation för att säkerställa likabehandling av framställare och utövande konstnärer som är medborgare i stater som gjort reservationer.

114. En reservation som gjorts av en fördragspart i WPPT, vilket utesluter en tillämpning av artikel 15.1, får, med avseende på denna fördragspart, till följd att den tidigare situationen vad gäller betalning av skälig ersättning till framställare och utövande konstnärer kvarstår: i synnerhet innebär reservationen att det inte kan föreligga någon skyldighet för Irland att svara för betalningar till utövande konstnärer som är medborgare i den reserverande parten.

115. Irland anser att en reservation, oavsett dess omfattning, ger de andra fördragsparterna rätt att inte tillhandahålla någon nationell behandling över huvud taget. Irland anser att RAAP:s ”exakt återspeglade” svar inte stöds av WPPT:s ordalydelse, syfte eller sammanhang. En fördragspart har, när det gjorts en sådan reservation som denna fråga avser, rätt att behandla utövande konstnärer annorlunda än fonogramframställare när ett fonogram för första gången ges ut i en fördragsslutande stat. Enligt grundprinciperna, och oberoende av de skyldigheter som följer av fördraget, står det den svarande parten fritt att föreskriva mer generösa regler än dem som den reserverande parten har föreskrivit, såvida det inte finns något förbud i internationell rätt som är tillämpligt. Denna situation kan uppstå på grund av andra överväganden som inte direkt har samband med alstret eller på grund av inrikespolitiska skäl.

116. Kommissionen har i huvudsak hävdat att medlemsstaterna inte har något utrymme för skönsmässig bedömning på ett område som omfattas av unionens exklusiva befogenhet och de är förhindrade att bemöta de reservationer som andra fördragsparter har gjort eller tillämpa andra kriterier än dem som anges i artikel 8.2 i direktiv 2006/115.

2. Bedömning

117. Den hänskjutande domstolen har ställt den tredje frågan för att få klarhet i huruvida medlemsstater kan bemöta de reservationer som gjorts av andra fördragsparter i WPPT eller tillämpa de särskilda bestämmelserna i Romkonventionen om rätten till skydd.

118. Vad beträffar förhållandet mellan begreppet ”skälig ersättning” i artikel 15 WPPT, artikel 12 d i Romkonventionen (som artikel 15 WPPT bygger på) och artikel 8.2 i direktiv 92/100 (nu direktiv 2006/115), är det endast WPPT som är relevant. Eftersom Romkonventionen inte utgör en del av unionens rättsordning i det avseendet, är de särskilda kraven som gäller däri med avseende på vad som utgör ett skyddat fonogram i artikel 5 inte bindande för unionen. Inte heller bestämmelserna i Romkonventionen om nationell behandling som tillåter att det görs ett val mellan upptagning, utgivning och nationalitet vad gäller rätten till nationell behandling, är bindande för unionen.

119. Som kommissionen har påpekat återspeglas inte någon av dessa bestämmelser i Romkonventionen i lydelsen i artikel 8.2 i direktiv 2006/115, vilken även när den antogs inom ramen för direktiv 92/100 inte tillät några reservationer eller begränsningar vad gäller dess tillämpning.

120. Därför ska endast artikel 4.2 WPPT analyseras här.

121. I artikel 4.2 WPPT, som unionen är part i, föreskrivs ett undantag från kravet på nationell behandling när det görs en sådan reservation som anges i artikel 15.3 WPPT.

122. Kommissionen har gjort gällande att direktiv 2006/115 hör till ”ett område som numera omfattas av unionens exklusiva befogenhet” och den har allmänt hänvisat till ”unionens gemensamma regler för de olika immateriella rättigheter som föreskrivs i unionsrätten”.

123. Enligt kommissionen är det visserligen riktigt att vid den tidpunkt då unionen undertecknade och ratificerade WPPT och dess systerfördrag, Wipo-fördraget om upphovsrätt (WCT), ansågs detta område som en delad befogenhet, och medlemsstaterna ratificerade således dessa fördrag vid sidan av unionen, men så är inte längre fallet. Unionen ska numera anses ha trätt i medlemsstaternas ställe vad beträffar WPPT. Kommissionen har i det avseendet föreslagit att domstolen (i fråga om WPPT) ska tillämpa det resonemang som domstolen förde i målet TV2 Danmark,[21] vilket avsåg Bernkonventionen för skydd av litterära och konstnärliga verk.[22]

124. I punkt 31 i nämnda dom anges följande: ”Därmed måste unionslagstiftaren, genom att anta [direktiv 2001/29] om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället, anses ha utövat den befogenhet som tidigare var förbehållen medlemsstaterna på immaterialrättsområdet. Inom tillämpningsområdet för detta direktiv måste Europeiska unionen anses ha trätt i medlemsstaternas ställe, vilket innebär att medlemsstaterna inte längre har befogenhet att genomföra de aktuella bestämmelserna i Bernkonventionen …”

125. Kommissionen har gjort gällande att eftersom det område som omfattas av direktivet numera hör till den exklusiva befogenheten, kan inte medlemsstaterna bemöta de reservationer som har gjorts av andra fördragsparter enligt artikel 15.3 WPPT, och de kan inte heller själva tillämpa artikel 4.2. Det ankommer därför på Europeiska unionen att, på ett enhetligt sätt för hela unionen, fastställa vilken följden ska vara för amerikanska artister, vilkas musik radio- eller TV-utsänds i Europeiska unionen, av den reservation som denna fördragspart har gjort på grundval av artikel 15.3 i WPPT.

126. Jag delar detta synsätt. Till att börja med anser jag att det är nödvändigt att underkänna PPI:s och Irlands resonemang, som grundar sig på den omständigheten att WPPT saknar direkt effekt och som syftar till att visa att den nationella behandlingen av tredjelandsmedborgare i nämnda fördrag inte har något att göra med direktiv 2006/115.

127. Det räcker att erinra om domstolens praxis, enligt vilken den omständigheten att WPPT, liksom Romkonventionen, saknar direkt effekt inte på något sätt undanröjer skyldigheten att tolka direktiv 2006/115 mot bakgrund av dessa avtal.[23]

128. Det framgår vidare att enbart den omständigheten att unionens sekundärrätt, vilken syftar till att säkerställa skälig ersättning till konstnärer vilkas skapande arbete återges för allmänheten i Europeiska unionen, inte uttryckligen nämner unionens internationella förpliktelse att behandla konstnärer från unionen och konstnärer från tredjeland på samma sätt, inte räcker för att utesluta kravet på att tolka unionens sekundärrätt i enlighet med nämnda förpliktelse.

21 Dom av den 26 april 2012, DR och TV2 Danmark (C-510/10, EU:C:2012:244, punkt 31). För kritik mot denna rättspraxis, se Treppoz, E., Le juge européen et les normes internationales en matière de droit d’auteur, Chronique Droit européen de la propriété intellectuelle, RTD Eur., 2012, s. 964. Se även Bergé, J.-S., Les mots de l’interaction: compétence, applicabilité et invocabilité, JDI, 2012, chron. 5.

22 (Reviderad i Paris den 24 juli 1971), i dess lydelse efter ändringen av den 28 september 1979 (nedan kallad Bernkonventionen). Se i detta avseende, angående ”nationell behandling”, Ricketson, S., och Ginsburg, J. C., *International Copyright and Neighbouring Rights: The Berne Convention and Beyond*, vol. 1, Oxford, 2006, s. 295.

23 Se domen i målet SCF (C-135/10, EU:C:2012:140, punkterna 47–50, 52 och 53 och där angiven rättspraxis). Se dock Moura Vicente, D., *La propriété intellectuelle en droit international privé*, ADI Poche, 2009, s. 120 och kommentar 274, där det förklaras att vissa artiklar i Trips kan ha direkt effekt, vilket redan hade slagits fast i Tyskland.

129. Vidare anser jag att artikel 8.2 i direktiv 2006/115 faktiskt ska ses som unionens införlivande av artikel 15 WPPT, särskilt med hänsyn till punkt 2 i nämnda artikel. [24]

130. Det ska dock erinras om att skyldigheten att göra en tolkning av unionens sekundärrätt som är förenlig med ett blandat avtal inte omfattar de skyldigheter som föreskrivs i nämnda avtal och som hör till de områden där Europeiska unionen ännu inte har utövat sin behörighet och lagstiftat i tillräcklig utsträckning. [25]

131. Det ska således först fastställas huruvida det finns unionsbestämmelser på ”det berörda området”. [26]

132. Som generaladvokaten Sharpston påpekade i förslaget till avgörande i målet Lesoochranárske zoskupenie (C-240/09, EU:C:2010:436, punkt 66), står det inte nödvändigtvis klart vad som utgör utövande av unionsbefogenheter ”i tillräcklig utsträckning” för att unionen ska anses ha lagstiftat inom ett visst ”område”.

133. Hur ska ett visst ”område” definieras? Skulle det kunna vara ett alltför vidsträckt begrepp som ”lagstiftning rörande immaterialrätt”? Det är riktigt att domstolen i domen Etang de Berre [27] ansåg att förekomsten av ”lagstiftning som påverkar miljön” var tillräcklig för att fastställa att domstolen var behörig. Under alla omständigheter följer det av den rättspraxis som har diskuterats i detta förslag till avgörande att det ”relevanta området” ska avgöras från fall till fall.

134. I förevarande fall har kommissionen i sitt skriftliga yttrande gjort gällande att det aktuella området ska beskrivas, något alltför vidsträckt, som det immaterialrättsliga området. Kommissionen prövade detta argument redan i målet Dior [28] och målet Merck Genericos [29].

135. Precis som detta alltför omfattande argument underkändes av domstolen i dessa två domar – och trots ordalydelsen i punkt 31 i domen av den 26 april 2012, DR och TV2 Danmark (C-510/10, EU:C:2012:244), och den omständigheten att jag anser att den ska tillämpas analogt i förevarande mål – anser jag att domstolen ska slå fast att det aktuella området inte kan beskrivas, mycket allmänt, som det immaterialrättsliga området.

136. Om detta rättsområde i sin helhet kvalificerades som det aktuella området, skulle det nämligen vara alltför enkelt att påstå att Europeiska unionen har lagstiftat i stor omfattning på det immaterialrättsliga området, och dra slutsatsen att alla aspekter av detta rättsområde, som ingår i ett blandat avtal, omfattas av unionens befogenhet snarare än av medlemsstaternas befogenhet, trots det faktum att ett betydande antal immaterialrättsliga frågor hittills endast har harmoniserats ytligt.

24 I artikel 15.2 WPPT föreskrivs följande: ”Fördragsparterna får i sin nationella lagstiftning föreskriva att den skäliga ersättningen skall inkrävas från utnyttjaren av den utövande konstnären eller av fonogramframställaren eller av båda. Fördragsparterna får införa nationell lagstiftning som, i avsaknad av en överenskommelse mellan den utövande konstnären och fonogramframställaren, anger villkoren för hur de utövande konstnärerna och fonogramframställarna skall fördela den skäliga ersättningen.”

25 Dom av den 11 september 2007, Merck Genéricos – Produtos Farmacêuticos (C-431/05, EU:C:2007:496, punkterna 34, 35 och 46).

26 Jämför dom av den 11 september 2007, Merck Genéricos – Produtos Farmacêuticos (C-431/05, EU:C:2007:496, punkt 35), och dom av den 8 mars 2011, Lesoochranárske zoskupenie (C-240/09, EU:C:2011:125, punkterna 31 och 32).

27 Dom av den 7 oktober 2004, kommissionen/Frankrike (C-239/03, EU:C:2004:598, punkt 28). För kritik mot denna rättspraxis, se exempelvis Tanghe, Y., *The EU's external competence in IP matters: the contribution of the Daiichi Sankyo case to cloudy constitutional concepts, blurred borders, and corresponding court jurisdiction*, Columbia Journal of European Law, vol. 22.1, 2015, s. 139 och följande sidor.

28 Dom av den 14 december 2000, Dior m.fl. (C-300/98 och C-392/98, EU:C:2000:688).

29 Dom av den 11 september 2007, Merck Genéricos – Produtos Farmacêuticos (C-431/05, EU:C:2007:496). Se, exempelvis, Holdgaard, R., *Case C-431/05, Merck Genericos*, CMLR 45, 2008, s. 1233.

137. Även om det krävs att det aktuella området är avgränsat på ett tillräckligt exakt sätt, finns det även anledning att ställa sig frågan, särskilt mot bakgrund av den tredje tolkningsfrågan – med hänsyn till att den avser valmöjligheterna för en fördragspart, när en annan fördragspart gör en reservation som avser området för yttre förbindelser – huruvida det är lämpligt att stödja sig även på rättspraxis avseende artikel 3.2 FEUF.

138. Sistnämnda bestämmelse avser internationella åtaganden som unionen har gjort och kräver, för att det ska kunna fastställas att unionen har exklusiv befogenhet, att det relevanta området är ”ett område som redan i stor utsträckning regleras av unionens regler” [30] (se vidare punkt 147 i detta förslag till avgörande).

139. Vilket är då detta område, eftersom det inte mycket allmänt kan vara hela det immaterialrättsliga området?

140. Som kommissionen med rätta gjorde gällande vid förhandlingen, har unionen exklusiv befogenhet på området för rättigheter till ljudupptagningar: det vill säga de utövande konstnärernas rättigheter, skivframställarnas rättigheter där föremålet för skyddet är fonogrammet (eller skivan) som spelas på olika inrättningar, barer, restauranger, etcetera, som med andra ord nyttjas av användare i unionen för kommunikation till allmänheten eller sändning (härvid innefattas rättigheterna för upphovsmannen till det bakomliggande verk som spelades – ibland sammanfaller dessa eftersom det finns sångare som är både sångare och kompositörer).

141. Vad gäller behandlingen av tredjelandsmedborgare som sådan i det regelverk som här är relevant, räcker det – i motsats till vad PPI och Irland har hävdat – att konstatera att direktiv 2006/115 inte innehåller några uppgifter i det avseendet. Det är således tillämpligt på alla medborgare.

142. Som kommissionen har påpekat tillämpas regelverket på alla medborgare när det däri inte anges något uttryckligen i det avseendet, till skillnad från andra rättsområden, såsom bolagsrätt eller bokföringslagstiftning, där vi har bosättningsbegreppen och där det finns särskilda unionsbestämmelser som är tillämpliga. Så är i princip inte fallet på upphovsrättsområdet. Den lagstiftningen är neutral i förhållande till frågan vem den är tillämplig på. Det är på så sätt som unionen iakttar sina skyldigheter inom ramen för internationella avtal som föreskriver nationell behandling.

143. Om man ville kringgå rättigheterna för tredjelandsmedborgare, skulle detta behöva anges uttryckligen i unionsrätten, genom en lagstiftningsteknik. Den omständigheten att det inte anges uttryckligen i direktiv 2006/115 följer även av ordalydelsen, enligt vilken ingen är utesluten. För att jämföra det direktivet med en lagstiftning där det har gjorts, hänvisar jag till direktiv 2001/84 (om upphovsmannens rätt till ersättning vid vidareförsäljning av originalkonstverk (följerätt)). I det direktivet innefattas detta uttryckligen i syfte att säkerställa att endast övriga fördragsslutande parter i Bernunionen som hade motsvarande materiell bestämmelse i sin rättsordning för konstnärer som säljer vidare sina konstverk, kan erhålla ersättning med avseende på konstnärers rättigheter vid vidareförsäljning.

144. I det fallet föreskrev unionslagstiftaren uttryckligen, under rubriken ”Ersättningsberättigade följerättsinnehavare som är medborgare i tredje land”, att ”[m]edlemsstaterna skall föreskriva att upphovsmän som är medborgare i tredje land och, om inte annat följer av artikel 8.2, deras efterträdande rättsinnehavare skall omfattas av följerätten enligt detta direktiv och enligt den berörda medlemsstatens lagstiftning endast om lagstiftningen i det land i vilket upphovsmannen eller dennes efterträdande rättsinnehavare är medborgare tillåter skydd av följerätten i det landet för upphovsmän från medlemsstaterna och deras efterträdande rättsinnehavare.”

30 Dom av den 4 september 2014, kommissionen/rådet (C-114/12, EU:C:2014:2151, punkt 65 och följande punkter), och domstolens yttrande 3/15 (angående Marrakechfördraget) (EU:C:2017:114, punkt 107).

145. Vidare finns till exempel Europaparlamentets och rådets direktiv 96/9/EG av den 11 mars 1996 om rättsligt skydd för databaser,[31] där lagstiftaren införde sui generis-rättigheter som inte hade någon exakt motsvarighet i andra internationella avtal. Det infördes en bestämmelse som innebar att rätten att förhindra olovligt utdrag och/eller återanvändning inte tillämpas på databaser vars producent är medborgare eller stadigvarande bosatt i tredje land eller på databaser som producerats av en juridisk person som inte i fördragets mening är etablerad i en medlemsstat, *förutom när detta tredje land erbjuder ett jämförligt skydd för databaser som producerats av medborgare i medlemsstaterna eller stadigvarande bosatta inom gemenskapens territorium*.

146. I Europaparlamentets och rådets direktiv 2012/28/EU av den 25 oktober 2012 om viss tillåten användning av föräldralösa verk,[32] övertog unionslagstiftaren skyldigheter som härrörde från internationella avtal och fattade ett uttryckligt beslut om att inte tillämpa bestämmelserna på tredjelandsmedborgare, såvida det inte sker med rimligt varsel, och hela sammanhanget ska beaktas för att se till att man får kännedom om användningen av de aktuella verken. I motsats till vad som är fallet i förevarande mål, var sådana tredjelandsmedborgare därför undantagna från det ovannämnda direktivets verkningar.

147. Därefter uppkommer frågan huruvida det i förevarande mål går att stödja sig även på den rättspraxis som avser artikel 3.2 FEUF, i synnerhet domen i målet kommissionen/rådet (C-114/12, EU:C:2014:2151), och domstolens yttrande 3/15 (angående Marrakechfördraget om tillgång till publicerade verk) (EU:C:2017:114).

148. Jag anser att unionen – trots det faktum att dessa båda situationer avsåg ett internationellt avtal som höll på att förhandlas fram och ett avtal som hade förhandlats fram – har rätt att göra anspråk på exklusiv befogenhet på grundval av de verkningar som uppkommer inte endast av domstolens praxis på området för tolkning av reglerna om upphovsrätt och närstående rättigheter, utan även i fråga om en fördjupad harmonisering genom en uppsättning rättigheter[33]. Direktiv 2014/26/EU innehåller tre definitioner av bestämmelser som är relevanta för utgången i förevarande mål: en neutral definition av rättighetshavarna, en neutral definition av intäkterna från dessa rättigheter och en neutral definition av förvaltning. Allt utnyttjande av en persons upphovsrätt eller närstående rättigheter i unionen medför intäkter för den personen och alla rättighetshavare kan göra anspråk på dessa intäkter.

149. Det kan dessutom påpekas, såsom generaladvokaten Ruiz-Jarabo Colomer redan har gjort gällande i målet Merck, att de avtal som unionen och medlemsstaterna ingår med delad behörighet visar deras gemensamma avsikt, som är bindande för dem gentemot tredjeländer som är parter i avtalet. Lojalitetsprincipen i artikel 4.3 FEU tvingar medlemsstaterna att samarbeta såväl under förhandlings- och ingåendeskedet som vid genomförandet av dessa avtal (domstolens yttrande 1/94 (Avtal som bifogats WTO-avtalet) (EU:C:1994:384, punkt 108)), vilket ska beaktas i förening med skyldigheten att säkerställa unionsrättens ändamålsenliga verkan, inte bara på lagstiftningsnivå, utan även med avseende på den verkställande och den dömande verksamheten.[34]

31 EGT L 9, 1996, den 6 juni 2019, konsoliderad version, s. 1.

32 Text av betydelse för EES. EUT L 299, 2012, s. 5, och rättelse i EUT L 271, 2018, s. 32.

33 Till exempel Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/26/EU av den 26 februari 2014 om kollektiv förvaltning av upphovsrätt och närstående rättigheter och gränsöverskridande licensiering av rättigheter till musikaliska verk för användning på nätet på den inre marknaden (EUT L 84, 2014, s. 72).

34 I förslaget till avgörande i målet Merck hänvisas det till Kahl, W. ”Artikel 10”, i Callies, Ch. och Ruffert, M., *Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag*, Ed. Luchterhand, andra reviderade och utvidgade upplagan, Neuwied/Kriftel, 2002, s. 451 och följande sidor. Dessa argument stöds även av Etienne, J., *Arrêt ”Merck Genéricos”: la compétence d'interprétation d'un accord international conclu par la Communauté et les Etats membres*, Journal de droit européen, 2008, s. 46.

150. Jag vill påpeka att det även kan hävdas att det finns en annan exklusiv befogenhet för unionen som skulle kunna vara relevant i detta fall: den som avser den gemensamma handelspolitiken (artikel 3.1 e FEUF). I dom av den 18 juli 2013, Daiichi Sankyo and Sanofi-Aventis Deutschland (C-414/11, EU:C:2013:520, punkterna 52 och 53), slog domstolen fast att bestämmelserna i Trips-avtalet omfattas av denna befogenhet. Vissa av dessa bestämmelser avser just de utövande konstnärernas och framställarnas rättigheter.[35] Även om Trips-avtalet och WPPT tekniskt sett inte överlappar varandra, är det följaktligen obestridligt att det finns ett visst samband mellan dessa.

151. Det är riktigt att den specifika rättighet som är aktuell i förevarande mål inte finns med bland de rättigheter som identifieras i Trips-avtalet (det kan hänvisas till bestämmelserna om nationell behandling och mest gynnad nation i Trips-avtalet). Under alla omständigheter är det uppenbart att det inte hindrar unionen från att föreskriva en sådan rättighet. Det innebär endast att det inte innefattas i Trips-avtalet.

152. Det följer nämligen av det ovan anförda att om unionslagstiftaren vill ändra direktiv 2006/115 och utesluta tredjelandsmedborgare, så ankommer det på unionen, och inte de 27 medlemsstaterna, att göra det på en mängd olika sätt. Att låta medlemsstaterna göra detta skulle ändra syftet med de allmänna bestämmelser som unionen har antagit.

153. Följande fråga uppkommer, som ett slags *obiter dictum*: Om unionen, med avseende på WPPT i sin helhet, ska anses ha trätt i medlemsstaternas ställe, vilka rättsverkningar skulle de reservationer som medlemsstaterna har gjort enligt nämnda fördrag ha (se förklaringarna av Konungariket Danmark, Republiken Finland, Republiken Frankrike, Förbundsrepubliken Tyskland och Konungariket Sverige i meddelande nr 78 till nämnda fördrag och förklaringen av Republiken Finland i meddelande nr 88 som bifogats nämnda fördrag)?

154. Enligt min mening följer det av övervägandena i detta förslag till avgörande att dessa reservationer inte skulle kunna behållas och att de skulle bli ogiltiga. Dessa reservationer tycks nämligen utgöra hinder för att tillämpa unionsrätten och bör i princip vara verkningslösa i unionsrätten.

155. Den tredje frågan ska följaktligen besvaras så, att medlemsstaterna inte har något utrymme för skönsmässig bedömning på ett område som omfattas av unionens exklusiva befogenhet och de är förhindrade att bemöta de reservationer som andra fördragsparter har gjort eller tillämpa andra kriterier än dem som anges i artikel 8.2 i direktivet.

D. Den fjärde frågan

1. Sammanfattning av parternas argument

156. RAAP och kommissionen anser i huvudsak att det inte under alla omständigheter är tillåtet att begränsa rätten till skälig ersättning som föreskrivs i artikel 8.2 i direktiv 2006/115 till att endast avse framställarna av en ljudupptagning, det vill säga att neka de utövande konstnärer vars framföranden har upptagits i samma ljudupptagning rätt till skälig ersättning i situationer då framställarna har tillerkänts rätten.

157. PPI har gjort gällande att den hänskjutande domstolen har ställt den fjärde frågan för att få klarhet i huruvida det enligt WPPT är tillåtet att behandla framställare och utövande konstnärer olika, särskilt genom att tillerkänna framställarna rätt till skälig ersättning och samtidigt neka de utövande konstnärerna denna rätt. Den har hävdat att denna fråga kan besvaras jakande.

35 Se artikel 14 i Trips-avtalet.

158. Irland har hävdat att det vid införlivandet av direktiv 2006/115 och, om så är nödvändigt, med beaktande av den reservation som Förenta staterna har gjort, har rätt att ge utövande konstnärer, som antingen uppträder eller är bosatta/har hemvist i ett EES-land, nationell behandling, jämte möjligheten att utvidga kategorierna av utövande konstnärer genom regeringsbeslut. Detta utrymme för skönsmässig bedömning finns på grund av direktivets ordalydelse, dess tillkomsthistoria och dess skäl, vilka är riktade till ekonomiska aktörer i Europeiska unionen. Irland har – särskilt med hänsyn till den motsvarande avsaknaden av rättigheter i Förenta staternas nationella rätt, men även på grund av att WPPT inte är indirekt verksamt – rätt att frikoppla den rätt till ersättning som framställarna åtnjuter från de rättigheter som de utövande konstnärerna åtnjuter, när framförandena i övrigt har upptagits på ett fonogram på grund av bestämmelser i nationell rätt om första utgivning i en annan fördragsslutande stat.

2. Bedömning

159. Den hänskjutande domstolen har ställt den fjärde frågan för att få klarhet i huruvida det är tillåtet att begränsa rätten till skälig ersättning på ett sådant sätt att de utövande konstnärer vars framföranden har upptagits i denna ljudupptagning inte får någon ersättning och att ersättningen endast tillkommer skivframställaren.

160. Som RAAP har påpekat är artikel 8.2 mycket tydlig när den ålägger medlemsstaterna att ge både de utövande konstnärerna och framställarna rätt till ersättning. Detta var ett avsiktligt avsteg från den internationella hållningen enligt Romkonventionen vid tidpunkten för antagandet av direktiv 2006/115.[36] Genom Europeiska unionens anslutning till WPPT, har den internationella hållningen och hållningen enligt direktivet anpassats till varandra.

161. Det ovannämnda bekräftas av sammanhanget i direktiv 2006/115 och dess syfte. Som framgår särskilt av skälen 5, 7 och 10, är direktivets mål bland annat att skydda utövande konstnärer, harmonisera vissa av deras rättigheter inom hela Europeiska unionen och säkerställa att medlemsstaterna genomför de aktuella rättigheterna i enlighet med deras skyldigheter enligt internationell rätt.

162. Det räcker att påpeka att ordalydelsen i artikel 8.2 i direktiv 2006/115 kräver att medlemsstaterna ska säkerställa att ersättningen fördelas. Med hänsyn till att man inte kan avstå från denna rätt, skulle en fördelning som är liktydig med att man inte får någon faktisk ersättning i praktiken utgöra en expropriation av denna rätt även när skivframställarna och de utövande konstnärerna har kommit överens om detta (se i detta avseende skälen 12 och 13 i direktivet).

163. Som den hänskjutande domstolen har medgett följer det av domen SENA[37] att artikel 8.2 i direktiv 92/100 (nu artikel 8.2 i direktiv 2006/115) ska tolkas på ett enhetligt sätt i alla medlemsstater och tillämpas av varje medlemsstat. Domstolen har slagit fast att skäligheten av denna ersättning, som utgör en motprestation till användandet av ett kommersiellt fonogram, särskilt vid radio- och televisionsutsändning, måste bedömas bland annat med hänsyn tagen till det ekonomiska värdet av detta användande.

36 Se, exempelvis, Walter, M., von Lewinski, S., *European Copyright Law: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, (2010) punkt 6.8.13.

37 Dom av den 6 februari 2003 (C-245/00, EU:C:2003:68). Den domen behandlar i vilken utsträckning internationella avtal kan åberopas som vägledning vid tolkningen av direktivet.

164. Till och med kommissionen har medgett att medlemsstaterna har utrymme för skönsmässig bedömning att med avseende på sina territorier fastställa de mest relevanta kriterierna för att, inom de gränser som följer av unionsrätten och i synnerhet direktiv 2006/115, säkerställa en korrekt tillämpning av detta unionsbegrepp, nämligen huruvida denna ersättning, som utgör en motprestation till användandet av ett kommersiellt fonogram, är skälig bland annat med hänsyn tagen till det ekonomiska värdet av detta användande.

165. Jag anser dock att hänvisningen till de ”relevanta kriterierna för att säkerställa en korrekt tillämpning” inte omfattar fastställandet av den personkrets (*ratione personae*) som drar fördel av artikel 8.2. Medlemsstaternas utrymme för skönsmässig bedömning är snarare i princip begränsat till en bedömning av vad som utgör skälig ersättning.

166. I annat fall skulle målet med direktiv 2006/115, vilket är att inrätta ett harmoniserat rättsligt skydd på det immaterialrättsliga området, undergrävas om medlemsstaterna på grundval av artikel 8.2 skulle avgöra vilka som var berättigade till ersättning. Ett sådant synsätt skulle strida mot skäl 17. [38]

167. Det kan slutligen påpekas att det i upphovsrättslagstiftningarna i en majoritet av medlemsstaterna (minst 18 medlemsstater [39]) *uttryckligen* föreskrivs att i avsaknad av en överenskommelse ska den enda skäliga ersättningen – efter avdrag för berättigade förvaltningskostnader – fördelas lika (50/50) mellan utövande konstnärer och framställare.

168. Härav följer att den fjärde frågan ska besvaras så, att det är oförenligt med artikel 8.2 att begränsa rätten till skälig ersättning på ett sådant sätt att de utövande konstnärer vars framföranden har upptagits i denna ljudupptagning inte får någon ersättning och att ersättningen endast tillkommer skivframställaren.

IV. Förslag till avgörande

169. Av dessa skäl föreslår jag att domstolen besvarar de tolkningsfrågor som har ställts av High Court (Överdomstolen i tvistemål, Irland) på följande sätt:

1) Artikel 8.2 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/115/EG av den 12 december 2006 om uthyrnings- och utlåningsrättigheter avseende upphovsrättsligt skyddade verk och om upphovsrätten närstående rättigheter ska tolkas mot bakgrund av kraven i Wipo-fördraget om framföranden och fonogram från år 1996 (WPPT), som unionen är part i, och den är som sådan förenlig med unionens skyldighet att ge en nationell behandling enligt artikel 4 WPPT, utan att det krävs en särskild bestämmelse med den innebörden.

2) En medlemsstat har inte utrymme att skönsmässigt föreskriva kriterier som avgör vilka utövande konstnärer som uppfyller kraven för att vara ”berörda utövande konstnärer” enligt artikel 8 i direktiv 2006/115. I synnerhet kan inte en medlemsstat begränsa rätten att få del av skälig ersättning till omständigheter där framförandet äger rum i Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (EES), oavsett om de utövande konstnärerna har sin hemvist eller är bosatta i ett EES-land.

38 ”De harmoniserade uthyrnings- och utlåningsrättigheterna samt det harmoniserade skyddet för närstående rättigheter bör inte utövas på ett sätt som innebär en dold inskränkning i handeln mellan medlemsstaterna …”

39 Belgien, Bulgarien, Danmark, Tyskland, Estland, Grekland, Spanien, Frankrike, Italien, Litauen, Ungern, Malta, Nederländerna, Österrike, Portugal, Rumänien, Slovenien och Sverige.

3) Medlemsstaterna har inte något utrymme för skönsmässig bedömning på ett område som omfattas av unionens exklusiva befogenhet och de är förhindrade att bemöta de reservationer som andra fördragsparter har gjort eller tillämpa andra kriterier än dem som anges i artikel 8.2 i direktiv 2006/115.

4) Det är oförenligt med artikel 8.2 i direktiv 2006/115 att begränsa rätten till skälig ersättning på ett sådant sätt att de utövande konstnärer vars framföranden har upptagits i denna ljudupptagning inte får någon ersättning och att ersättningen endast tillkommer skivframställaren.