Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
VERICA TRSTENJAK
föredraget den 17 januari 2012 [1]

Mål C-510/10

DR
TV2 Danmark A/S
mot
NCB

(begäran om förhandsavgörande från Østre Landsret (Danmark))

”Upphovsrätt och närstående rättigheter — Direktiv 2001/29/EG — Artikel 5.2 d — Villkor för undantag från mångfaldiganderätten — Efemära upptagningar av verk som utförs av radio- och televisionsföretag med hjälp av egen utrustning och för spridning i de egna sändningarna — Radio- och televisionsföretag som beställt upptagningen hos externa och självständiga tv-produktionsföretag för användning vid företagets egna utsändningar”

I – Inledning

1. Begäran om förhandsavgörande från den danska Østre Landsret avser tolkningen av artikel 5.2 d i Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/29/EG av den 22 maj 2001 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället [2] (nedan kallat direktiv 2001/29).

2. Medlemsstaterna får enligt denna bestämmelse föreskriva inskränkningar från den rätt till mångfaldigande av immaterialrättsligt skyddade verk som avses i artikel 2 i direktivet med avseende på så kallade efemära upptagningar av verk [3] som utförs av radio- och televisionsföretag med hjälp av egen utrustning och för användning i de egna sändningarna.

3. Inte heller efter införlivandet av direktiv 2001/29 preciseras i den danska upphovsrättslagen de villkor med hjälp av vilka det ska fastställas om radio- och televisionsföretagets upptagningar har utförts ”med hjälp av egen utrustning och för användning i de egna sändningarna”. [4] Detta problem är av central betydelse i målet vid den nationella domstolen, i vilket den nationella domstolen ska ta ställning till tillämpningen av artikel 5.2 d i direktiv 2001/29 på tv-program som radio- och televisionsföretaget beställt hos externa produktionsföretag.

1 — Originalspråk: tyska, rättegångsspråk: danska.

2 — EGT L 167, s. 10.

3 — Detta begrepp hänför sig till begreppet efemära upptagningar i Bernkonventionen för skydd av litterära och konstnärliga verk, i vilken det infördes år 1948. Det beskriver ett fenomen som är typiskt för radio- och televisionsutsändningar. För att förbereda en senare utsändning är det nödvändigt att de bidrag som utarbetas av de upphovsmän och konstnärer som anlitats av radio- och televisionsföretag fastställs på förhand vad gäller den mekaniska anordningen. De upptagningar som framställts på så sätt betecknas som efemära upptagningar, varvid det enligt Bernkonventionen är oklart under vilken period de får sparas. De är accessoriska eftersom syftet med deras framställning endast är att utöva den utsändningsrätt som föreligger med avseende på upptagningarna av verken och de får inte utnyttjas annorlunda (Ruijsenaars, H., ”Zur Vergänglichkeit von ’ephemeren Aufnahmen’”, *ZUM* 1999, s. 707, s. 708).

4 — Se s. 6 i beslutet om hänskjutande.

4. Den nationella domstolen har ställt sin fråga för att få klarhet i huruvida, och i förekommande fall på vilka villkor, ett produktionsföretags upptagning av ett tv-program enligt artikel 5.2 d i direktiv 2001/29 jämförd med skäl 41 ska anses ha utförts av radio- och televisionsföretag ”med hjälp av egen utrustning och för användning i de egna sändningarna”, när ett radio- och televisionsföretag för användning i de egna sändningarna beställt produktionen av detta program hos detta bolag.

II – Tillämpliga bestämmelser

A – *Unionsrätten*

5. I artikel 2 i direktiv 2001/29 (”rätten till mångfaldigande”) föreskrivs följande:

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

a) för upphovsmän: av deras verk,

…”

6. I artikel 3 i direktiv 2001/29 (”Rätten till överföring av verk till allmänheten och rätten att göra andra alster tillgängliga för allmänheten”), föreskrivs följande:

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

…”

7. Artikel 5.2 i direktiv 2001/29 har följande lydelse:

”Medlemsstaterna får föreskriva undantag eller inskränkningar från den rätt till mångfaldigande som avses i artikel 2 i följande fall:

…

d) För efemära upptagningar av verk som utförs av radio- och televisionsföretag med hjälp av egen utrustning och för användning i de egna sändningarna; ...”

8. Avseende begreppet egen utrustning anges följande i skäl 41 i direktiv 2001/29:

”När undantaget eller inskränkningen för efemära upptagningar som utförs av radio- och televisionsföretag tillämpas är det underförstått att företagets egen utrustning också omfattar sådan utrustning som tillhör en person som agerar på radio- och televisionsföretagets vägnar och [5] under dess ansvar.”

5 — De olika språkversionerna är således inte enhetliga på denna punkt, vilket den nationella domstolen påpekat i den andra tolkningsfrågan. De språkversioner som liksom den tyska versionen innehåller konjunktionen ”eller”, som antyder att det rör sig om alternativ, är härvid färre än de versioner som innehåller konjunktionen ”och”, som är kumulativt formulerade.

9. I rådets gemensamma ståndpunkt (EG) nr 48/2000 [6] anges i detta avseende följande i punkt 27 i rådets motivering:

”Bestämmelsen i artikel 5.2 d hade lagts till listan över undantag i kommissionens ändrade förslag på förslag av Europaparlamentet (ändringsförslag 39). Rådet har ... lagt till en andra klausul till denna punkt för att anpassa lydelsen till artikel 11a i Bernkonventionen. Rådet utredde också begreppet ’med hjälp av egen utrustning’ i det nya skälet 41 för att ge medlemsstaterna tillräcklig flexibilitet att anpassa sin lagstiftning till förändringar [på] marknaden.”

B – *Internationell rätt*

10. I artikel 11a i Bernkonventionen för skydd av litterära och konstnärliga verk (Paris av den 24 juli 1971), i dess lydelse efter ändringen av den 28 september 1979 (nedan kallad Bernkonventionen), stadgas följande:

”1. Upphovsmän till litterära och konstnärliga verk äger uteslutande rätt:

i) att låta utsända sina verk i radio eller att offentligt framföra verken genom varje annan anordning för trådlös utsändning av tecken, ljud eller bilder,

ii) att låta med eller utan tråd offentligt återge radioutsändning av verket, när återgivandet anordnas av annat företag än det ursprungliga,

iii) att låta genom högtalare eller annan liknande anordning för överföring av tecken, ljud eller bilder offentligt återge radioutsändning av verket.

…

3. Där annat icke avtalats, innefattar tillstånd som givits enligt bestämmelserna under 1. icke tillstånd att överföra radioutsändning av verket på anordning för upptagning av ljud eller bilder. Det är dock förbehållet unionsländernas lagstiftning att ge regler om efemära upptagningar, som göres av radioföretag med dess egna hjälpmedel och för dess egna utsändningar. Genom sådan lagstiftning får även medges att upptagningar, som äger ovanlig dokumentarisk karaktär, bevaras i officiella arkiv.”

C – *Nationell rätt*

11. I 31 § i den danska upphovsrättslagen [7] föreskrivs följande:

”1. Radio- och televisionsföretag som har rätt att sända ut ett verk får, för användning vid egna utsändningar, ta upp verket på band, film eller andra anordningar genom vilka de kan återges. Rätten att göra det upptagna verket tillgängligt för allmänheten följer av bestämmelserna i övrigt på detta område.

2. Kulturministern kan meddela närmare föreskrifter om villkoren för att företa sådana upptagningar och om användningen och förvaringen av upptagningarna.”

6 — Gemensam ståndpunkt (EG) nr 48/2000 av den 28 september 2000, antagen av rådet i enlighet med det i artikel 251 i Fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen angivna förfarandet, inför antagandet av Europaparlamentets och rådets direktiv om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället (EGT C 344, s. 1).

7 — Lovbekendtgørelse nr 202 av den 27 februari 2010.

12. Av beslutet om hänskjutande [8] framgår att den nationella lagstiftaren, i samband med införlivandet av direktiv 2001/29 i Danmark, utgick från att 31 § i den gällande lagen innehöll ett undantag motsvarande det i artikel 5.2 d i direktivet. Införlivandet av artikel 5.2 d i nämnda direktiv medförde därför inte någon ändring av 31 § i den danska upphovsrättslagen (ophavsretsloven), och den nationella domstolen tog följaktligen inte ställning till frågan om betydelsen av skäl 41 i direktiv 2001/29.

III – Målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna

13. I detta mål råder det tvist om tolkningen av undantaget avseende upptagning att användas vid utsändning i 31 § i den danska upphovsrättslagen, när upptagningen avser tv-program som ett televisionsföretag har beställt av tredje man för att användas vid företagets egna utsändningar.

14. Det är oklart om, och i så fall i vilken utsträckning, direktiv 2001/29 genom en direktivkonform tolkning kan påverka tillämpningen av 31 § i ovannämnda lag och hur de direktivbestämmelser som avser radio- och televisionsföretag ska tolkas i detalj.

15. I förevarande mål har en tvist uppkommit mellan Nordisk Copyright Bureau å ena sidan och två radio- och televisionsföretag, DR och TV2 Danmark, å andra sidan.

16. Nordisk Copyright Bureau (nedan kallat NCB), är ett nordiskt-baltiskt företag som, i samarbete med motsvarande upphovsrättsföretag i andra delar av världen, administrerar kompositörers, textförfattares och musikförlags rättigheter till inspelning och kopiering av musik på cd, dvd, film, video, internet och andra medier, de så kallade mekaniska rättigheterna.

17. DR är ett landstäckande radio- och televisionsföretag i Danmark som är licensfinansierat. TV2 Danmark (nedan kallat TV2) är ett landstäckande televisionsföretag i Danmark som är reklamfinansierat.

18. De radio- och tv-program som sänds på DR och TV2 omfattar även program som produceras av tredje man enligt avtal med DR eller TV2 och som ska sändas för första gången på DR eller TV2. DR producerar i regel sina egna utsändningar, men i syfte att främja privat produktion är DR enligt ett så kallat public service-kontrakt med kulturministern skyldigt att i ökande omfattning beställa tv-program hos tredje man. TV2 grundas däremot på en så kallad ”uppdragsmodell”, enligt vilken alla tv-program – utom nyhets- och aktualitetsprogram samt spelfilm och andra program som omfattas av licensavtal – beställs hos tredje man.

19. Det förhållandet att DR och TV2 i betydligt större omfattning använder externa, självständiga tv-produktionsföretag har aktualiserat en gammal tvist mellan parterna om huruvida det undantag för upptagningar som föreskrivs i lag även omfattar upptagningar som utförts av externa, självständiga tv-produktionsföretag i sådana fall då DR eller TV2 har beställt dessa upptagningar för att sändas för första gången på DR eller TV2.

20. Konkret rör det sig härvid om musik som kan användas i tv-produktion som utsändningens huvudföremål eller som en underordnad beståndsdel, såsom bakgrundsmusik som åtföljer sändningen, och om de ekonomiska rättigheter som är kopplade härtill som vissa upphovsrättsorganisationer har. [9]

8 — Se där s. 6.

9 — Se i detta avseende punkterna 5 och 6 i NCB:s skriftliga yttrande, punkterna 2–10 i DR:s och TV2:s skriftliga yttrande och punkterna 4–7 i kommissionens skriftliga yttrande.

21. Mot denna bakgrund har den nationella domstolen hänskjutit följande frågor till EU-domstolen med begäran om förhandsavgörande:

1) Ska uttrycken ”med hjälp av egen utrustning” i artikel 5.2 d i direktiv 2001/29/EG och ”på radio- och televisionsföretagets vägnar[10] och under dess ansvar” i skäl 41 i samma direktiv tolkas enligt nationell rätt eller ska de ges en gemenskapsrättslig tolkning?

2) Ska det läggas till grund att ordalydelsen i artikel 5.2 d i direktiv 2001/29/EG är ”på radio- och televisionsföretagets vägnar och under dess ansvar”, såsom bestämmelsen är avfattad i exempelvis den danska, engelska och franska språkversionen, eller ”på radio- och televisionsföretagets vägnar eller under dess ansvar”, såsom bestämmelsen är avfattad i exempelvis den tyska språkversionen?

3) För det fall uttrycken i fråga 1 ska ges en gemenskapsrättslig tolkning, vilka kriterier ska den nationella domstolen använda vid den konkreta prövningen av huruvida en upptagning, som utförts av tredje man (nedan kallad producenten) för användning vid ett radio- och televisionsföretags utsändningar, har utförts ”med hjälp av egen utrustning” och ”på radio- och televisionsföretagets vägnar [och/eller] under dess ansvar” på ett sådant sätt att upptagningen omfattas av undantaget i artikel 5.2 d i direktiv 2001/29/EG?

   I samband med svaret på fråga 3 anmodas EU-domstolen att särskilt besvara följande frågor:

   a) Ska uttrycket ”egen utrustning” i artikel 5.2 d i direktiv 2001/29/EG tolkas så, att en upptagning som utförts av producenten för användning vid ett radio- och televisionsföretags utsändningar endast omfattas av undantaget i artikel 5.2 d i direktivet om detta företag gentemot tredje man ansvarar för producentens handlande och underlåtenhet rörande upptagningen, som om det var fråga om företagets eget handlande och underlåtenhet?

   b) Är villkoret att upptagningen ska utföras ”på radio- och televisionsföretagets vägnar [och/eller] under dess ansvar” uppfyllt då ett radio- och televisionsföretag har uppdragit åt producenten att utföra upptagningen med det syftet att detta företag ska kunna sända ut den aktuella upptagningen och under förutsättning att företaget har rätt att sända ut upptagningen?

      Det anmodas även om ett klarläggande av om, och i så fall i vilken utsträckning, följande omständigheter kan eller ska beaktas då fråga 3 b besvaras:

      i) Frågan om det är radio- och televisionsföretaget eller producenten som enligt avtalet mellan dessa parter har rätt att träffa de slutliga och avgörande konstnärliga/redaktionella besluten avseende det beställda programmets innehåll.

      ii) Frågan om radio- och televisionsföretaget gentemot tredje man ansvarar för producentens åligganden rörande upptagningen, som om det var fråga om företagets eget handlande och egen underlåtenhet.

      iii) Frågan om producenten enligt avtalet med radio- och televisionsföretaget har en avtalsrättslig skyldighet att tillhandahålla det aktuella programmet till företaget till ett bestämt pris och att, inom ramen för detta pris, bära alla utgifter som kan uppkomma i samband med upptagningen.

10 — Den danska versionen av direktivet hör till de versioner som med konjunktionen ”och” innehåller en kumulativ formulering (”Når undtagelsen eller indskrænkningen gælder efemere optagelser foretaget af radio- og fjernsynsforetagender, antages radio- og fjernsynsforetagendets egne midler at omfatte midler tilhørende en person, der handler på radio- og fjernsynsforetagendets vegne *og* under dette foretagendes ansvar.” (Min kursivering).

iv) Frågan om det är radio- och televisionsföretaget eller producenten som bär ansvaret för den aktuella upptagningen gentemot tredje man.

c) Är villkoret att upptagningen ska utföras ”på radio- och televisionsföretagets vägnar [och/eller] under dess ansvar” uppfyllt då ett radio- och televisionsföretag har uppdragit åt producenten att utföra upptagningen med det syftet att detta företag ska kunna sända ut den aktuella upptagningen och under förutsättning att företaget har rätt att sända ut upptagningen, i ett sådant fall då producenten i avtalet med företaget avseende upptagningen har påtagit sig det ekonomiska och juridiska ansvaret för (i) samtliga med upptagningen förbundna kostnader, mot betalning av ett på förhand fastställt belopp, (ii) rättighetsförvärv och (iii) oförutsedda omständigheter, såsom förseningar i upptagningen och avtalsbrott, utan att företaget gentemot tredje man ansvarar för producentens åligganden rörande upptagningen, som om det var fråga om företagets eget handlande och egen underlåtenhet?

IV – Huruvida tolkningsfrågorna kan tas upp till sakprövning

22. Domstolen har endast möjlighet att underlåta att besvara en fråga som en nationell domstol har ställt då det är uppenbart att den begärda tolkningen av unionsrätten inte har något samband med de verkliga omständigheterna eller föremålet för tvisten i målet vid den nationella domstolen eller när frågan är hypotetisk eller när domstolen inte har tillgång till sådana uppgifter om de faktiska eller rättsliga omständigheterna som är nödvändiga för att kunna ge ett användbart svar på de frågor som ställts till den. [11]

23. Parterna i målet vid den nationella domstolen har olika uppfattning om huruvida direktiv 2001/29, som är föremål för tolkning, över huvud taget är av relevans i det mål som anhängiggjorts vid den nationella domstolen.

24. Televisionsföretagen har påpekat att uttrycket ”med hjälp av egen utrustning och för användning i de egna sändningarna” i direktiv 2001/29 inte förekommer i 31 § i den danska upphovsrättslagen och följaktligen inte är tillämpligt i målet vid den nationella domstolen. För övrigt är artikel 5.2 d i direktiv 2001/29 inte direkt tillämplig, och man kan inte tolkningsvis sluta sig till att villkoret ”med hjälp av egen utrustning” uppställs i 31 § upphovsrättslagen när den danska lagstiftaren inte föreskrivit detta.

25. NCB har däremot gjort gällande att villkoret ”med hjälp av egen utrustning” uppställs i artikel 5.2 d i upphovsrättsdirektivet och att detta villkor även gäller i dansk rätt, eftersom 31 § upphovsrättslagen ska ges en direktivkonform tolkning.

26. Om den danska domstolen av rättsliga skäl inte ska beakta direktivbestämmelsen i målet vid den nationella domstolen, det vill säga om en direktivkonform tolkning inte kan ske med de medel som ges i den nationella lagstiftningen, skulle frågan om huruvida begäran om förhandsavgörande kan tas upp till sakprövning problematiseras till följd av tolkningsfrågornas bristande relevans för utgången i målet vid den nationella domstolen. [12]

27. Enligt fast rättspraxis ankommer det följaktligen vid samarbetet mellan domstolen och de nationella domstolarna enligt artikel 267 FEUF uteslutande på de nationella domstolarna, vid vilka tvisten anhängiggjorts och som har ansvaret för det rättsliga avgörandet, att mot bakgrund av de

11 — Domstolens dom av den 18 december 2007 i mål C-341/05, Laval un Partneri (REG 2007, s. I-11767), punkt 46 med vidare hänvisningar.

12 — Avseende ett jämförbart problem avseende upptagande till sakprövning – men vid tolkningen av ett rambeslut – se nu senast domstolens dom av den 15 september 2011 i de förenade målen C-483/09 och C-1/10, Gueye (REU 2011, s. I-8263), punkterna 34–45, och generaladvokaten Kokotts förslag till avgörande i dessa förenade mål, punkterna 21–32, i vilket frågan om en eventuell tolkning av den nationella lagstiftningen *contra legem* prövas.

särskilda omständigheterna i varje enskilt mål bedöma såväl om ett förhandsavgörande är nödvändigt för att döma i saken som relevansen av de frågor som ska ställas till domstolen. Följaktligen är domstolen i princip skyldig att meddela ett förhandsavgörande när de frågor som har ställts avser tolkningen av unionsrätten. [13]

28. I förevarande fall avser de frågor som ställts tolkningen av unionsrätten, och det finns ingenting som talar för att en direktivkonform tolkning av den nationella lagstiftningen inte är möjlig. Däremot talar det resonemang som förts ovan i punkt 12 mot radio- och televisionsföretagens ståndpunkt att det inte är möjligt att beakta direktivbestämmelsen i målet vid den nationella domstolen. Om den nationella lagstiftaren vid införlivandet av direktivet skulle ha avstått från att göra en ändring av 31 § upphovsrättslagen, i tron att denna bestämmelse i sin föreliggande form redan är förenlig med unionsrätten, ligger det nära till hands att genom en tolkning beakta lagstiftarens avsikt som möjligen inte kommit tillräckligt till uttryck. Den nationella domstolen har i vart fall inte uttryckligen anfört att detta inte är möjligt. Dess bedömningsföreträde avseende tolkningsfrågornas relevans för utgången i målet vid den nationella domstolen måste således anses korrekt, och man kan utgå från att tolkningsfrågorna har ett samband med de verkliga omständigheterna eller föremålet för målen vid den nationella domstolen och att problemet inte är rent hypotetiskt. [14]

V – Prövning av tolkningsfrågorna i sak

29. De frågor som den nationella domstolen ställt avser huvudsakligen begreppet egen utrustning och dess tolkning i samband med direktiv 2001/29.

A – *Den första tolkningsfrågan*

30. Den nationella domstolen vill genom sin första fråga få klarhet i huruvida uttrycken ”med hjälp av egen utrustning” och ”på radio- och televisionsföretagets vägnar [och/eller] under dess ansvar” ska tolkas enligt den nationella lagstiftningen eller enligt unionsrätten.

1. Parternas argument

31. Parterna har intagit olika ståndpunkter avseende den första tolkningsfrågan. Medan radio- och televisionsföretaget företräder en tolkning som enbart orienterar sig efter den nationella lagstiftningen, eftersom det aktuella direktivet inte innehåller någon definition i detta avseende och inte heller eftersträvar någon harmonisering, [15] anser den spanska regeringen, kommissionen och NCB att en självständig unionsrättslig tolkning krävs.

2. Bedömning av tolkningsfrågan

32. Jag anser inte att det är ändamålsenligt att tolka uttrycken ”med hjälp av egen utrustning” i artikel 5.2 d i direktiv 2009/21 och ”på radio- och televisionsföretagets vägnar [och/eller] under dess ansvar” i skäl 41 enligt den nationella lagstiftningen, och en sådan tolkning kan i synnerhet inte följa av att direktivet inte innehåller specifika definitioner, till exempel i form av en definitionslista.

13 — Domen i de förenade målen Gueye (ovan fotnot 12), punkt 39 med vidare hänvisningar.

14 — Det saknar härvid betydelse huruvida det enligt de tolkningsredskap som finns i den danska lagstiftningen är möjligt att såsom Bundesgerichtshof (Tyskland) till följd av domen av den 17 april 2008 i mål C-404/06, Quelle (REG 2008, s. I-2685), vidareutveckla befintlig nationell lagstiftning genom direktivkonform rättspraxis fristående från ordalydelsen (se i detta avseende Bundesgerichtshofs dom av den 26 november 2008, VIII ZR 200/05, bland annat offentliggjord i ZGS 2009, 85).

15 — Punkterna 46–51 och 127 i dess skriftliga yttrande.

33. Enligt fast rättspraxis följer det nämligen såväl av kravet på en enhetlig tillämpning av unionsrätten som av likhetsprincipen att en unionsbestämmelse som inte innehåller någon uttrycklig hänvisning till medlemsstaternas rättsordningar för att bestämma dess betydelse och räckvidd normalt ska ges en självständig och enhetlig tolkning inom hela unionen. [16]

34. Vad gäller begreppet egen utrustning finns det för det första inte någon hänvisning till den nationella lagstiftningen, och för det andra klargörs i direktiv 2001/29, om än endast på ett summariskt sett, detta begrepp i skäl 41, vilket visar att unionslagstiftaren har avsett att klargöra begreppet på ett specifikt sätt som bygger på rättsakten och i detta avseende i skäl 41 ger vägledning vad gäller tolkningen.

35. För det tredje framgår av syftet och målet med direktiv 2001/29 att det krävs en självständig unionsrättslig tolkning av begreppet på grund av den gränsöverskridande relevans som den ekonomiska påverkan har inom unionen. I detta avseende kan det hänvisas till vad som senast anförts i domen i det ovannämnda målet Brüstle och i domen i det ovannämnda målet Padawan. [17]

36. Eftersom det följaktligen inte finns någon anledning att frångå principen om självständig och enhetlig tolkning ska den första tolkningsfrågan besvaras så, att uttrycken ”med hjälp av egen utrustning” i artikel 5.2 d i direktiv 2001/29/EG och ”på radio- och televisionsföretagets vägnar [och/eller] under dess ansvar” i skäl 41 i samma direktiv ska ges en unionsrättslig tolkning.

37. Frågan om, och i så fall i vilken utsträckning, parametrar, bestämmelser eller en tolkning i enlighet med internationella rättskällor, [18] till exempel Bernkonventionen, ska användas vid fastställandet av en självständig och enhetlig unionsrättslig definition behöver inte besvaras inom ramen för den första frågan utan kommer att prövas inom ramen för svaret på den andra frågan.

B – *Den andra tolkningsfrågan*

38. I den andra frågan påtalas skillnaderna i de olika språkversionerna. Den nationella domstolen vill nämligen få klarhet i huruvida artikel 5.2 d i direktiv 2001/29/EG ska läsas som ”på radio- och televisionsföretagets vägnar *och* under dess ansvar”, eller som ”på radio- och televisionsföretagets vägnar *eller* under dess ansvar”. Frågan är oprecist formulerad, eftersom den hänvisar till artikel 5 i direktiv 2009/21, men avser skäl 41, mot bakgrund av vilket ovannämnda artikel 5 ska tolkas. Ovannämnda språkliga skillnader återfinns nämligen inte i artikel 5 i nämnda direktiv utan i skälen i direktivet.

1. Parternas argument

39. Medan kommissionen har framhållit att de officiella språken i princip har samma rang och förordat en öppen teleologisk tolkning, har NCB intagit en mer restriktiv ståndpunkt, som även företräds av den spanska regeringen. De anser att särdragen hos den tyska språkversionen är avgörande och har även av

16 — Se, senast, domstolens dom av den 18 oktober 2011 i mål C-34/10, Brüstle (REU 2011, s. I-9821), punkt 25 med vidare hänvisningar; avseende en självständig och enhetlig tolkning av begreppet rimlig kompensation i artikel 5.2 i direktiv 2001/29, se domstolens dom av den 21 oktober 2010 i mål C-467/08, Padawan (REU 2010, s. I-10055), punkterna 32–37 och punkt 1 i domslutet; avseende en självständig och enhetlig tolkning av begreppet överföring till allmänheten i den mening som avses i artikel 3.1 i direktivet, se domstolens dom av den 7 december 2006 i mål C-306/05, SGAE (REG 2006, s. I-11519).

17 — Se, avseende begreppet embryo och avseende tolkningen av direktiv 98/44/EG om rättsligt skydd för biotekniska uppfinningar, domen i målet Brüstle (ovan fotnot 16), punkt 26 och följande punkter; avseende en självständig och enhetlig tolkning av begreppet rimlig kompensation i artikel 5.2 d i direktiv 2009/21, se domen i målet Padawan (ovan fotnot 16), punkterna 32–37.

18 — Se, senast, domstolens dom av den 4 oktober 2011 i de förenade målen C-403/08 och C-429/08, Football Association Premier League m.fl. (REU 2011, s. I-9083), punkt 189 med vidare hänvisningar.

logiska skäl förordat en kumulativ tolkning.[19] DR och TV2 har också framhållit logiska skäl men har dragit motsatt slutsats.[20]

2. Bedömning av tolkningsfrågan

40. Enligt min mening är antalet[21] aktuella konjunktioner (”och”[22] eller ”eller”[23]) i språkversionerna lika irrelevant som de detaljerade språkliga skillnaderna. Avgörande är i stället syftet och målet med bestämmelsens sammanhang.[24]

a) Princip: Ingen språkversion har företräde för tolkningen

41. Det följer av fast rättspraxis att det, på grund av nödvändigheten av en enhetlig tillämpning och tolkning av unionsrättsliga bestämmelser, i princip nämligen är uteslutet att endast en språkversion av en bestämmelses ordalydelse tas i beaktande i fall där det råder osäkerhet. Det krävs tvärtom att den aktuella bestämmelsens ordalydelse tolkas och tillämpas mot bakgrund även av de övriga officiella språkversionerna.[25] Det är härvid svårare att fastställa betydelsen av ett enstaka ord i unionsrättsliga bestämmelser, på grund av tvetydigheterna i ett flerspråkigt sammanhang, än i en enspråkig miljö.[26]

b) Huruvida särskilda tolkningsmetoder föreligger på grund av sambandet med Bernkonventionen och WIPO-fördragen

42. Ordalydelsen[27] i artikel 5.2 d i direktiv 2001/29, till vilken skäl 41 hänför sig, grundar sig på artikel 11a.3 i Bernkonventionen.

43. Enligt uppgifter på webbplatsen för Världsorganisationen för den intellektuella äganderätten (WIPO) har hittills 165 stater anslutit sig till Bernkonventionen,[28] bland annat samtliga medlemsstater i Europeiska unionen. Till skillnad från WIPO-fördragen[29] kan enbart stater delta i Bernkonventionen.

44. Enligt artikel 37.1 c i Bernkonventionen ska den franska texten äga vitsord då osäkerhet råder om tolkningen.

45. I förevarande unionsrättsliga sammanhang är den franska språkversionen, som är analog med artikel 37.1 c i Bernkonventionen, emellertid inte att föredra framför övriga officiella språk.

19 — Punkt 25 i den spanska regeringens skriftliga yttrande.

20 — Punkt 131 i dess skriftliga yttrande.

21 — Se, avseende det särskilt extrema fallet då en enda språkversion avviker, domstolens dom av den 19 april 2007 i mål C-63/06, Profisa (REG 2007, s. I-3239), punkterna 13 och 14 med vidare hänvisningar.

22 — Se, exempelvis, de bulgariska, danska engelska, estniska, finska, franska, grekiska, lettiska, litauiska, nederländska, polska, rumänska, svenska, slovakiska, slovenska, spanska och ungerska versionerna.

23 — Se, exempelvis, de tyska, italienska, maltesiska, portugisiska och tjeckiska versionerna.

24 — Se, i detta avseende, dom av den 27 oktober 1977 i mål C-30/77, Bouchereau (REG 1977, s. 1999; svensk specialutgåva, volym 3, s. 459), punkt 14, och av den 7 december 1995 i mål C-449/93, Rockfon (REG 1995, s. I-4291), punkt 28, och mitt förslag till avgörande av den 8 mars 2003 i mål C-466/03, Albert Reiss Beteiligungsgesellschaft (REG 2003, s. I-5357), punkt 62 och fotnot 32; avseende tolkningsproblem vad gäller unionsrätten, se Stotz, R., ”Die Rechtsprechung des EuGH” i Riesenhuber, K., *Europäische Methodenlehre*, andra upplagan, Walter de Gruyter 2010, § 22, punkt 13 och följande punkter.

25 — Domen i målet Profisa (ovan fotnot 21), punkt 13, samt, nyligen, domstolens dom av den 7 juli 2011 i mål C-445/09, IMC Securities (REU 2011, s. I-5917), punkt 25 med vidare hänvisningar.

26 — Se Colneric, N., ”Auslegung des Gemeinschaftsrechts und gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung”, *ZEuP*, 2005, s. 225, s. 227.

27 — Se den gemensamma ståndpunkten nr 48/2000 av den 28 september 2000, som återges i punkterna 9 och 10 ovan.

28 — Återges under http://www.wipo.int/treaties/en/ip/berne/.

29 — Härmed avses WIPO-fördraget om upphovsrätt och WIPO-fördraget om framföranden och fonogram. Båda ratificerades av gemenskapen den 14 december 2009. Se, i detta avseende, rådets beslut 2000/278/EG av den 16 mars 2000 om godkännande på Europeiska gemenskapens vägnar av WIPO:s fördrag om upphovsrätt och WIPO:s fördrag om framföranden och fonogram (EGT L 89, s. 6).

46. Direktiv 2001/29 ska visserligen i möjligaste mån tolkas mot bakgrund av internationell rätt,[30] framför allt med beaktande av Bernkonventionen och WIPO:s fördrag om upphovsrätt. Ovannämnda direktiv syftar nämligen bland annat till att genomföra sistnämnda fördrag,[31] vilket i sin artikel 1.4 ålägger de fördragsslutande parterna att följa *artiklarna 1–21* i Bernkonventionen.[32] Den bestämmelse i Bernkonventionen enligt vilken den franska texten ska äga vitsord då osäkerhet råder om tolkningen återfinns emellertid i *artikel 37.1 c* i Bernkonventionen och omfattas således inte av de regler till vilka det hänvisas i WIPO:s fördrag om upphovsrätt, vars förpliktelser ska uppfyllas genom detta direktiv.

47. Det vore också avlägset och orimligt att enbart av det skälet att det i direktiv 2001/29 hänvisas till WIPO:s fördrag om upphovsrätt överföra språknormen i artikel 24 på direktiv 2001/29 och även inom ramen för direktivet betrakta dess språk som avgörande då osäkerhet råder om tolkningen. Det räcker därvid att påpeka att det i artikel 24 i WIPO:s fördrag om upphovsrätt anges att sex språk ska äga vitsord, däribland emellertid – vilket inte är överraskande för ett WIPO-fördrag – utöver franska, engelska och spanska, det vill säga tre av unionens officiella språk, även ryska, arabiska och kinesiska, som *de lege lata* inte kommer i fråga vid tolkningen av direktivet.

48. Oaktat det internationella sammanhang i vilket direktiv 2001/29 ingår kan ett visst officiellt språk inte anses vara avgörande då osäkerhet råder om tolkningen.

c) Tolkning med beaktande av bakgrunden till och ändamålet med artikel 5.2 i direktiv 2001/29 och det sammanhang i vilket det ingår, jämfört med skäl 41

49. Följaktligen ska den allmänna principen beaktas enligt vilken, i händelse av skillnader mellan de olika språkversionerna av en unionsrättslig rättsakt, den bestämmelse som det är fråga om ska tolkas mot bakgrund av den allmänna systematiken i och syftet med de föreskrifter i vilka den ingår.[33] I detta avseende är det i förevarande fall även användbart att beakta bakgrunden till bestämmelsen.

i) Avsaknad av en skarpt avgränsande definition

50. I ett första led är en separat analys av de sammankopplande konjunktionerna ”och” eller ”eller” i skäl 41 inte tillräcklig för att motivera en sådan systematisk och teleologisk tolkning. Av uttrycken ”på radio- och televisionsföretagets vägnar” respektive ”under dess ansvar” framgår inget klart fastställt innehåll som kan vara föremål för en kumulativ eller alternativ tolkning och som kan inordnas i ett visst sammanhang. Dessa konjunktioner överlappar i stället varandra och är inte skarpt avgränsande.

51. Begreppsparet erinrar emellertid vagt om skillnaden mellan äkta och oäkta uppdragsbeställning, som förekommer bland annat i tysk rätt. Med oäkta uppdragsbeställning avses härvid att den producent som har fått uppdraget ”från början agerar på radio- och televisionsföretagets vägnar *och*[34] för dess räkning och att det sistnämnda därför direkt erhåller samtliga närstående rättigheter och nyttjanderätter. I det fallet är den producent som fått uppdraget inte en självständig filmproducent ... utan enbart en person som biträder radio- och televisionsföretaget organisatoriskt.[35]” Om denna avgränsning för efemära upptagningar, som för övrigt med svårighet kan tolkas som en varaktig upptagning av ett filmverk, följaktligen hade varit tillämplig enligt skäl 41 i direktiv 2001/29, och syftet

30 — Se även skäl 44 i nämnda direktiv.

31 — Se uttryckligen skäl 15 i direktiv 2001/29.

32 — Domen i målet Football Association Premier League m.fl. (ovan fotnot 18), punkt 189.

33 — Domen i målet Profisa (ovan fotnot 21), punkt 14, domen i målet Bouchereau (ovan fotnot 24), punkt 14, dom av den 7 december 2000 i mål C-482/98, Italien mot kommissionen (REG 2000, s. I-10861), punkt 49, och dom av den 1 april 2004 i mål C-1/02, Borgmann (REG 2004, s. I-3219), punkt 25.

34 — Min kursivering.

35 — Schack, H., *Urheber- und Urhebervertragsrecht*, 5:e upplagan, Mohr Siebeck, Tübingen 2010, punkt 1225.

med detta skäl hade varit att enbart undanta de produktioner från begreppet ”egen utrustning” där producenten framställt programmet i sitt eget namn (och eventuellt på egen risk) och senare måste överlåta de närstående rättigheter och nyttjanderätter som förvärvats av honom till radio- och televisionsföretaget, borde en sådan avsikt tydligare ha kommit till uttryck i skälen.

52. Eftersom det på grundval av de begrepp som används i bestämmelsen inte kan dras några klara slutsatser vad avser lagstiftarens avsikt, kommer jag i det följande att undersöka bakgrunden till bestämmelsen och pröva om den kan ge klarhet i fråga om syftet och ändamålet med den aktuella bestämmelsen.

ii) Bakgrunden till artikel 5.2 i direktiv 2001/29, som är ett undantag

53. Bakgrunden till artikel 5.2 i direktiv 2001/29 går tillbaka till Bernkonventionen, ur vilken begreppet egen utrustning härrör.

54. Bakgrunden till skäl 41 i direktiv 2001/29, som innehåller en förklaring till artikel 5.2 d, kan förstås med hjälp av en detaljrik dokumentation av förarbetena [36], som visar att de parter som deltog i lagstiftningsförfarandet hade olika uppfattningar vad gäller räckvidden av begreppet egen utrustning.

55. Av bakgrunden till bestämmelsen och dess skäl framgår nämligen att Europaparlamentet i första hand avsåg att gynna sådana mångfaldigandehandlingar som enbart sker i syfte att möjliggöra legal överföring av sändningar. [37] Frånsett detta ville man emellertid vad avser ordalydelsen orientera sig efter Bernkonventionen men frångå och utvidga det snäva begreppet egen utrustning (som ansågs vara föråldrat), som i en liknande form förekommer i denna konvention. Den tekniska och praktiska utvecklingen skulle beaktas. Detta framgår även av den gemensamma ståndpunkten som återgetts i utdrag.

56. Undantaget, som i princip ska tolkas snävt, ska således försiktigt öppnas upp genom skäl 41 utan att det helt och hållet förlorar sitt grunddrag. En historisk och teleologisk tolkning talar därför, trots den omständigheten att undantag i direktiv 2001/29 i princip ska tolkas restriktivt, [38] för en flexibel och öppen tolkning av skäl 41. Detta skäl är utformat som ett exempel och utgör inte nödvändigtvis en uttömmande definition.

iii) Teleologisk-systematiska slutsatser

57. Mot bakgrund av vad som anförts ovan uppkommer frågan huruvida man härav kan dra några avgörande slutsatser avseende den andra tolkningsfrågan, som i slutändan avser ett syntaktiskt problem.

58. Enligt min mening är ansvarsbegreppet dominerande i begreppsparet ”på radio- och televisionsföretagets vägnar [och/eller] under dess ansvar”, eftersom det har en bredare formulering än uttrycket ”på radio- och televisionsföretagets vägnar”, i vilket även principen om tillskrivande av ansvar implicit kommer till uttryck. Detta begrepp kan antingen tolkas extensivt eller restriktivt, varvid det även kan ha olika prägel i olika språkversioner.

36 — Översikt i de skriftliga yttranden som framförts av DR och TV 2, punkt 30 och följande punkter, se även Mayer, H.-P., ”Richtlinie 2001/29/EG zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft”, EuZW 2002, s. 325.

37 — Se – avseende artikel 5.2 i direktivet – Ändring 39 av Europaparlamentets lagstiftningsresolution om Europaparlamentets förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället KOM(1997) 628 – C4-0079/98 – 97/0359(COD) (EGT C 150, 1999, s. 171, 179).

38 — Se, till exempel, domstolens dom av den 16 juli 2009 i mål C-5/08, Infopaq International (REG 2009, s. I-6569), punkterna 56–59, och av den 1 december 2011 i mål C-145/10, Painer (REU 2011, s. I-12533), punkterna 109 och 110.

59. Avgörande i en sådan situation som i förevarande mål är – mot bakgrund av den omständigheten att det i det enskilda fallet rör sig om en bedömning av uppdragsbeställning av ett utomstående bolag – därför huruvida radio- och televisionsföretaget bär något som helst ansvar för en produktion som utförts på dess uppdrag eller för efemära upptagningar som utförts av det tredje bolaget.

60. Betydelsen av ansvarsbegreppet ska i det följande fastställas genom systematisk-teleologiska överväganden.

61. Vid tolkningen ska i systematiskt hänseende beaktas att en extensiv tolkning av begreppet ansvar direkt påverkar artikel 5.2 d i direktivet. Ju fler företag som anses agera på radio- och televisionsföretagets vägnar desto fler upptagningar anses enligt artikel 5.2 d i direktivet (jämförd med skäl 41) ha utförts ”med hjälp av egen utrustning” och gynnas [39] – och kan omfattas av undantaget för efemära upptagningar.

62. Utöver eventuella språkliga nyanser i skälen måste, vid tolkningen av artikel 5.2 d i direktiv 2001/29 och av uttrycket ”på radio- och televisionsföretagets vägnar [och/eller] under dess ansvar”, därför beaktas att begreppet ”egen utrustning”, som har vidareutvecklats genom principen om ansvar men som inte ska förvanskas, grundar sig på en bestämmelse i Bernkonventionen som även unionen måste iaktta. [40]

63. Begreppet ”med egen utrustning” ges i egenskap av ett undantag en restriktiv tolkning i doktrinen avseende Bernkonventionen, [41] vilket i sin tur talar för att höga krav ska ställas på ansvarsbegreppet för att undvika en uppmjukning av begreppet. Jag delar i princip denna uppfattning, särskilt som en restriktiv tolkning av undantaget i annat fall skulle kunna påverka dess grunddrag.

64. Mot bakgrund av vad som anförts ovan i punkt 61 är balansgången vid den juridiska tolkningen av direktiv 2001/29 [42] svår. Å ena sidan tyder de uppfattningar som framförts i förarbetena till direktiv 2001/29 på en vid tolkning av begreppet, å andra sidan eftersträvas en mer restriktiv tolkning i Bernkonventionen, vars värderingar i princip ska iakttas.

65. Det är enligt min mening, trots det terminologiska sambandet med Bernkonventionen, inte riktigt att enbart personer som är integrerade i företaget och hjälper till, såsom anställda och extrapersonal, eller i bästa fall kontrollerade koncernbolag, kan anses agera under radio- och televisionsföretagets ansvar, och att radio- och televisionsföretagets utläggande av produktionen följaktligen aldrig omfattas av artikel 5.2 d i direktiv 2001/29. [43] Detta är, mot bakgrund av definitionen i Bernkonventionen, inte heller tvingande och svårt att förena med den praktiska verkligheten, vars utveckling den flexibla definitionen i det aktuella direktivet uttryckligen avser att beakta.

66. Framför allt mediakoncerner i vilka, under ett gemensamt holdingbolag, utsändningen säkerställs av ett dotterbolag, medan dess systerbolag som utgör tjänsteleverantör utför upptagningar, skulle härvid – om kriteriet radio- och televisionsföretagets egen utrustning inte skulle anses vara uppfyllt – diskrimineras på ett i ekonomiskt hänseende obegripligt sätt, i förhållande till offentliga organ som är verksamma på många områden och som överlåter båda funktioner åt enskilda avdelningar som agerar självständigt men som i rättsligt hänseende är kopplade till varandra.

39 — Förutsatt att även kriteriet ”för sina egna utsändningar” anses vara uppfyllt.

40 — Se skäl 44 i direktiv 2001/29.

41 — Avseende Bernkonventionen och det engelska begreppet ”by means of its own facilities”, se von Lewinski, S., *International Copyright Law and Policy*, Oxford 2008, s. 165.

42 — Avseende de betänkligheter i konventionsrättsliga avseenden som föreligger mot en extensiv tolkning av ordalydelsen i begreppet med egen utrustning mot bakgrund av skäl 41, se Melichar, F., i Schricker, G., Loewenheim, U., *Urheberrecht, Kommentar*, fjärde upplagan, Verlag C.H. Beck, München 2011, § 55 punkt 5 med vidare hänvisningar.

43 — Walter, M. M, och von Lewinski, S., ”*European Copyright Law, A Commentary*”, Oxford 2010, s. 1039, har däremot med hänvisning till bestämmelserna i Bernkonventionen kraftfullt uttalat sig mot utläggande av ”recording activity to another company”. Avseende Bernkonventionen och det engelska begreppet ”by means of its own facilities”, se von Lewinski, S. (ovan fotnot 41), s. 165, punkt 5.191: ”…this excludes the possibility of the organization putting someone else in charge of this task”.

67. Jag föreslår således att det syntaktiska problemet i den andra tolkningsfrågan ska lösas teleologiskt och att skäl 41, mot bakgrund av vilket artikel 5.2 d i direktiv 2001/29 ska tolkas, ska bedömas så att den utrustning som anges där omfattar den utrustning som används av tredje man enbart i syfte att på grund av efemära upptagningar möjliggöra lagliga utsändningar av ett visst radio- och televisionsföretag, såvida upptagningen utförs under radio- och televisionsföretagets ansvar.

68. Den praktiska relevansen av ansvarsbegreppet har en viktig betydelse inom ramen för bedömningen av den sista tolkningsfrågan.

C – *Den tredje tolkningsfrågan*

69. Den nationella domstolen vill genom denna fråga huvudsakligen få klarhet i huruvida vissa praktiska situationer ska bedömas och med hjälp av dessa fastställa kriterier som kan vara relevanta för frågan om huruvida upptagningar utförs ”med hjälp av egen utrustning” och om en person agerar ”på radio- och televisionsföretagets vägnar [och/eller] under dess ansvar”.

70. Frågan är således slutligen huruvida varje produktion som utförs av tredje man, på grund av ett avtal mellan tredje man och radio- och televisionsföretaget som ger ett stort handlingsutrymme på det konstnärliga området, kan omfattas av artikel 5.2 d i direktiv 2001/29 och framför allt om kriteriet ”under radio- och televisionsföretagets ansvar” omfattas av en mer restriktiv tolkning, enligt vilken det är avgörande om och i så fall i vilken mån radio- och televisionsföretaget ansvarar för eventuella försummelser som tredje man har gjort sig skyldig till.

1. Parternas argument

71. Kommissionen har anfört att syftet med upptagningen är avgörande och har påpekat att enbart efemära upptagningar kan omfattas av undantaget. Detta kan svårligen vara fallet när det rör sig om större filmproduktioner, men det ankommer på den nationella domstolen att göra en bedömning i det enskilda fallet. DR och TV 2 har däremot förespråkat en extensiv tolkning som gynnar radio- och televisionsföretag, medan den spanska regeringen och NCB har uttalat sig för en restriktiv tolkning, varvid NCB har anfört att det inte räcker att det finns ett avtal med tredje man, om inte radio- och televisionsföretagets ansvar kan säkerställas utåt. Frågan vad som kan omfattas av detta ansvar har emellertid inte besvarats.

2. Bedömning av tolkningsfrågan

72. Överför man slutsatserna avseende den andra tolkningsfrågan på den tredje frågan, framgår det att avgörande vid den konkreta bedömningen av om en upptagning som utförs av tredje man för användning vid ett radio- och televisionsföretags utsändningar har gjorts ”med egen utrustning” och även ”på radio- och televisionsföretagets vägnar [och/eller] under dess ansvar” – så att upptagningen därmed omfattas av undantaget i artikel 5.2 d i direktiv 2001/29 – är att utrustningen enbart används i syfte att genom den efemära upptagningen möjliggöra legal utsändning av radio- och televisionsföretaget, förutsatt att upptagningen sker under radio- och televisionsföretagets ansvar.

73. I det följande ska jag pröva villkoren för ett sådant ansvar.

a) Tolkningsfråga 3 a

74. Genom denna delfråga vill den nationella domstolen huvudsakligen få klarhet i huruvida uttrycket ”egen utrustning” ska tolkas så, att en upptagning endast omfattas av undantaget, om radio- och televisionsföretaget gentemot tredje man ansvarar för producentens handlande och underlåtenhet rörande upptagningen, som om det var fråga om företagets eget handlande och egen underlåtenhet.

75. Denna delfråga grundar sig på tanken att ansvar ska tillskrivas radio- och televisionsföretaget. Den är förenlig med ansvarsprincipen i direktiv 2001/29 och till och med ovillkorligen nödvändig om begreppet egen utrustning inte ska förlora sin grundläggande innebörd.

76. Uttrycket ”egen utrustning” i artikel 5.2 d i direktiv 2001/29 ska följaktligen i enlighet med ansvarsprincipen tolkas så, att en upptagning som utförts av producenten för användning vid ett radio- och televisionsföretags utsändningar endast omfattas av undantaget i artikel 5.2 d i direktivet, om detta företag gentemot tredje man ansvarar för producentens handlande och underlåtenhet rörande upptagningen, som om det var fråga om företagets eget handlande och egen underlåtenhet.

77. Ansvarsprincipen som kommer till uttryck i skäl 41 skulle nämligen förlora sin verkan om radio- och televisionsföretags ansvar inte skulle vara ett tvingande krav. Syftet med skäl 41 är att med beaktande av ansvarsprincipen ge begreppet egen utrustning en flexibel utformning och möjliggöra en anpassning till omständigheterna, men detta måste åtföljas av att handlingar som utförs med egen utrustning även utåt måste medföra ansvar för den som kan tillskrivas denna utrustning som om den vore hans egen. Utvidgningen av tolkningen av utrustning genom ansvarsbegreppet innebär således att radio- och televisionsföretaget har ett ansvar som inte har utformats i detalj men som föreskrivs.

78. Det är vid denna tolkning oklart hur detta ansvar är utformat, framför allt om det utgör ett ansvarsgenombrott eller ett solidariskt ansvar och om det uppkommer till följd av ett utomobligatoriskt ansvar eller ett avtalsrättsligt ansvar, till exempel som ett övertagande av ansvar eller som ett befriande från övertagande av ansvar.

79. Radio- och televisionsföretagets principiella ansvar följer vid denna tolkning av en utvidgning av begreppet egen utrustning och medför i praktiken i allmänhet inte några konsekvenser under förutsättning att agerandet hos den inblandade tredje mannen är lagligt.

b) Tolkningsfråga 3 b

80. Genom denna delfråga vill den nationella domstolen få klarhet i huruvida villkoret att upptagningen ska utföras ”på radio- och televisionsföretagets vägnar [och/eller] under dess ansvar” är uppfyllt då ett radio- och televisionsföretag har uppdragit åt producenten att utföra upptagningen med det syftet att detta företag självt ska kunna sända ut den aktuella upptagningen och under förutsättning att företaget har rätt att sända ut upptagningen.

81. Denna delfråga hänför sig till en fullständigt annorlunda situation, och frågan är i grunden om ansvarskriteriet kan anses vara uppfyllt även om radio- och televisionsföretaget inte har något ansvar.

82. Med beaktande av vad som anförts ovan i punkt 75 är villkoret att upptagningen ska utföras ”på radio- och televisionsföretagets vägnar [och/eller] under dess ansvar” inte alltid uppfyllt då ett radio- och televisionsföretag har uppdragit åt producenten att utföra upptagningen med det syftet att detta företag ska kunna sända ut den aktuella upptagningen och under förutsättning att företaget har rätt att sända ut upptagningen.

83. Här är den konkreta utformningen av avtalsförhållandet och dess externa påverkan slutligen avgörande för om ett radio- och televisionsföretags ansvar gentemot tredje man, såsom angetts ovan i punkt 75, föreligger.

84. I följande delfrågor undersöks ytterligare detaljer om ett eventuellt avtalsförhållande mellan radio- och televisionsföretaget och producenten mot bakgrund av artikel 5.2 d i direktiv 2001/29, och dessa ska besvaras enligt ovannämnda parametrar.

i) Tolkningsfråga 3 b i

85. Genom denna delfråga vill den nationella domstolen huvudsakligen få klarhet i huruvida den konstnärliga/redaktionella befogenheten att fatta beslut kan utgöra ett kriterium för uttrycket ”på radio- och televisionsföretagets vägnar [och/eller] under dess ansvar”.

86. Denna fråga ska besvaras nekande.

87. Det är irrelevant vem som ska träffa de slutliga och avgörande konstnärliga/redaktionella besluten avseende det beställda programmets *innehåll,* eftersom, för det första, enbart *upptagningen* är avgörande enligt undantaget i direktiv 2001/29 – det vill säga det rör sig om endast det *tekniska mångfaldigandet* – och, för det andra, den konstnärliga prestationen utåt kan vara irrelevant i ansvarsrättsligt hänseende. Avgörande är emellertid enbart det åliggande som villkoras av radio- och televisionsföretagets ansvar.

ii) Tolkningsfråga 3 b ii

88. Genom denna delfråga vill den nationella domstolen få klarhet i huruvida det är relevant om radio- och televisionsföretaget gentemot tredje man ansvarar för producentens åligganden rörande upptagningen, som om det var fråga om företagets eget handlande och egen underlåtenhet.

89. Med beaktande av vad som anförts ovan i punkt 75 avseende begreppet egen utrustning kan det fastställas att detta åliggande är relevant och avgörande för uttrycket ”på radio- och televisionsföretagets vägnar [och/eller] under dess ansvar”.

iii) Tolkningsfråga 3 b iii

90. Genom denna delfråga vill den nationella domstolen huvudsakligen få klarhet i huruvida det för uttrycket ”på radio- och televisionsföretagets vägnar [och/eller] under dess ansvar” är avgörande om producenten på grund av avtalsförhållandet med radio- och televisionsföretaget bär alla ekonomiska risker för det beställda programmet.

91. Denna fråga ska besvaras nekande.

92. Det saknar betydelse om producenten enligt avtalet med radio- och televisionsföretaget har en avtalsrättslig skyldighet att tillhandahålla det aktuella programmet till företaget till ett bestämt pris och att, inom ramen för detta pris, bära alla utgifter som kan uppkomma i samband med upptagningen. Det sistnämnda saknar nämligen betydelse för ansvaret utåt.

iv) Tolkningsfråga 3 b iv

93. Genom denna delfråga vill den nationella domstolen huvudsakligen få klarhet i huruvida det för villkoret att upptagningen ska utföras ”på radio- och televisionsföretagets vägnar [och/eller] under dess ansvar” är avgörande om det är radio- och televisionsföretaget eller producenten som bär ansvaret gentemot tredje man för den aktuella upptagningen.

94. Denna fråga måste besvaras jakande.

95. Enligt vad som anförts ovan är det nämligen relevant om det är radio- och televisionsföretaget eller producenten som bär ansvaret för den aktuella upptagningen gentemot tredje man, varvid båda även kan vara solidariskt ansvariga. Om radio- och televisionsföretaget bär ansvaret kan man i vart fall utgå från att producenten agerar ”på radio- och televisionsföretagets vägnar [och/eller] under dess ansvar”, och solidariskt ansvar för producenten utöver detta skulle inte vara till skada.

c) Tolkningsfråga 3 c

96. Villkoret att upptagningen ska utföras ”på radio- och televisionsföretagets vägnar [och/eller] under dess ansvar” är slutligen enligt vad som anförts ovan inte uppfyllt bara för att ett radio- och televisionsföretag har uppdragit åt producenten att utföra upptagningen med det syftet att detta företag ska kunna sända ut den aktuella upptagningen och under förutsättning att företaget har rätt att sända ut upptagningen, i ett sådant fall då producenten i avtalet med företaget avseende upptagningen har påtagit sig det ekonomiska och juridiska ansvaret för (i) samtliga med upptagningen förbundna kostnader, mot betalning av ett på förhand fastställt belopp, (ii) rättighetsförvärv och (iii) oförutsedda omständigheter, såsom förseningar i upptagningen och avtalsbrott, utan att företaget gentemot tredje man ansvarar för producentens åligganden rörande upptagningen, som om det var fråga om företagets eget handlande och egen underlåtenhet.

97. Avgörande är nämligen det sistnämnda ansvaret utåt. Ett sådant ansvar måste föreligga.

VI – Förslag till avgörande

98. Med hänsyn till vad som ovan har anförts föreslår jag att domstolen besvarar frågorna i begäran om förhandsavgörande enligt följande:

1. Uttrycken ”med hjälp av egen utrustning” i artikel 5.2 d i Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/29/EG av den 22 maj 2001 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället och ”på radio- och televisionsföretagets vägnar [och/eller] under dess ansvar” i skäl 41 i samma direktiv ska ges en gemenskapsrättslig tolkning.

2. Skäl 41, mot bakgrund av vilket artikel 5.2 d i direktiv 2001/29 ska tolkas, ska bedömas så, att den utrustning som anges där omfattar den utrustning som används av tredje man enbart i syfte att därefter på grund av efemära upptagningar möjliggöra lagliga utsändningar av ett visst radio- och televisionsföretag, förutsatt att upptagningen utförs under radio- och televisionsföretagets ansvar.

3. Avgörande vid den konkreta bedömningen av om en upptagning som utförs av tredje man (nedan kallad producenten) för användning vid ett radio- och televisionsföretags utsändningar har gjorts ”med egen utrustning” och även ”på radio- och televisionsföretagets vägnar [och/eller] under dess ansvar” – så att upptagningen därmed omfattas av undantaget i artikel 5.2 d i direktiv 2001/29 – är att utrustningen enbart används i syfte att genom den efemära upptagningen möjliggöra legal utsändning av radio- och televisionsföretaget, förutsatt att upptagningen sker under radio- och televisionsföretagets ansvar.

   a) Uttrycket ”egen utrustning” i artikel 5.2 d i direktiv 2001/29 ska tolkas så, att en upptagning som utförts av producenten för användning vid ett radio- och televisionsföretags utsändningar endast omfattas av undantaget i artikel 5.2 d i direktivet, om detta företag gentemot tredje man ansvarar för producentens handlande och underlåtenhet rörande upptagningen, som om det var fråga om företagets eget handlande och egen underlåtenhet.

   b) Villkoret att upptagningen ska utföras ”på radio- och televisionsföretagets vägnar [och/eller] under dess ansvar” är emellertid inte alltid uppfyllt då ett radio- och televisionsföretag har uppdragit åt producenten att utföra upptagningen med det syftet att detta företag ska kunna sända ut den aktuella upptagningen och under förutsättning att företaget har rätt att sända ut upptagningen.

      Vid besvarandet av fråga 3 b

i) är det irrelevant om det är radio- och televisionsföretaget eller producenten som enligt avtalet mellan dessa parter har rätt att träffa de slutliga och avgörande konstnärliga/redaktionella besluten avseende det beställda programmets innehåll,

ii) är det relevant om radio- och televisionsföretaget gentemot tredje man ansvarar för producentens åligganden rörande upptagningen, som om det var fråga om företagets eget handlande och egen underlåtenhet,

iii) är det irrelevant om producenten enligt avtalet med radio- och televisionsföretaget har en avtalsrättslig skyldighet att tillhandahålla det aktuella programmet till företaget till ett bestämt pris och att, inom ramen för detta pris, bära alla utgifter som kan uppkomma i samband med upptagningen,

iv) är det relevant om det är radio- och televisionsföretaget eller producenten som bär ansvaret för den aktuella upptagningen gentemot tredje man, varvid även båda kan ansvara solidariskt.

c) Villkoret att upptagningen ska utföras ”på radio- och televisionsföretagets vägnar [och/eller] under dess ansvar” är inte uppfyllt bara för att ett radio- och televisionsföretag har uppdragit åt producenten att utföra upptagningen med det syftet att detta företag ska kunna sända ut den aktuella upptagningen och under förutsättning att företaget har rätt att sända ut upptagningen, i ett sådant fall då producenten i avtalet med företaget avseende upptagningen har påtagit sig det ekonomiska och juridiska ansvaret för (i) samtliga med upptagningen förbundna kostnader, mot betalning av ett på förhand fastställt belopp, (ii) rättighetsförvärv och (iii) oförutsedda omständigheter, såsom förseningar i upptagningen och avtalsbrott, utan att företaget gentemot tredje man ansvarar för producentens åligganden rörande upptagningen, som om det var fråga om företagets eget handlande och egen underlåtenhet.