FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT ANTONIO TIZZANO

fremsat den 26. september 2002 [1]

Indledning

1. Ved dom af 9. juni 2000 har Hoge Raad der Nederlanden (Nederlandene) stillet tre præjudicielle spørgsmål vedrørende fortolkningen af Rådets direktiv 92/100/EØF af 19. november 1992 om udlejnings- og udlånsrettigheder samt om visse andre ophavsretsbeslægtede rettigheder i forbindelse med intellektuel ejendomsret [2] (herefter »direktivet«). Alle tre spørgsmål vedrører fortolkningen af begrebet »rimeligt vederlag« i direktivets artikel 8, stk. 2, og sigter hovedsagelig til at få fastslået, hvorvidt det drejer sig om et fællesskabsretligt begreb, og hvis besvarelsen er benægtende, hvilke konsekvenser dette har i forhold til de kriterier, der fastsætter størrelsen af vederlaget.

1 — Originalsprog: italiensk.

2 — EFT L 346, s. 61.

Relevante retsregler

Direktiv 92/100

2. Direktivet har til formål at gennemføre en harmoniseret retsbeskyttelse for udlejnings- og udlånsrettigheder i forbindelse med ophavsretten såvel som i forbindelse med visse såkaldte ophavsretsbeslægtede rettigheder, i det omfang det er nødvendigt for at sikre det indre markeds funktion.

3. I det omfang de har relevans her, fremgår direktivets motiver og formål af følgende betragtninger:

»Den retsbeskyttelse, som i henhold til de enkelte medlemsstaters lovgivning og praksis tillægges ophavsretligt beskyttede værker samt frembringelser beskyttet af ophavsretsbeslægtede rettigheder, divergerer fra medlemsstat til medlemsstat for så vidt angår udlejning og udlån; dette kan

skabe hindringer for samhandelen samt konkurrencefordrejninger til skade for det indre markeds gennemførelse og funktion.

[...]

Det er nødvendigt, at ophavsmænd og udøvende kunstnere sikres et rimeligt vederlag, for vedvarende at kunne hellige sig deres skabende og kunstneriske virksomhed, og de nødvendige investeringer til navnlig fremstilling af fonogrammer og film er særdeles store og risikobehæftede; muligheden for at sikre et rimeligt vederlag og at dække disse investeringer kan kun sikres effektivt, hvis de berørte rettighedshavere har en rimelig retsbeskyttelse.

[...]

Fællesskabets lovgivning vedrørende udlejnings- og udlånsrettigheder samt visse andre ophavsretsbeslægtede rettigheder behøver ikke række videre end til fastsættelsen af, at medlemsstaterne skal indføre udlejnings- og udlånsrettigheder for visse kategorier af rettighedshavere samt yderligere indføre ret til optagelse, reproduktion, radiospredning, udsendelse og offentlig gengivelse til fordel for visse kategorier af rettighedshavere på området for ophavsretsbeslægtet beskyttelse.«

4. I henhold til ovenstående og af særlig interesse for denne sag sikrer direktivet en harmoniseret beskyttelse af fonogrammer, film og radioudsendelser vedrørende beslægtede rettigheder, der er til gavn for såvel den udøvende kunstner, fremstilleren og radio- og fjernsynsforetagendet, altså de retssubjekter, som ikke nyder nogen ophavsretlig beskyttelse.

5. Artikel 8 regulerer den offentlige udsendelse og den offentlige gengivelse af den kunstneriske »fremførelse«. Bestemmelsen har følgende ordlyd:

»1. Medlemsstaterne tillægger udøvende kunstnere eneret til at tillade eller forbyde udsendelse ved hjælp af radiobølger og kommunikation til offentligheden af deres fremførelser, medmindre fremførelsen i sig selv sker ved en radio- eller fjernsynsudsendelse eller på grundlag af en optagelse.

2. Medlemsstaterne tillægger udøvende kunstnere og fonogramfremstillere ret til vederlag, som deles mellem dem, således at brugeren betaler et rimeligt, samlet vederlag, hvis et fonogram, der er udgivet i kommercielt øjemed, eller en reproduktion af et sådant fonogram, anvendes til udsendelse ved hjælp af radiobølger eller til

kommunikation til offentligheden. Medlemsstaterne kan, hvis der ikke er enighed mellem de udøvende kunstnere og fonogramfremstillerne, fastlægge betingelserne for et sådant vederlags fordeling mellem dem.«

6. Den herved sikrede beskyttelse udgør en minimumsharmonisering, hvilket fremgår af tyvende betragtning til direktivet:

»Medlemsstaterne kan fastsætte bestemmelser om en mere vidtgående beskyttelse af indehavere af ophavsretsbeslægtede rettigheder end dem, der er fastsat i dette direktivs artikel 8.«

7. Det i artikel 8, stk. 2, fastsatte rimelige vederlag defineres ikke udtrykkeligt i direktivet, og nævnes heller ikke direkte i betragtningerne til direktivet.

8. I betragtningerne til direktivet findes imidlertid visse oplysninger om rimeligt vederlag i anden forbindelse med udlejningsrettigheder, og navnlig fremgår det klart, at dette vederlag er fastsat under hensyntagen til følgende:

»Det er nødvendigt at indføre en ordning, som sikrer, at ophavsmænd og udøvende kunstnere oppebærer et rimeligt vederlag, som der ikke kan gives afkald på; de skal bevare muligheden for at overlade administrationen af denne ret til rettighedshaverorganisationer, der repræsenterer dem;

Det rimelige vederlag kan erlægges i form af en eller flere betalinger i forbindelse med aftalens indgåelse eller på hvilket som helst tidspunkt derefter.

Ved fastsættelsen af dette rimelige vederlag tages der hensyn til, i hvor høj grad de pågældende ophavsmænd og udøvende kunstnere har bidraget til fonogrammet eller filmen.«

De internationale bestemmelser

9. Direktivet og navnlig de bestemmelser, der er relevante i denne sag, må ses i lyset af de tilsvarende internationale bestemmelser, hvilket udtrykkeligt fremgår af tiende betragtning til direktivet, idet »medlemsstaternes lovgivning bør tilnærmes indbyr-

des under overholdelse af internationale konventioner, der danner basis for mange medlemsstaters lovgivning om ophavsret og hermed beslægtede rettigheder«.

10. I forhold til det her relevante består de internationale bestemmelser hovedsageligt af TRIPs-aftalen [3] og den i Rom indgåede internationale konvention om beskyttelse af udøvende kunstnere, fremstillere af fonogrammer samt radio- og fjernsynsforetagender af 26. oktober 1961, som samtlige medlemsstater med undtagelse af Portugal har tiltrådt, og som TRIPs-aftalen henviser til.

11. Ifølge TRIPs-aftalens artikel 14 påhviler det medlemsstaterne at sikre følgende:

»1. Udøvende kunstnere skal med hensyn til fæstnelse af deres optræden på et fonogram have mulighed for at forhindre følgende handlinger, dersom de udføres uden deres tilladelse: Fæstnelse af deres ikkefæstnede optræden og reproduktion af en således fæstnet optræden. De udøvende kunstnere skal også have mulighed for at forhindre følgende handlinger, dersom de udføres uden deres tilladelse: Trådløs radio- og fjernsynstransmission og viderebringelse til offentligheden af deres optræden.

[...]

6. Ethvert medlem kan i forbindelse med de rettigheder, der indrømmes i stk. 1, 2 og 3, fastsætte betingelser, begrænsninger, undtagelser og forbehold i den udstrækning, Rom-konventionen åbner mulighed derfor. [...]«

12. Rom-konventionens artikel 7 fastsætter på sin side en minimumsbeskyttelse, som de kontraherende stater skal sikre de udøvende kunstnere. Bestemmelsen fastsætter navnlig følgende:

»1. Beskyttelse af udøvende kunstnere i henhold til denne konvention skal omfatte muligheden for at forhindre:

a) radio- og fjernsynsudsendelse og anden overføring til almenheden, uden deres samtykke, af deres fremførelse, und-

3 — Aftale om handelsrelaterede intellektuelle ejendomsrettigheder, bilag 1 C til overenskomsten om oprettelse af Verdenshandelsorganisationen (WTO), EFT L 336, s. 214-233, tiltrådt ved Rådets afgørelse 94/800/EF af 22.12.1994 om indgåelse på Det Europæiske Fællesskabs vegne af de aftaler, der er resultatet af de multilaterale forhandlinger i Uruguay-rundens regi (1986-1994), for så vidt angår de områder, der hører under Fællesskabets kompetence, EFT L 336, s. 1.

tagen i sådanne tilfælde, hvor den i udsendelsen eller til overføringen til almenheden anvendte fremførelse selv er en i radio eller fjernsyn udsendt fremførelse eller hidrører fra en optagelse« [4].

13. I artikel 12 reguleres den såkaldte sekundære anvendelse af fonogrammer, idet følgende bestemmes:

»Hvis et fonogram, som er udgivet i kommercielt øjemed, eller en reproduktion af et sådant fonogram anvendes direkte til en radio- eller fjernsynsudsendelse eller ved andre offentlige fremførelser, skal den, som anvender fonogrammet, betale et rimeligt, samlet vederlag til de udøvende kunstnere eller til fremstillere af fonogrammer eller til begge grupper. Den nationale lovgivning kan i mangel af enighed herom mellem parterne fastsætte vilkårene for fordelingen af dette vederlag« [5].

14. Foruden harmoniserede materielle bestemmelser indeholder konventionen også i artikel 2, 4 og 5 regler om national behandling, som TRIPs-aftalens artikel 1, stk. 3, på sin side henviser til som følger: »Medlemmerne indrømmer andre medlemmers statsborgere den i denne aftale fastsatte behandling.« Dette præciseres således: »[V]ed andre medlemmers statsborgere [forstås] fysiske eller juridiske personer, som havde opfyldt kriterierne for berettigelse til beskyttelse i [...] Rom-konventionen [...]« [6].

De nederlandske bestemmelser

15. Ved artikel 7 i Wet op de naburige rechten (den nederlandske lov om beslægtede rettigheder, herefter »WNR«) af 18. marts 1993 med ikrafttræden den 1. juli 1993, som ændret ved lov af 21. december 1995 (*Staatsblad* 1995, s. 653) tilpasses den nationale ret de forpligtelser, der følger af direktivets artikel 8, stk. 2, og nederlandsk ret bringes herved også i overensstemmelse med Rom-konventionen.

16. Bestemmelsen lyder således:

»1. Et fonogram, der er fremstillet i kommercielt øjemed, eller en reproduktion af et sådant fonogram, kan udsendes eller kommunikeres til offentligheden på anden måde uden tilladelse fra fremstilleren af fono-

4 — Denne fodnote vedrører kun den italienske version.
5 — Denne fodnote vedrører kun den italienske version.
6 — Kongeriget Nederlandene har siden den 7.10.1993 været kontraherende part til konventionen.

grammet, den udøvende kunstner, eller disses retsefterfølgere, såfremt der betales et rimeligt vederlag derfor.

2. Såfremt der ikke foreligger en aftale om størrelsen af det rimelige vederlag, har Arrondissementsrechtbank te 's-Gravenhage enekompetence til i første instans efter påstand at fastsætte størrelsen af vederlaget.

3. Vederlaget tilkommer den udøvende kunstner, fremstilleren og disses retsefterfølgere og deles ligeligt mellem disse« [7].

17. WNR's artikel 15 bestemmer, at det rimelige vederlag, der er omhandlet i lovens artikel 7, betales til en repræsentativ, juridisk person, udpeget af justitsministeren, som også på vegne af den udøvende kunstner eller fremstilleren skal varetage fastsættelsen af størrelsen af vederlaget og udøvelsen af eneretten.

Faktiske omstændigheder og retsforhandlinger

18. Parterne i hovedsagen er på den ene side Stichting ter Exploitatie van Naburige Rechten (herefter »SENA«), en nederlandsk fællesorganisation for udøvende kunstnere samt fremstillere og importører af fonogrammer, og Nederlandse Omroep Stichting (herefter »NOS«), en organisation for den statsdrevne radio. Tvisten drejer sig om fastsættelsen af det rimelige vederlag, NOS skal betale SENA i medfør af WNR's artikel 7.

19. I 1986, det vil sige længe før WNR's ikrafttræden, havde Nederlandse Vereniging van Producenten en Importeurs van Beeld en Geluidsdragers (herefter »NVPI«), et organ der på det tidspunkt varetog interesserne for fremstillere af fonogrammer, indgået en aftale med NOS, hvorefter sidstnævnte skulle betale NVPI et vist beløb som kompensation for udsendelsen af fonogrammer via offentlige nederlandske stationer. Vederlaget for anvendelsen, der blev betalt årligt, beløb sig i 1984 til 605 000 NLG og i 1994 til 700 000 NLG.

20. Ved WNR's ikrafttræden overgik interesserepræsentationen for fremstillere af fonogrammer og for udøvende kunstnere i medfør af loven til SENA. Som følge heraf ophævede NVPI den ovennævnte aftale i december 1993. De efterfølgende forhandlinger mellem NOS og SENA om indgåelse af en ny aftale i overensstemmelse med WNR's artikel 7, forblev resultatløse. SENA anlagde derfor sag ved Arrondis-

7 — Oversættelsen er ikke officiel.

sementsrechtbank te 's-Gravenhage (herefter »retten i Haag«) med henblik på at få fastsat det rimelige vederlag til 7 500 000 NLG. Retten i Haag fastsatte beløbet for 1995 til 2 000 000 NLG og forbeholdt sig sin beslutning vedrørende de efterfølgende år.

21. Efter at denne afgørelse var blevet appelleret fastslog Gerechtshof te 's-Gravenhage (herefter »appelretten«) ved mellemdom af 6. maj 1999, at hverken nederlandsk ret eller direktivet indeholder oplysninger, der præciserer begrebet rimeligt vederlag og navnlig, at formålet med direktivet ikke var at harmonisere beregningsmetoden. Appelretten fastslog i øvrigt, at det rimelige vederlag, som omhandlet i nederlandsk ret, omtrent skal svare til det, som NOS var forpligtet til at betale NVPI i henhold til aftalen fra 1986, eftersom dette var i overensstemmelse med lovgivers hensigt, hvilket fremgår af forarbejderne til loven. NOS skulle dog betale et større vederlag, hvis der fandt en stigning sted vedrørende en eller flere af følgende faktorer: antal timer fonogrammerne udsendes, antallet af lyttere og seere med hensyn til programmer, som repræsenteres af NOS, størrelsen på de tariffer, der ved aftale er fastsat for rettigheder til fremførelse og radio- og fjernsynsudsendelse af musikværker, der er ophavsretligt beskyttede, størrelsen af de tariffer, der anvendes af de radio- og fjernsynsforetagender i de medlemsstater, der grænser op til Nederlandene, såvel som de beløb, der betales af kommercielle stationer.

22. SENA iværksatte appel vedrørende denne afgørelse og gjorde gældende, at den var uforenelig med direktivet. Direktivet, der har indført det selvstændige begreb rimeligt vederlag, kræver en ensartet fortolkning heraf i de forskellige medlemsstater, hvilket den anfægtede afgørelse ikke tillader ifølge SENA.

23. Da Hoge Raad der Nederlanden dermed skal fortolke en bestemmelse i direktiv 92/100, har den forelagt Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål ved dom af 9. juni 2000:

»1) Er det i artikel 8, stk. 2, i Rådets direktiv 92/100/EØF af 19. november 1992 [om udlejnings- og udlånsrettigheder samt om visse andre ophavsretsbeslægtede rettigheder i forbindelse med intellektuel ejendomsret] anvendte begreb »rimeligt vederlag« et fællesskabsbegreb, som skal fortolkes og anvendes på samme måde i alle Det Europæiske Fællesskabs medlemsstater?

2) Såfremt det første spørgsmål besvares bekræftende:

a) Efter hvilke kriterier skal størrelsen af det rimelige vederlag fastsættes?

b) Skal der tages udgangspunkt i størrelsen af de vederlag, som inden direktivets ikrafttrædelse var blevet aftalt mellem de pågældende foretagender i den pågældende medlemsstat, eller som de sædvanligvis betalte?

c) Skal eller kan der tages hensyn til de forventninger, som vedtagelsen af den nationale lov til gennemførelse af direktivet har fremkaldt hos de berørte med hensyn til størrelsen af vederlaget?

d) Skal der tages udgangspunkt i størrelsen af de vederlag, der betales på grund af ophavsretten til musikværker for radio- og fjernsynsforetagenders udsendelser?

e) Skal vederlaget afhænge af det potentielle antal lyttere eller seere, eller af det faktiske antal lyttere eller seere, eller skal det afhænge dels af førstnævnte, dels af sidstnævnte antal, og i sidstnævnte tilfælde, i hvilket forhold?

3) Såfremt det første spørgsmål besvares benægtende, betyder det da, at medlemsstaterne fuldstændig frit kan fastlægge de kriterier, efter hvilke størrelsen af det rimelige vederlag skal fastsættes, eller gælder der visse grænser for denne frihed, og i bekræftende fald, hvilke grænser?«

24. Foruden parterne i hovedsagen har Kommissionen, den nederlandske, den tyske, den finske og den portugisiske regering såvel som Det Forenede Kongeriges regering indgivet skriftlige indlæg under retsforhandlingerne for Domstolen.

Retlig vurdering

25. Med de tre præjudicielle spørgsmål ønsker den nationale ret nærmere bestemt oplyst, om begrebet »rimeligt vederlag« i direktivets artikel 8, stk. 2, udgør et fællesskabsretligt begreb, og hvis besvarelsen er benægtende, hvilke konsekvenser dette har i forhold til de kriterier, på hvis grundlag størrelsen af vederlaget fastsættes.

Parternes argumenter

a) Begrebet »rimeligt vederlag«

26. Ifølge SENA's opfattelse er begrebet »rimeligt vederlag« et fællesskabsretligt

begreb, der som sådan skal fortolkes på grundlag af ensartede kriterier i alle medlemsstaterne. Dette følger ikke kun af principperne om lighed og forbud mod forskelsbehandling, men frem for alt også af målsætningen med direktivet og Rom-konventionen, som direkte har påvirket udformningen af direktivet. Begge retsakter forfølger nemlig det mål at sikre en effektiv harmonisering til ophævelse af de økonomiske ulemper, der for udøvende kunstnere og fonogramfremstillere kan følge af udsendelsen af deres værker. Et sådant mål kan kun nås ved en ensartet fortolkning af begrebet »rimeligt vederlag«. Ved en modsætningsslutning bekræftes dette af direktivets artikel 5, der vedrører indskrænkninger i eneretten til udlån, når det drejer sig om offentligt udlån og under forudsætning af, at ophavsmændene »oppebærer [et] vederlag«. I disse tilfælde bestemmer direktivet udtrykkeligt, at medlemsstaterne »under hensyn til deres målsætninger for fremme af kulturen« frit skal kunne fastsætte dette vederlag. Det forhold, at der i modsætning til artikel 8 ikke er en henvisning til »rimeligt vederlag«, indebærer, at medlemsstaterne ikke råder over det skøn, de har i andre tilfælde.

27. Også NOS, Kommissionen, den nederlandske regering, den portugisiske regering og Det Forenede Kongeriges regering er af den opfattelse, at »rimeligt vederlag« er et fællesskabsretligt begreb. I kraft af »rimeligt« er der ganske vist tale om et vagt begreb, som hverken er defineret i direktivet eller i Rom-konventionen, og som snarere, hvilket navnlig NOS, den portugisiske regering og Det Forenede Kongeriges regering har understreget, vedrører den retmæssige vurdering af det enkelte tilfælde. Medlemsstaterne har således et vidt skøn ved fortolkningen af begrebet, navnlig henset til, at direktivet kun indebærer en minimumsharmonisering.

28. Som Kommissionen og den nederlandske regering har anført, forholder det sig dog sådan, at medlemsstaterne ikke har en uindskrænket frihed til at fastlægge det omhandlede begrebs indhold, men er begrænset af de rammer, som følger af direktivets opbygning. Denne frihed skal tjene til at finde et rimeligt kompromis mellem fremstillernes og de udøvende kunstneres interesser på den ene side og brugernes på den anden side.

29. I henhold til den nederlandske regerings opfattelse medfører begrebets fællesskabsretlige karakter i øvrigt, at medlemsstaterne, der i denne henseende råder over et vidt skøn, skal holde sig inden for de grænser og den kontrol, som følger af begrebets karakter. Herved gælder det samme som ved andre fællesskabsretlige begreber som for eksempel begrebet om den offentlige orden.

I denne forbindelse henviser den nederlandske regering navnlig til Van Duyn-dommen [8] og Rutili-dommen [9], hvori Domstolen fastslog, at »[m]edlemsstaterne [...] i det væsentlige [har] frihed til i overensstemmelse med de nationale behov at bestemme, hvad hensynet til den offentlige orden kræver. Dette begreb må imidlertid i fællesskabsretlig sammenhæng og særligt i det omfang, det skal retfærdiggøre en afvigelse fra de grundlæggende principper [...] fortolkes strengt, således at dets rækkevidde ikke ensidigt kan afgøres af den enkelte medlemsstat uden fællesskabsinstitutionernes kontrol« [10].

30. Endelig har den tyske regering og den finske regering foreslået en løsning, som formelt står i modsætning til de andre intervenerende regeringers standpunkter, men ikke, hvad reelt ligger langt fra disse. De to førstnævnte regeringer udelukker ganske vist, at begrebet rimeligt vederlag er fællesskabsretligt, men har anført, at dette ikke indebærer, at medlemsstaterne har en ubegrænset frihed. Navnlig den tyske regering har understreget, at de grænser, som ikke må overskrides, når et rimeligt vederlag fastsættes inden for rammerne af den nationale retsorden, følger af direktivets formål og anvendelsesområde, som er at sikre udøvende kunstnere et rimeligt vederlag, samt at indtægterne fordeles i forhold til ophavsmændenes og de udøvende kunstneres bidrag.

8 — Dom af 4.12.1974, sag 41/74, Sml. s. 1337.
9 — Dom af 28.10.1975, sag 36/75, Sml. s. 1219.
10 — Rutili-dommen, præmis 26 og 27.

b) Fortolkningskriterierne

31. Flere af de intervenerende parter har ikke ofret fortolkningskriterierne i det præjudicielle spørgsmål 2, litra a) megen opmærksomhed, og jeg mener i hvert fald ikke, at det er nødvendigt i det følgende at komme ind på de argumenter, der er fremsat i den forbindelse. På dette sted skal jeg alene henvise til, at flere af de intervenerende parter ikke mener, at det er relevant, at Domstolen udtaler sig om dette punkt. Skønt den tyske regering udførligt har diskuteret hvert eneste kriterium, har den bestridt, at spørgsmålet kan antages til realitetsbehandling, eftersom dets genstand ikke er direktivets fortolkning, men anvendelsen af nationale bestemmelser i et konkret tilfælde. Spørgsmålet bør derfor ikke ifølge regeringen besvares af Domstolen, men i stedet være genstand for en sagkyndig undersøgelse i hovedsagen.

Stillingtagen

32. Da jeg nu skal behandle de forelagte spørgsmål, forekommer det mig vanskeligt at benægte, at begrebet »rimeligt vederlag« er et fællesskabsretligt begreb, eftersom det anvendes i et direktiv, uden at der i henseende til fortolkning af begrebet henvises direkte eller indirekte til national ret. Domstolen har allerede flere gange fastslået følgende: »Det følger såvel af kravene om

en ensartet anvendelse af fællesskabsretten som af lighedsprincippet, at ordlyden af en fællesskabsretlig bestemmelse, som ikke indeholder nogen udtrykkelig henvisning til medlemsstaternes ret med hensyn til fastlæggelsen af dens betydning og rækkevidde, normalt i hele Fællesskabet skal undergives en selvstændig og ensartet fortolkning, som skal søges under hensyntagen til bestemmelsens kontekst og formålet med den pågældende ordning« [11].

33. Imidlertid fremgår der næsten intet af det anførte vedrørende definitionen af det omhandlede begreb, eftersom begrebet nævnes, men overhovedet ikke defineres i direktivet. Dette er heller ikke overraskende, når henses til, at begrebet bygger på en tankegang om rimelighed, og at denne tanke, hvilket næsten samtlige parter er enige om, i sagens natur er et »åbent« begreb, som er udtryk for et almindeligt princip om proportionalitet og lighed, men som overlader den, som anvender begrebet, et vidt skøn. Som anført i denne sag (navnlig af den portugisiske regering og Det Forenede Kongeriges regering), indebærer henvisningen til rimelighed, at det, naturligvis med undtagelse af det tilfælde, at der foreligger en aftale mellem parterne, tilkommer retten at afveje de modstridende interesser under hensyntagen til den konkrete sags særlige omstændigheder og ikke på grundlag af generelle og teoretiske, allerede fastsatte normative kriterier.

34. Som sagt overrasker det mig ikke, at der i direktivet ikke er givet nogen præcis definition af begrebet »rimeligt vederlag«. Derimod skal jeg fremhæve, at direktivet ikke indeholder en sådan definition og ikke engang indeholder nogen direkte eller indirekte henvisning til eventuelle kriterier for bedømmelsen af vederlagets »rimelighed«. Dette står i kontrast til, hvad direktivet bestemmer ved overdragelse af udlejningsrettigheder. I dette tilfælde angives i det mindste et ensartet, om end meget generelt, kriterium til fastsættelse af et rimeligt vederlag til ophavsmænd og udøvende kunstnere (artikel 4, stk. 1) [12], hvilket vil sige det kriterium, som er baseret på, i hvilken grad disse har bidraget til fonogrammet eller filmen (syvende betragtning) [13].

35. Henvisning til kriterierne til fastsættelse af en rimelig kompensation findes dog også i direktiv 2001/29/EF om harmonise-

11 — Senest dom af 19.9.2000, sag C-287/98, Linster, Sml. I, s. 6917, præmis 43, og af 9.11.2000, sag C-357/98, Yiadom, Sml. I, s. 9265, præmis 26, samt tidligere dom af 18.1.1984, sag 327/82, Ekro, Sml. s. 107, præmis 11.

12 — Bestemmelsen har følgende ordlyd: »Ophavsmænd og udøvende kunstnere, der overfører eller overdrager retten til at udleje et fonogram, en original film eller en kopi af en film til en producent af fonogrammer eller film, bevarer retten til at oppebære et rimeligt vederlag for udlejning.«

13 — Det hedder der: »Ved fastsættelsen af dette rimelige vederlag tages der hensyn til, i hvor høj grad de pågældende ophavsmænd og udøvende kunstnere har bidraget til fonogrammet eller filmen.«

ring af visse aspekter af ophavsret og beslægtede rettigheder i informationssamfundet [14]. I dette direktivs artikel 5 bestemmes, at medlemsstaterne kan indføre en ret til frit at anvende værker, som er beskyttet i medfør af ophavsret eller beslægtede rettigheder, til privat brug, forudsat at visse rettighedshavere sikres en rimelig kompensation. Navnlig hvad angår et af de i artikel 5 omhandlede tilfælde bestemmes udtrykkeligt, at kompensationens størrelse fastsættes under hensyntagen til »anvendelse eller ikke-anvendelse af de [...] tekniske [beskyttelses-]foranstaltninger«. I direktivets femogtredivte betragtning gives der omvendt en ikke udtømmende opregning af yderligere kriterier, som kan tages i betragtning ved fastsættelsen af størrelsen på den rimelige kompensation [15].

36. I andre tilfælde har fællesskabslovgiver ikke fundet det nødvendigt at angive ensartede anvendelseskriterier. Dette gælder for direktiv 93/83/EØF om samordning af visse bestemmelser vedrørende ophavsrettigheder og ophavsretsbeslægtede rettigheder i forbindelse med radio- og tv-udsendelse via satellit og videresprednin pr. kabel [16], der alene udvider anvendelsen af artikel 8 i direktiv 92/100 til disse former for offentlig gengivelse.

37. Man kan således drage den slutning, at fællesskabslovgiver, når det er fundet nødvendigt eller opportunt, har taget stilling til begreber som dem, hvis fortolkning er genstand for denne sag. I et tilfælde som det foreliggende, hvor lovgivningen derimod ikke indeholder noget svar, har hensigten været at give medlemsstaterne et videre skøn, hvormed fællesskabslovgiver åbenbart ikke har anset en mere vidtrækkende harmonisering på området for nødvendig eller opportun. Omvendt mener jeg ikke, at det er Domstolens opgave på lovgivers vegne at udforme de af sidstnævnte ikke fastlagte fælles kriterier og dermed uberettiget indskrænke medlemsstaternes frihed.

38. Efter at have konstateret dette helt generelt skal jeg præcisere, at denne frihed ikke er ubegrænset, da den altid udøves i forbindelse med anvendelsen af et fællesskabsretligt begreb og dermed er undergivet

14 — Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 22.5.2001, EFT L 167, s. 10.

15 — Navnlig bestemmes følgende: »Når det fastsættes, hvilken form en sådan rimelig kompensation skal have, hvilke nærmere bestemmelser der skal gælde for den, og hvilket omfang den eventuelt skal have, bør der tages hensyn til de særlige omstændigheder i hvert enkelt tilfælde. I forbindelse med vurderingen af disse omstændigheder kan det være relevant som kriterium at lægge til grund, om rettighedshaverne eventuelt har lidt skade som følge af den pågældende handling. I visse sager, hvor rettighedshaverne allerede har modtaget en anden form for betaling, f.eks. som del af en licensafgift, bør der ikke forfalde specifik eller særskilt betaling. Ved fastsættelsen af størrelsen af den rimelige kompensation bør der tages hensyn til, i hvor stor udstrækning der anvendes tekniske beskyttelsesforanstaltninger som nævnt i dette direktiv. I visse situationer, hvor skaden for rettighedshaveren er minimal, bør der ikke være betalingspligt.«

16 — Rådets direktiv af 27.9.1993 om samordning af visse bestemmelser vedrørende ophavsrettigheder og ophavsretsbeslægtede rettigheder i forbindelse med radio- og tv-udsendelse via satellit og videresprednin pr. kabel, EFT L 248, s. 15.

fællesskabsinstitutionernes og navnlig Domstolens kontrol.

39. Som den nederlandske regering har anført, foreligger der en situation, der svarer til den, der kan opstå ved flere andre fællesskabsretlige begreber, der ikke er defineret i fællesskabsretten, og hvis definition i vidt omfang overlades til de nationale lovgivninger. For at fastholde den nederlandske regerings udtalelser er dette eksempelvis tilfældet ved begrebet om den offentlig orden, og dette gælder navnlig i det tilfælde, hvor begrebet i artikel 39 EF anvendes til at begrænse arbejdskraftens frie bevægelighed. I henhold til den almindelig kendte retspraksis fra Van Duyn-dommen og Rutili-dommen henviser begrebet om den offentlige orden i sig selv til medlemsstaternes suveræne kompetence og dermed til deres interne ret. Derfor har »[m]edlemsstaterne [...] i det væsentlige frihed til i overensstemmelse med de nationale behov at bestemme, hvad hensynet til den offentlige orden kræver« [17], eftersom de særlige omstændigheder for anvendelsen af begrebet »kan være forskellige fra land til land og fra periode til periode« [18]. Denne frihed, som medlemsstaterne nyder i forhold til at fastsætte, hvad hensynet til den offentlige orden kræver, kan dog ikke unddrages den fællesskabsretlige kontrol, eller de begrænsninger, der følger af fællesskabsretten. Dette skyldes, at medlemsstaternes frihed i denne henseende indgår i en »fællesskabsretlig sammenhæng« og indebærer en begrænsning af et væsentligt traktathjemlet princip, der i det konkrete tilfælde er personers frie bevægelighed [19].

17 — Rutili-dommen, jf. fodnote 9, præmis 26.
18 — Van Duyn-dommen, jf. fodnote 8, præmis 18.
19 — Rutili-dommen, jf. fodnote 9, præmis 27.

40. Efter min mening kan man anlægge de samme overvejelser vedrørende det i direktivets artikel 8 anvendte begreb »rimeligt vederlag«. Den frihed, medlemsstaterne er blevet tilkendt, skal således udøves under fællesskabsinstitutionernes kontrol og under hensyntagen til de vilkår og begrænsninger, som følger af direktivet, og mere generelt under hensyntagen til traktatens principper og opbygning.

41. Mere konkret forekommer det mig klart, at en medlemsstat ikke i strid med et generelt fællesskabsretligt princip kan fastlægge indholdet af begrebet »rimeligt vederlag«.

42. Den finske regering har med rette henvist til, at medlemsstaternes handlefrihed navnlig på dette område er begrænset, eftersom det er nødvendigt at sikre anvendelsen af princippet om forbud mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet, hvilket er hjemlet i artikel 12 EF, og som, for så vidt det er relevant her, er præciseret i bestemmelserne om den frie bevægelighed for varer, personer og tjenesteydelser.

43. Forbuddet mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet har i øvrigt i denne henseende et anvendelsesområde, der rækker ud over det i artikel 12 EF gældende. Hvad angår beskyttelsen for beslægtede rettigheder omfatter dette forbud nemlig en række personer, der er statsborgere i tredjelande og dermed ikke beskyttet i medfør af artikel 12 EF, men som er omfattet af den beskyttelse, der følger af Verdenshandelsorganisationens TRIPs-aftale og af Rom-konventionen.

44. Som bekendt er TRIPs-aftalen nemlig bindende for Fællesskabet og alle medlemsstaterne, ligesom denne aftales bestemmelser om national behandling udgør en del af det regelsæt, som Domstolen skal sikre overholdelsen af i henhold til artikel 220 EF. Ved henvisningen i denne aftales artikel 1, stk. 3, inkorporeres dermed Rom-konventionens artikel 2, 4 og 5, hvorefter princippet om national behandling finder anvendelse på en omfattende kategori af personer og situationer, som hverken i kraft af statsborgerskab eller bopæl fremviser nogen særlig tilknytning til Fællesskabet, og som grundlæggende ikke er beskyttede i medfør af artikel 12 EF. Derfor er det både på grundlag af artikel 12 EF og på grundlag af konventionsbestemmelserne, at medlemsstaternes handlefrihed er begrænset i anvendelsen af direktivet og navnlig af dets artikel 8, stk. 2.

45. Så vidt de generelle principper. Jeg mener imidlertid, at de omstændigheder, som er egnede til at begrænse det skøn, der er overladt medlemsstaterne, må følge af direktivets opbygning og navnlig af nødvendigheden af at sikre direktivets effektive virkning.

46. I denne henseende skal jeg først og fremmest konstatere, at et vederlag herefter ikke anses for rimeligt, når konsekvensen er, at det er skadeligt for direktivets mål, herunder navnlig det med artikel 8, stk. 2, tilsigtede mål. Mens denne bestemmelse vil sikre rettighedshaveren et vederlag for den heri nævnte brug, forekommer det mig åbenbart, at dette vederlag ikke skal være rimeligt, men også håndgribeligt og substantielt for at undgå risikoen for, at den udøvende kunstner eller fremstilleren fratages deres anerkendte ret. I lighed med det, den nederlandske regering med rette har anført, kan inddragelsen af omstændighederne i det konkrete tilfælde, undtagen under helt usædvanlige omstændigheder, aldrig føre til fastsættelsen af et rent symbolsk vederlag, der i sidste ende ville betyde en fornægtelse af retten til vederlag.

47. Denne slutning finder efter min mening også støtte i syvende betragtning til direktivet, hvorefter den retlige beskyttelse af udøvende kunstnere og ophavsmænd, som følger af direktivet i sin helhed, tager sigte på at sikre de udøvende kunstnere et rimeligt vederlag og ophavsmændene dækning for deres investering. Det i direktivets artikel 8, stk. 2, hjemlede vederlag skal derfor effektivt bidrage til at sikre, at kunstnerisk aktivitet og produktion er indkomstgivende.

48. Man kan endda spørge sig selv, om denne målsætning ikke kunne tjene som et *ufravigeligt* kriterium til fastsættelse af det rimelige vederlag. Det, der taler imod en sådan slutning, er, at indkomsten fra den kunstneriske aktivitet og produktion sikres ved direktivets samlede foranstaltninger. Denne indkomst sikres i første omgang og almindeligvis ved, at de pågældende personer tilkendes en eneret, eksempelvis udlejnings- og udlånsrettigheder i medfør af artikel 2[20], optagelsesrettigheder i medfør af artikel 6[21], reproduktionsrettigheder i medfør af artikel 7[22], og udsendelsesrettigheder samt rettigheder til offentlig gengivelse direkte i medfør af direktivets artikel 8, stk. 1. Udsendelse og offentlig gengivelse af et fonogram, der allerede er udgivet i kommercielt øjemed, giver derimod ikke kunstneren, og slet ikke fremstilleren, nogen eneret (med direktivets ordlyd: »til at tillade eller forbyde«, jf. artikel 8, stk. 1). Følgeligt udgør den i artikel 8, stk. 2, omhandlede ret til et rimeligt vederlag alene et tillæg til ordningen om indkomstgaranti. Dette er konsekvent i forhold til den ovennævnte eneret, når man tager hensyn til den »vage« karakter, retten til et rimeligt vederlag har.

49. Sammenfattende når jeg frem til, at begrebet »rimeligt vederlag« som omhandlet i direktivets artikel 8, stk. 2, er et fællesskabsretligt begreb, men at direktivet ikke indeholder noget ensartet kriterium til fastsættelse af vederlagets størrelse. Medlemsstaterne kan derfor fortsat frit fastlægge disse kriterier under forudsætning af, at de tager hensyn til direktivets mål og fællesskabsrettens principper.

20 — »Eneretten til at tillade eller forbyde udlejning og udlån tilkommer
[...]
— den udøvende kunstner, for så vidt angår optagelsen af hans fremførelse
— fremstilleren af fonogrammer, for så vidt angår hans fonogrammer [...]«

21 — »Medlemsstaterne foreskriver, at udøvende kunstnere har eneret til at tillade eller forbyde optagelse af deres fremførelser [...]«

22 — »Medlemsstaterne foreskriver, at:
— udøvende kunstnere har eneret til at tillade eller forbyde direkte eller indirekte reproduktion af optagelser af deres fremførelser
— fremstillere af fonogrammer har eneret til at tillade eller forbyde direkte eller indirekte reproduktion af deres fonogrammer [...]«

Forslag til afgørelse

50. På baggrund af det anførte foreslår jeg, at Domstolen besvarer de præjudicielle spørgsmål således, at begrebet »rimeligt vederlag«, som omhandlet i artikel 8, stk. 2, i Rådets direktiv 92/100/EØF af 19. november 1992 om udlejnings- og udlånsrettigheder samt om visse andre ophavsretsbeslægtede rettigheder i forbindelse med intellektuel ejendomsret, er et fællesskabsretligt begreb, men at direktivet ikke indeholder noget ensartet kriterium til fastsættelse af vederlagets størrelse. Medlemsstaterne kan derfor fortsat frit fastlægge disse kriterier under forudsætning af, at de tager hensyn til direktivets mål og fællesskabsrettens principper.