FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT ANTONIO TIZZANO

föredraget den 26 september 2002 [1]

Inledning

1. Genom beslut av den 9 juni 2000 hänsköt Hoge Raad der Nederlanden (nedan kallat Hoge Raad) tre tolkningsfrågor till domstolen angående tolkningen av rådets direktiv 92/100/EEG om uthyrnings- och utlåningsrättigheter och vissa upphovsrätten närstående rättigheter inom det immaterialrättsliga området (nedan kallat direktiv 92/100 eller direktivet). [2] De tre frågorna gäller tolkningen av begreppet "skälig ersättning" som används i artikel 8.2 i direktivet. Frågorna syftar i huvudsak till att fastställa om begreppet är gemenskapsrättsligt samt vilka följder detta har i det ena eller andra fallet för fastställande av vilka kriterier som skall användas för att fastställa beloppet för skälig ersättning.

1 — Originalspråk: italienska.

2 — EGT L 346, 1992, s. 61.

Tillämpliga bestämmelser

Direktiv 92/100/EEG

2. Syftet med direktivet är att harmonisera nationella rättsordningar i frågor gällande uthyrnings- och utlåningsrättigheter i upphovsrättsligt avseende och vissa så kallade upphovsrätten närstående rättigheter i den utsträckning som det är nödvändigt för att den inre marknaden skall fungera väl.

3. I ingressen framgår direktivets grunder och syfte på följande sätt, såvitt är av intresse här:

"[M]ed beaktande av följande:

1) Det finns olikheter i det rättsskydd som lagstiftning och rättspraxis i de olika medlemsstaterna erbjuder för upphovsrättsligt skyddade verk och alster som omfattas av närstående rättigheter vad beträffar uthyrning och utlåning. Sådana olikheter skapar

hinder för handeln och snedvrider konkurrensen, och hindrar därmed att den inre marknaden genomförs och fungerar väl.

...

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

...

Gemenskapens juridiska regelverk om uthyrnings- och utlåningsrättigheter och vissa upphovsrätten närstående rättigheter kan begränsas till föreskrifter om att medlemsstaterna skall tillhandahålla vissa grupper av rättighetshavare skydd för uthyrnings- och utlåningsrättigheter och till att vissa grupper av rättighetshavare inom området närstående rättigheter tillförsäkras rättigheter till upptagning, mångfaldigande, spridning, radio- och TV-utsändning och återgivning för allmänheten."

4. I enlighet med ovanstående säkerställs i direktivet, såvitt är av intresse här, ett harmoniserat skydd för närstående rättigheter i fråga om fonogram, filmer och radioutsändningar. De som kommer i åtnjutande av skyddet är utövande konstnärer, framställare (producenter) samt organ som ägnar sig åt radio- och TV-utsändningar, det vill säga grupper som inte skyddas av upphovsrätten.

5. I artikel 8 regleras särskilt radio- och TV-utsändning och återgivning för allmänheten av "framförande". Bestämmelsen har följande lydelse:

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

2. Medlemmarna skall föreskriva rätt till en enda skälig ersättning från användaren när ett fonogram som har utgivits i kommersiellt syfte används i original eller kopia för trådlös utsändning eller eljest för återgivning för allmänheten. De skall säker-

ställa att denna ersättning fördelas mellan de berörda utövande konstnärerna och fonogramframställarna. Medlemsstaterna får fastställa villkoren för hur ersättningen skall fördelas mellan dem när det saknas avtal dem emellan."

6. Det skydd som säkerställs genom dessa bestämmelser utgör en miniminivå för harmonisering, vilket framgår av det tjugonde skälet, som har följande lydelse:

"Medlemsstaterna får föreskriva mera långtgående skydd för innehavare av närstående rättigheter än det som föreskrivs i artikel 8 i detta direktiv."

7. Den skäliga ersättning som anges i artikel 8.2 definieras inte uttryckligen i direktivet. Inte heller i ingressen hänvisas direkt till begreppet skälig ersättning.

8. I ingressen återfinns emellertid vissa uppgifter om skälig ersättning i ett annat fall, nämligen överlåtelse av rätten till uthyrning. Det framgår särskilt att rätten till sådan ersättning har föreskrivits med beaktande av följande skäl:

"... Det är nödvändigt att tillförsäkra upphovsmän och utövande konstnärer en skälig ersättning som de inte kan avstå ifrån. Rättighetshavarna måste ha möjlighet att uppdra förvaltningen av denna rättighet till kollektiva organisationer.

... Den skäliga ersättningen kan erläggas i form av en eller flera betalningar när avtalet ingås eller när som helst därefter.

... När den skäliga ersättningen fastställs måste hänsyn tas till i vilken grad upphovsmännen och de utövande konstnärerna bidragit till fonogrammet eller filmen i fråga."

Internationell rätt

9. Direktivet, och särskilt de bestämmelser som är av betydelse i detta mål, skall läsas i ljuset av motsvarande internationella regelverk, vilket också framgår uttryckligen av det tionde skälet i direktivet. I detta skäl betonas följande: "Medlemsstaternas lag-

stiftning bör tillnärmas på ett sätt som inte strider mot de internationella överenskommelser som många medlemsstaters lagstiftning om upphovsrätt och närstående rättigheter bygger på."

10. Den internationella regleringen utgörs huvudsakligen, såvitt är av intresse här, av TRIPS-avtalet [3] och av den i Rom ingångna internationella konventionen av den 26 oktober 1961 om skydd för utövande konstnärer, framställare av fonogram och radioföretag, vilken samtliga medlemsstater utom Portugal har anslutit sig till och som TRIPS-avtalet hänvisar till.

11. Enligt artikel 14 i TRIPS-avtalet åligger det medlemmarna att säkerställa följande:

"1. Beträffande fixering av utövande konstnärers framförande på ljudupptagning skall dessa ha möjlighet att förhindra följande handlingar, om dessa vidtas utan deras samtycke: upptagning av deras ej upptagna framförande och återgivning av sådan upptagning. Utövande konstnärer skall även ha möjlighet att förhindra följande handlingar när dessa vidtas utan deras samtycke: trådlös utsändning och direktsänd återgivning till allmänheten av deras framförande.

...

6. Beträffande de i punkterna 1, 2 och 3 medgivna rättigheterna, kan en medlem fastställa villkor, inskränkningar, undantag och reservationer i den utsträckning Romkonventionen medger detta..."

12. I artikel 7 i Romkonventionen föreskrivs i sin tur ett minimiskydd för de utövande konstnärerna som de fördragsslutande staterna är skyldiga att säkerställa. Enligt bestämmelsen gäller särskilt följande:

"Skydd som enligt denna konvention tillerkännes utövande konstnärer skall innefatta möjlighet att förhindra

a) radioutsändning och offentlig återgivning, utan deras samtycke, av deras framförande, utom i fall då det i

3 — Avtal om handelsrelaterade aspekter av immaterialrätter, bilaga 1C till Avtalet om upprättande av Världshandelsorganisationen (EGT L 336, 1994, s. 214; svensk specialutgåva, område 11, volym 38, s. 216), som antagits genom rådets beslut 94/800/EG av den 22 december 1994 om ingående av de avtal Europeiska gemenskapen under de multilaterala förhandlingarna i Uruguayrundan träffat inom ramen för sin behörighet (1986—1994), EGT L 336, s. 1.

radioutsändningen eller det offentliga återgivandet använda framförandet självt redan utgör ett i radio utsänt framförande eller härrör från en upptagning." [4]

13. I artikel 12 regleras det så kallat sekundära användandet av ljud- eller bildupptagning. Bestämmelsen har följande lydelse:

"Om fonogram, som utgivits i kommersiellt syfte, eller mångfaldigat exemplar av sådant fonogram användes direkt för radioutsändning eller för offentlig återgivning, skall den som använder fonogrammet utbetala ett enda, skäligt ersättningsbelopp till de utövande konstnärerna eller till fonogramframställarna eller till båda. Villkoren för uppdelningen av detta belopp kunna, om parterna icke komma överens därom, bestämmas av den nationella lagstiftningen." [5]

14. I konventionen fastläggs en i huvudsak harmoniserad reglering. I artiklarna 2, 4 och 5 i konventionen återfinns därutöver regler om nationella bestämmelser till vilka artikel 1.3 i TRIPS-avtalet i sin tur hänvisar. I sistnämnda bestämmelse erinras om att "medlemmarna skall behandla andra medlemmars rättssubjekt enligt bestämmelserna i detta avtal" och preciseras vidare, såvitt är av intresse här, att "[m]ed andra medlemmars rättssubjekt förstås sådana fysiska eller juridiska personer som skulle uppfylla kraven på rätt till skydd enligt... Romkonventionen...". [6]

Nederländsk rätt

15. Genom artikel 7 i Wet op de naburige rechten (nederländsk lag om upphovsrätten närstående rättigheter; nedan kallad WNR) av den 18 mars 1993, som trädde i kraft den 1 juli 1993 och ändrades genom lag av den 21 december 1995 (Staatsblad 1995, s. 653), anpassas den nationella rätten till de skyldigheter som följer av artikel 8.2 i direktivet och säkerställs samtidigt att den nederländska rätten står i överensstämmelse med Romkonventionen.

16. Artikel 7 i WNR har följande lydelse:

"1. Ett fonogram som framställts i kommersiellt syfte eller för mångfaldigande får radioutsändas eller göras tillgängligt för publik på något annat sätt utan tillstånd från framställaren av ljudupptagningen

4 — Sveriges överenskommelser med främmande makter, nr 68 (1962).

5 — Sveriges överenskommelser med främmande makter, nr 68 (1962).

6 — Sedan den 7 oktober 1993 är Konungariket Nederländerna anslutet till konventionen.

eller den utövande konstnären eller rättsinnehavaren om skälig ersättning utbetalas.

2. I avsaknad av överenskommelse om beloppet för den skäliga ersättningen, är Arrondissementsrechtbank te 's-Gravenhage i talan som väckts i första instans ensam behörig att fastställa beloppet för den skäliga ersättningen.

3. Ersättning skall utbetalas till den utövande konstnären, framställaren eller rättsinnehavaren och den skall fördelas lika mellan dem." [7]

17. I artikel 15 i WNR föreskrivs att ersättningen skall erläggas till en juridisk person som av justitieministeriet utsetts till företrädare för den utövande konstnären eller rättsinnehavarna. Företrädaren skall också representera de berörda i fråga om fastställande av ersättningsbeloppet samt vid utövandet av deras ensamrätt.

Faktiska omständigheter och förfarande

18. Parterna i målet vid den hänskjutande domstolen är å ena sidan Stichting ter Exploitatie van Naburige Rechten (nedan kallad SENA), en nederländsk stiftelse som företräder utövande konstnärer och producenter och importörer av fonogram, och å andra sidan Nederlandse Omroep Stichting (nedan kallad NOS), som är ett organ för samordning av radioutsändning. Saken gäller fastställande av den skäliga ersättning som SENA begärt av NOS i enlighet med artikel 7 i WNR.

19. 1986 ingicks ett avtal mellan å ena sidan Nederlandse Vereniging van Producenten en Importeurs van Beeld en Geluidsdragers (nedan kallat NVPI), som var det organ som vid denna tidpunkt företrädde framställare av fonogram, och å andra sidan NOS. Avtalet ingicks således långt innan WNR trädde i kraft. Enligt avtalet förpliktades NOS att till NVPI betala ett visst belopp som ersättning för utsändning av fonogram från statliga nederländska radioföretag. Detta belopp, som beräknades på årsbasis, uppgick till 605 000 NLG för användningen år 1984 och hade 1994 ökat till 700 000 NLG.

20. När WNR trädde i kraft övergick företrädarskapet för fonogramframställares och utövande konstnärers intressen genom bestämmelse i lag till SENA. Till följd härav sade NVPI upp ovannämnda avtal i december 1993. NOS och SENA förhandlade härefter om ett nytt avtal i enlighet med artikel 7 i WNR, men förhandlingarna blev resultatlösa. SENA vände sig följaktligen till Arrondissementsrechtbank te

7 — Inofficiell översättning.

's-Gravenhage (nedan kallad domstolen i Haag) med begäran om att en skälig ersättning om 7 500 000 NLG skulle fastställas. Domstolen i Haag fastställde ett belopp för år 1995 om 2 000 000 NLG och angav att beslut för följande år skulle meddelas senare.

21. Efter överklagande meddelade Gerechtshof te 's-Gravenhage (nedan kallad appellationsdomstolen i Haag eller appellationsdomstolen) den 6 maj 1999 en mellandom. I mellandomen noterades att det varken i nederländsk rätt eller i direktivet ges några upplysningar som kan användas för att konkretisera begreppet "skälig ersättning". Vidare noterades att syftet med direktivet inte är att harmonisera metoderna för beräkning av nämnda ersättning. Appellationsdomstolen beslutade för övrigt att den skäliga ersättning som föreskrivs i nederländsk rätt ungefär skall svara mot det belopp som NOS var skyldigt att betala till NVPI vid tillämpning av 1986 års avtal, eftersom detta utgjorde den normerande uppfattning som kan utläsas ut den nämnda lagens förarbeten. NOS skall emellertid betala en högre ersättning om en eller flera av följande faktorer ökar: antalet timmar fonogrammet utsänds, publiken på de nät som NOS företräder, storleken på den avtalsvis fastställda ersättningen för användningen av upphovsrättsligt skyddade verk, den ersättning som betalats av radioutsändande organ i närliggande medlemsstater samt den ersättning som betalas av kommersiella utsändare i Nederländerna.

22. SENA överklagade avgörandet och gjorde gällande att avgörandet stred mot direktivet. SENA gjorde gällande att eftersom det självständiga begreppet skälig ersättning införts i direktivet krävs en enhetlig tolkning av begreppet i de olika medlemsstaterna. En sådan tolkning medges inte genom det överklagande avgörandet.

23. Hoge Raad, som således var tvunget att tolka en bestämmelse i direktiv 92/100, hänsköt genom beslut av den 9 juni 2000 följande tolkningsfrågor till domstolen:

"1. Är begreppet skälig ersättning som används i direktivet ett gemenskapsrättsligt begrepp som skall tolkas och tillämpas lika i alla medlemsstater inom den Europeiska gemenskapen?

2. Om den första frågan besvaras jakande:

a) Enligt vilka kriterier skall beloppet för skälig ersättning fastställas?

b) Skall utgångspunkten endast vara de ersättningsbelopp som avtalats eller var brukliga mellan de berörda organisationerna i medlemsstaten i fråga innan direktivet trädde i kraft?

c) Skall eller får hänsyn tas till de förväntningar som antagandet av den nationella lag som införlivar direktivet har givit upphov till hos de berörda vad gäller ersättningens storlek?

d) Skall utgångspunkten vara det ersättningsbelopp som utbetalats på grund av upphovsrätt för musikaliska verk som radio- och TV-företag utsänder?

e) Skall ersättningen fastställas på grundval av antalet potentiella eller konstaterade tittare eller lyssnare, eller på grundval av båda och i så fall i vilken utsträckning?

3. Om den första frågan besvaras nekande, betyder det att medlemsstaterna helt fritt kan besluta om vilka kriterier som skall ligga till grund för fastställandet av skälig ersättning? Föreligger vissa begränsningar i denna frihet och i så fall vilka?"

24. Utöver parterna i målet vid den nationella domstolen har kommissionen, Nederländernas regering, Tysklands regering, Finlands regering, Portugals regering samt Förenade kungarikets regering kommit in med yttrande i målet vid EG-domstolen.

Rättslig bedömning

25. Med de tre angivna frågorna har den hänskjutande domstolen i huvudsak velat att domstolen fastställer huruvida begreppet "skälig ersättning" som används i artikel 8.2 i direktivet är ett gemenskapsrättsligt begrepp samt vilka följder detta har i det ena eller andra fallet för fastställande av vilka kriterier som skall användas för att fastställa beloppet för skälig ersättning.

Parternas argument

a) Begreppet skälig ersättning

26. SENA har gjort gällande att begreppet skälig ersättning är ett gemenskapsrättsligt

begrepp och att det som sådant skall tolkas på grundval av samma bedömningsgrunder i alla medlemsstater. Detta följer, förutom av de grundläggande principerna om likställighet och icke-diskriminering, framför allt av syftet med direktivet och med Romkonventionen, som direkt påverkat utformningen av direktivet. Båda dessa rättsakter har nämligen som syfte att säkerställa en effektiv harmonisering som tar sikte på att kompensera den ekonomiska nackdel som kan drabba de utövande konstnärerna och framställarna när deras verk utsänds. Detta syfte kan inte uppnås på annat sätt än genom en likformig tolkning av begreppet skälig ersättning, vilket också för övrigt bekräftas *e contrario* i artikel 5 i direktivet. I artikel 5 stadgas ett undantag från ensamrätten till utlåning när fråga är om offentliga institutioner under förutsättning att upphovsmannen "får ersättning". För dessa fall föreskrivs uttryckligen i direktivet att medlemsstaterna skall "[h]a frihet att bestämma ersättningens storlek med hänsyn till sina kulturfrämjande syften". Det faktum att artikel 5, till skillnad från artikel 8, inte innehåller någon hänvisning till "skälig ersättning" ger vid handen att medlemsstaterna inte har tillerkänts den frihet att avgöra ersättningens storlek som de har i det andra fallet.

27. Även NOS, kommissionen, den nederländska regeringen, den portugisiska regeringen och Förenade kungarikets regering har ansett att begreppet skälig ersättning är ett gemenskapsrättsligt begrepp. De hänvisar emellertid till det vaga begreppet "skälighet", som varken definieras i direktivet eller i Romkonventionen och som snarare, vilket särskilt NOS, den portugisiska regeringen och Förenade kungarikets regering har understrukit, tar sikte på en rättvis bedömning i det enskilda fallet. Medlemsstaterna har således en vidsträckt frihet vid tolkningen av begreppet, särskilt med beaktande av att det i direktivet endast föreskrivs en miniminivå för harmonisering.

28. Såsom både kommissionen och den nederländska regeringen kraftigt har betonat, är det emellertid ovedersägligen så att medlemsstaterna inte har en oinskränkt frihet att fastställa det ifrågavarande begreppets betydelse, vilken har en omfattning som följer av direktivets systematik. Medlemsstaternas frihet bör i själva verket vara inriktad på att uppnå en riktig avvägning mellan å ena sidan framställarnas och de utövande konstnärernas intressen och å andra sidan användarnas intressen.

29. Den nederländska regeringen har vidare anfört att det ifrågavarande begreppets gemenskapsrättsliga karaktär medför att medlemsstaterna måste hålla sig inom de gränser och den kontroll som direktivets nämnda karaktär ger vid handen, även om de har ett avsevärt utrymme för egen bedömning i detta avseende. Det föreligger således härvidlag inte någon skillnad gentemot vad som gäller för andra gemenskapsrättsliga begrepp, såsom till exempel för begreppet allmän ordning.

I detta avseende har den nederländska regeringen hänvisat särskilt till domarna i målen Van Duyn[8] och Rutili[9], i vilka domstolen har konstaterat att "[m]edlemsstaterna är... i princip fortfarande fria att utifrån nationella behov bestämma vad hänsynen till allmän ordning kräver. I ett gemenskapssammanhang och särskilt när det används för att rättfärdiga en avvikelse från de grundläggande principerna... bör detta begrepp emellertid tolkas restriktivt, så att dess räckvidd inte kan bestämmas ensidigt av varje medlemsstat utan kontroll av gemenskapsinstitutionerna." [10]

30. Slutligen har den tyska regeringen och den finska regeringen föreslagit en lösning som formellt står i motsats till de andra intervenerande regeringarnas ståndpunkter, men som vad innehållet beträffar inte befinner sig långt från desamma. De förstnämnda regeringarna har visserligen bestritt att begreppet skälig ersättning skulle vara gemenskapsrättsligt, men har också konstaterat att det härav inte följer att medlemsstaterna skulle ha en obegränsad frihet. Särskilt den tyska regeringen har anfört att de gränser som inte får överskridas när en skälig ersättning fastställs inom ramen för de nationella rättsordningarna följer av direktivets föremål och syfte och består i nödvändigheten att säkerställa att de utövande konstnärerna erhåller en lämplig inkomst samt att intäkterna fördelas i proportion till hur betydande upphovsmannens eller den utövande konstnärens medverkan är.

8 — Dom av den 4 december 1974 i mål 41/74, Van Duyn (REG 1974, s. 1337; svensk specialutgåva, volym 2, s. 389).

9 — Dom av den 28 oktober 1975 i mål 36/75, Rutili (REG 1975, s. 1219; svensk specialutgåva, volym 2, s. 485).

10 — Domen i det ovannämnda målet Rutili, punkterna 26 och 27.

b) Enskilda tolkningsdata

31. Alla de som inkommit med yttrande har inte fäst mycken uppmärksamhet vid de tolkningsdata som framgår av punkt 2 a i tolkningsfrågan och med hänsyn till det följande anser jag det i vart fall inte vara nödvändigt att argumentera särskilt kring detta. Jag vill här endast framhålla att flera av dem som deltagit i förfarandet har ansett det vara olämpligt att domstolen uttalar sig på denna punkt. Trots att den utförligt har yttrat sig angående varje tolkningsdatum, har den tyska regeringen ifrågasatt om frågan alls skall tas upp till prövning. Vidare har den tyska regeringen anfört att frågan inte så mycket gäller tolkningen av direktivet, som tillämpningen av nationell rätt i det enskilda fallet. Med hänsyn härtill borde frågan således inte besvaras av domstolen, utan snarare bli föremål för en bedömning inom ramen för det nationella förfarandet.

Bedömning

32. Om vi övergår till bedömningen av de hänskjutna frågorna, kan jag svårligen hävda annat än att begreppet skälig ersättning är ett gemenskapsrättsligt begrepp, detta eftersom begreppet används i ett direktiv och att det ifråga om tolkningen av begreppet varken förekommer någon direkt eller indirekt hänvisning till nationell rätt. Domstolen har också flera gånger understrukit att "[a]v såväl kravet på en

enhetlig tillämpning av gemenskapsrätten som likhetsprincipen [följer] att en gemenskapsbestämmelse som inte innehåller någon uttrycklig hänvisning till medlemsstaternas rättsordningar för att bestämma dess betydelse och räckvidd normalt skall ges en självständig och enhetlig tolkning inom hela gemenskapen, som skall göras under hänsynstagande till sammanhanget och syftet med föreskrifterna i fråga". [11]

33. Härmed har emellertid nästan ingenting sagts om hur det ifrågavarande begreppet skall definieras, eftersom det endast nämns och inte på något sätt definieras i direktivet. Detta är heller inte överraskande, om man betänker att begreppet bygger på "skälighetstanken" och att denna tanke, vilket nästan samtliga berörda har anfört, om än nyanserat på olika sätt, till sin natur är ett "öppet" begrepp och uttrycker en allmän princip om proportionalitet och jämvikt, och i hög grad överlåter åt tillämparen att göra en uppskattning. Såsom har understrukits (särskilt av den portugisiska och av den brittiska regeringen) i den diskussion som förevarit i målet, medför hänvisningen till skälighet att det naturligtvis, såvida avtal mellan parterna saknas, ankommer på domstolen att väga parternas intressen mot varandra med beaktande av de särskilda omständigheterna i det enskilda fallet och inte på grundval av allmänt och abstrakt i förväg fastställda normerande kriterier.

34. Det är således inte förvånande att begreppet "skälig ersättning" inte ges en precis definition i direktivet, vilket jag redan framhållit. Det som däremot är värt att påpekas är att i direktivet, till skillnad mot vad som gäller för begreppet överlåtelse av uthyrningsrätt, inte heller ges någon direkt eller indirekt upplysning om de eventuella kriterier som skulle kunna vara till hjälp för att uppskatta ersättningens "skälighet". I fråga om begreppet överlåtelse av uthyrningsrätt anges åtminstone ett enhetligt kriterium, även om det är något allmänt hållet, för att fastställa skälig ersättning för upphovsmän och utövande konstnärer (artikel 4.1) [12] det vill säga det kriterium som tar sikte på vikten av konstnärens bidrag till fonogrammet eller filmen i fråga (sjuttonde skälet) [13].

35. Uppgift om vilka kriterier som kan användas för att fastställa skälig ersättning återfinns dock även i direktiv 2001/29/EG

11 — Se senast dom av den 19 september 2000 i mål C-287/98, Linster m.fl. (REG 2000, s. I-6917), punkt 43, av den 9 november 2000 i mål C-357/98, Yiadom (REG 2000, s. I-9265), punkt 26, samt tidigare dom av den 18 januari 1984 i mål 327/82, Ekro (REG 1984, s. 107), punkt 11.

12 — Artikel 4.1 har följande lydelse: "När en upphovsman eller utövande konstnär har överlåtit eller upplåtit sin uthyrningsrätt avseende ett fonogram eller ett original eller annat exemplar av en film till en fonogramframställare eller en filmproducent, behåller upphovsmannen eller den utövande konstnären rätten att erhålla skälig ersättning för uthyrningen."

13 — Det sjuttonde skälet har följande lydelse: "När den skäliga ersättningen fastställs måste hänsyn tas till i vilken grad upphovsmännen och de utövande konstnärerna bidragit till fonogrammet eller filmen i fråga."

om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället. [14] I artikel 5 i nämnda direktiv stadgas att medlemsstaterna får föreskriva en rätt att för privata ändamål fritt använda objekt som skyddas av upphovsrätten eller av denna närstående rättigheter, under förutsättning att vissa rättighetshavare tillförsäkras en skälig ersättning. Vad beträffar ett av de fall som är i fråga i artikel 5 föreskrivs å ena sidan uttryckligen där att vid fastställande av ersättningens storlek hänsyn skall tas till "huruvida... tekniska åtgärder... har tillämpats på det berörda verket eller alstret eller inte". I trettiofemte skälet i nämnda direktiv ges å andra sidan i mer allmänna ordalag en icke uttömmande uppräkning av ytterligare tillämpningskriterier som kan tas i beaktande vid fastställandet av storleken på den skäliga ersättning som anges i artikel 5. [15]

36. I andra fall har inte den gemenskapsrättslige lagstiftaren ansett det nödvändigt att ange gemensamma tillämpningskriterier. Detta gäller för direktiv 93/83/EG om samordning av vissa bestämmelser om upphovsrätt och närstående rättigheter avseende satellitsändningar och vidaresändning via kabel. [16] I direktivet finns endast möjlighet att tillämpa artikel 8 i direktiv 92/100 på dessa former av offentlig kommunikation.

37. Man kan således dra slutsatsen att när det har ansetts nödvändigt eller lämpligt har gemenskapslagstiftaren tagit ställning till begrepp som helt och hållet motsvarar dem vars tolkning är i fråga i detta mål. I de fall lagstiftningen däremot, såsom i förevarande fall, inte ger något besked, har avsikten härmed varit att ge medlemsstaterna en mer vidsträckt frihet. I sådana fall har lagstiftaren uppenbarligen ansett att en mer långtgående harmonisering inte har varit nödvändig eller lämplig inom det ifrågavarande området. Jag anser å andra sidan att det inte ankommer på domstolen att ikläda sig rollen som gemenskapslagstiftare och i denna egenskap fastställa gemensamma kriterier som den verklige gemenskapslagstiftaren i själva verket inte har uppställt och därigenom oberättigat inskränka medlemsstaternas frihet.

38. Efter att ha konstaterat detta rent allmänt bör det dock preciseras att denna frihet inte är obegränsad, då den alltid utövas i förhållande till ett gemenskapsrättsligt begrepp, och således är föremål för

14 — Europaparlamentets och rådets direktiv av den 22 maj 2001 (EGT L 167, s. 10—19).

15 — Det anges särskilt i skälet att "[v]id fastställande av formen, de närmare bestämmelserna om och den eventuella nivån på denna rimliga kompensation bör de särskilda förhållandena i varje enskilt fall beaktas. När dessa förhållanden bedöms är ett värdefullt kriterium den eventuella skadan för rättsinnehavarna av åtgärden i fråga. I de fall när rättsinnehavarna redan har erhållit betalning i någon annan form, t.ex. som en del av en licensavgift, behöver det inte krävas någon särskild eller separat betalning. Vid fastställandet av nivån på den rimliga kompensationen bör full hänsyn tas till i hur stor utsträckning sådana tekniska åtgärder som avses i detta direktiv används. I vissa situationer när förfånget för rättsinnehavaren är obetydligt behöver det inte uppkomma någon betalningsskyldighet".

16 — Rådets direktiv 93/83/EEG av den 27 september 1993 om samordning av vissa bestämmelser om upphovsrätt och närstående rättigheter avseende satellitsändningar och vidaresändning via kabel (EGT L 248, s. 15; svensk specialutgåva, område 13, volym 25, s. 33).

kontroll från gemenskapsinstitutionernas sida och då från domstolen i synnerhet.

39. Såsom den nederländska regeringen har påpekat är det nämligen här fråga om en situation som inte är olik den som kan uppstå i fråga om flera andra av de begrepp som används, men som inte definieras, i gemenskapsrätten och som i stor utsträckning lämnats till den nationella lagstiftningen. Detta är exempelvis fallet, för att åter hänvisa till den nederländska regeringens yttrande, i fråga om begreppet allmän ordning. Särskilt gäller detta i det fall begreppet i artikel 39 används för att begränsa arbetstagares fria rörlighet. Enligt de välkända domarna i målen Van Duyn och Rutili, är begreppet allmän ordning till sin natur sådant att det hänvisar till den behörighet som är en del av medlemsstaternas suveränitet och således till medlemsstaternas interna nationella rätt. Följaktligen är "[m]edlemsstaterna... i princip fortfarande fria att utifrån nationella behov bestämma vad hänsynen till allmän ordning kräver" [17], eftersom dessa kan "[v]ariera från ett land till ett annat och från en tid till en annan" [18], vilket domstolen har understrukit i dessa avgöranden. Trots detta gäller att den frihet som medlemsstaterna åtnjuter i fråga om att avgöra vilka krav den egna allmänna ordningen ställer inte innebär att de i detta avseende kan gå utöver de begränsningar som fastställs i gemenskapsrätten och undandra sig gemenskapsrättslig kontroll. Anledningen härtill är att medlemsstaternas frihet i detta avseende ingår i "ett gemenskapssammanhang" och innebär en begränsning av en grundläggande princip i fördraget, vilken i det angivna rättsfallet utgörs av arbetstagares fria rörlighet. [19]

17 — Dom i det ovannämnda målet Rutili, punkt 26.
18 — Dom i det ovannämnda målet Van Duyn, punkt 18.
19 — Dom i det ovannämnda målet Rutili, punkt 27.

40. Motsvarande torde kunna sägas i fråga om begreppet "skälig ersättning" som används i artikel 8 i direktivet. Den frihet medlemsstaterna tillerkänts skall således utövas under gemenskapsinstitutionernas kontroll och med iakttagande av de villkor och begränsningar som uppställs i direktivet samt mer allmänt av fördragets principer och systematik.

41. Om man vill konkretisera det ovan sagda är det framför allt uppenbart att fastställandet av "skälig ersättning" inte kan genomföras av en medlemsstat i strid med en allmän gemenskapsrättslig princip.

42. Den finska regeringen har med rätta understrukit att medlemsstaternas handlingsutrymme är begränsat i nu aktuellt sammanhang eftersom det är nödvändigt att säkerställa tillämpningen av principen om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet, vilken lagts fast i artikel 12 EG, och som, såvitt är av intresse här, preciserats i bestämmelser om fri rörlighet för varor, personer och tjänster.

43. Förbudet mot diskriminering på grund av nationalitet har för övrigt i detta avseende ett mer vidsträckt tillämpningsområde än vad som framgår enbart av artikel 12 EG. Vad beträffar skyddet för närstående rättigheter gäller nämnda förbud i själva verket även en rad personer som är medborgare i tredje land, och således inte skyddas i den mening som avses i artikel 12 EG, men som skyddas enligt WTO:s TRIPS-avtal och enligt Romkonventionen.

44. Som bekant är TRIPS-avtalet nämligen tvingande för gemenskapen och samtliga medlemsstater och som bekant utgör avtalets regler om nationell behandling en integrerad del av det regelverk vars iakttagande domstolen skall säkerställa enligt artikel 220 EG, detta oavsett diskussionen om avtalets direkta effekt. Genom hänvisning i artikel 1.3 i avtalet inkorporeras emellertid artiklarna 2, 4 och 5 i Romkonventionen. Genom dessa bestämmelser läggs fast att tillämpningen av principen om nationell behandling skall gälla en mer omfattande kategori personer och situationer som inte uppvisar något specifikt samband med gemenskapen, vare sig det gäller medborgarskap eller säte och som således inte skulle skyddas genom artikel 12 EG. Det är följaktligen på grundval av såväl de ovannämnda konventionsbestämmelserna som artikel 12 EG, som medlemsstaternas handlingsutrymme begränsas såvitt gäller tillämpningen av direktivet och särskilt av artikel 8.2 i detsamma.

45. Ovanstående gäller beträffande de allmänna principerna. De omständigheter som är ägnade att begränsa det utrymme för bedömning som lämnats medlemsstaterna torde dock även följa av direktivets systematik och särskilt av att det är nödvändigt att säkerställa att direktivet bibehåller sin ändamålsenliga verkan.

46. I detta hänseende torde man först och främst kunna konstatera att en ersättning inte kan anses skälig om den motverkar direktivets ändamål, särskilt vad gäller artikel 8.2 i direktivet. Det framstår som uppenbart att ersättningen, såvitt gäller "skäligheten", alltid skall vara verksam och substantiell för att risken att frånta den utövande konstnären och framställaren deras rättighet skall undvikas. Detta följer av att bestämmelsen syftar till att säkerställa att rättighetshavarna får en "ersättning" för det här aktuella utnyttjandet. Med andra ord skall bedömningen av omständigheterna i det enskilda fallet inte få leda till en enbart symbolisk ersättning, vilket den nederländska regeringen med rätta påpekat. Detta skulle i slutändan innebära ett nekande av rätt till ersättning.

47. Denna slutsats torde även vinna stöd av lydelsen av det sjunde skälet i direktivet. Det rättsliga skydd för de utövande konstnärerna och för producenterna som följer av direktivet i dess helhet, syftar enligt detta skäl till att säkerställa en inkomstnivå för de förra och ett återfående av investerade medel för de senare. Ersättningen som anges i artikel 8.2 i direktivet skall således effektivt bidra till att säkerställa att konstnärlig aktivitet och produktion är inkomstbringande.

48. Man kan till och med fråga sig huruvida detta syfte inte skulle kunna fungera som *enda* bedömningsgrund vid fastställande av skälig ersättning. Mot en sådan slutsats talar emellertid det faktum att inkomsten från det konstnärliga utövandet och produktionen garanteras genom de medel som direktivet uppställer till förmån för utövande konstnärer och producenter. Inkomsten för dessa personer säkerställs i första hand och normalt sett genom att de tillerkänns vissa exklusiva rättigheter, såsom rätten till uthyrning eller utlåning enligt artikel 2 [20], upptagningsrätten enligt artikel 6 [21], rätten till mångfaldigande enligt artikel 7 [22] samt rätten till direktsänd radio och TV *live* och återgivning för allmänheten enligt artikel 8.1 i direktivet. Radio- och TV-utsändning och återgivning för allmänheten som härrör från ett fonogram som redan utgivits i kommersiellt syfte ger däremot inte utövaren, och ännu mindre producenten, någon exklusiv rättighet ("att medge eller förbjuda" med direktivets ord) (artikel 8.1). Till följd härav utgör rätten till skälig ersättning, som för dessa fall uppställs i artikel 8.2, inte annat än en accessorisk del av systemet för intäktsgaranti. Detta är konsekvent med tanke på den "svaga" karaktär rätten till skälig ersättning har, i förhållande till de ovannämnda exklusiva rättigheterna.

49. Jag drar slutsatsen att begreppet skälig ersättning som används i artikel 8.2 i direktivet är ett gemenskapsrättsligt begrepp. I direktivet anges dock inte enhetliga kriterier enligt vilka beloppets storlek skall fastställas. Medlemsstaterna kan således fritt besluta vilka dessa kriterier skall vara, under förutsättning att de tar hänsyn till direktivets syfte och till gemenskapsrättsliga principer.

20 — Enligt denna bestämmelse gäller följande: "Ensamrätten att medge eller förbjuda uthyrning och utlåning skall tillkomma:... den utövande konstnären vad gäller upptagningar av hans framförande, fonogramframställaren vad gäller hans fonogram,..."

21 — "Medlemsstaterna skall föreskriva att utövande konstnärer har ensamrätt att medge eller förbjuda upptagning av sina framföranden."

22 — "Medlemsstaterna skall föreskriva att ensamrätt att medge eller förbjuda direkt eller direkt mångfaldigande tillkommer: utövande konstnärer vad gäller upptagningar av deras framföranden, fonogramframställare vad gäller deras fonogram..."

Förslag till avgörande

50. Mot bakgrund av de synpunkter som framförts i det föregående, föreslår jag följaktligen att domstolen besvarar tolkningsfrågorna enligt följande. Begreppet skälig ersättning som används i artikel 8.2 i direktivet är ett gemenskapsrättsligt begrepp. I direktivet anges dock inte enhetliga kriterier enligt vilka beloppets storlek skall fastställas. Medlemsstaterna kan således fritt besluta vilka dessa kriterier skall vara, under förutsättning att de tar hänsyn till direktivets syfte och till gemenskapsrättsliga principer.