FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT D. RUIZ-JARABO COLOMER

fremsat den 22. maj 2008 [1]

I — Indledning

1. Kunstnere har for vane at bruge pseudonymer, af hvilken grund det kan være vanskeligt for publikum at vide, hvornår deres yndlingsstjerner inden for film, teater, malerkunst eller musik anvender deres ægte identitet eller gemmer deres person bag et tilnavn. Det er kun de færreste, der opnår, at deres fiktive og virkelige identitet opnår en lige stor grad af bekendthed (umiddelbart kan jeg kun komme i tanke om Marilyn Monroe/Norma Jean Baker).

2. Den sanger, der er baggrunden for denne sag, ville således efter al sandsynlighed have opnået berømmelse i en mere snæver kreds under sit virkelige navn: Shabtai Zisel ben Abraham, idet han kom fra en familie, der stammede fra Odessa [2]. Jeg våger det gæt, at heller ikke oversættelsen til et europæisk sprog (Robert Allen Zimmerman) ville have skaffet ham en større succes. Til gengæld kender flere generationer af musikelskere meget vel hans alias: Bob Dylan [3].

3. Ligesom det er tilfældet for Phil Collins [4] og Cliff Richard [5], er de værker, der er skabt af denne kunstner — som er en beundrer af den walisiske digter Dylan Thomas (1914-1953) [6], hvis fornavn han lånte og ændrede det til sit efternavn — et yndlingsobjekt for optagelser, som er yderst indbringende, og som derfor produceres uhæmmet.

1 — Originalsprog: spansk.

2 — De biografiske oplysninger findes i F.J. Satué, *¡Más madera! Una historia del Rock*, Belacqva, Barcelona, 2004, s. 397 ff.

3 — Der synes på det seneste at være en stor lytterkreds til hans ugentlige radioprogram »Theme time radio hour«, der udsendes af XM Satellite Radio (*EL PAÍS* fra tirsdag den 25.3.2008, s. 48). Hans liv er endvidere blevet skildret i filmen *I'm Not There* (2007), som er en hyldest til musikeren fra instruktøren Todd Haynes.

4 — Trommeslager og sanger i pop- og rockgruppen »Genesis«, siden hen solosanger, som gav anledning til dom af 20.10.1993, forenede sager C-92/92 og C-326/92, Phil Collins m.fl., Sml. I, s. 5145.

5 — Hans virkelige navn er Harry Rodger Webb, tidligere forsanger i »The Shadows« (http://www.cliffrichard.org).

6 — Det vides ikke, om beundringen var begrænset til digtekunsten, eller om den også omfattede den livsstil, der blev fulgt af forfatteren, der selv betegnede sig som »verdens største drukkenbold« og i det mindste i sine unge år var en inkarneret boheme, således som det fremgår af hans værk *Portrait of the artist as a young dog*, hvor han skriver: »Den unge Mr. Thomas var for tiden arbejdsløs, men sagdes, at han snart ville tage af sted til London for at prøve at skabe sig en karriere i Chelsea som journalist. Han havde ikke en rød øre og nærede et uklart håb om, at han kunne leve af kvinder«.

4. Bundesgerichtshof (den tyske højesteret) har forelagt tre præjudicielle spørgsmål, som vedrører nogle fonogrammer med dette ægte rockidols sange, som blev skrevet i begyndelsen af 1960'erne, og hvis beskyttelse i Tyskland der er tvist om for den nævnte høje retsinstans, der grundlæggende rejser det spørgsmål, om der kan ydes dem beskyttelse i medfør af fællesskabsretten, idet den anser en beskyttelse for udelukket i henhold til national ret.

5. Tvistens økonomiske betydning er ikke ringe, da afgørelsen i sagen er bestemmende for, om et stort antal værker fra tiden før ikrafttrædelsen af den tyske lov om ophavsret og beslægtede rettigheder i 1966 forbliver uden copyright-beskyttelse og således kan udnyttes frit, eller om de anses for omfattet af de nævnte rettigheder med den konsekvens, at udnyttelsen af dem afhænger af, hvad rettighedsindehaverne finder for godt at bestemme.

II — De relevante retsregler

A — *Fællesskabsbestemmelser*

6. Tilnærmelsen af medlemsstaternes nationale lovgivninger vedrørende intellektuelle ejendomsrettigheder er hovedsageligt blevet gennemført ved hjælp af direktiv 93/98/EØF [7], der senere er blevet ændret [8], og som blev ophævet ved direktiv 2006/116/EF [9], der kodificerer de tidligere direktiver.

7. Artikel 3 i direktiv 2006/116, der har overskriften »Varigheden af beslægtede rettigheder«, bestemmer i stk. 2:

»Fonogramfremstilleres rettigheder udløber 50 år efter optagelsen […]

Nærværende stykke indebærer imidlertid ikke, at fonogramfremstillerens rettigheder, som fordi beskyttelsestiden i medfør af artikel 3, stk. 2, i direktiv 93/98/EØF som defineret i den før vedtagelsen af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2001/29/EF ikke længere er beskyttet den 22. december 2002, beskyttes på ny.«

7 — Rådets direktiv af 29.10.1993 om harmonisering af beskyttelsestiden for ophavsret og visse beslægtede rettigheder (EFT L 290, s. 9).

8 — Navnlig ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2001/29/EF af 22.5.2001 om harmonisering af visse aspekter af ophavsret og beslægtede rettigheder i informationssamfundet (EFT L 167, s. 10).

9 — Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 12.12.2006 om beskyttelsestiden for ophavsret og visse beslægtede rettigheder (EUT L 372, s. 12).

8. Artikel 7 i direktiv 2006/116, med overskriften »Beskyttelse over for tredjelande«, bestemmer i stk. 1 og 2:

»1. For værker, hvis hjemland i henhold til Bernerkonventionen [10] er et tredjeland, og hvis ophavsmand ikke er statsborger inden for Fællesskabet, udløber den i medlemsstaterne gældende beskyttelsestid på det tidspunkt, hvor beskyttelsen i værkets hjemland ophører, dog således at den i artikel 1 fastsatte beskyttelsestid ikke kan overskrides.

2. De i artikel 3 fastsatte beskyttelsesperioder gælder ligeledes for rettighedshavere, der ikke er statsborgere inden for Fællesskabet, såfremt medlemsstaterne yder sådanne rettighedshavere beskyttelse. Medmindre andet følger af medlemsstaternes internationale forpligtelser, udløber den i medlemsstaterne gældende beskyttelsestid dog senest på det tidspunkt, hvor beskyttelsen ophører i det tredjeland, hvori rettighedshaveren er statsborger, dog således at den i artikel 3 fastsatte beskyttelsestid ikke kan overskrides.«

9. Artikel 10 i direktiv 2006/116 har overskriften »Tidsmæssig anvendelse«, og bestemmelsens stk. 1, 2 og 3 har følgende indhold:

»1. Hvis en beskyttelsestid, der er længere end den tilsvarende periode i dette direktiv, allerede var gældende i en medlemsstat den 1. juli 1995, medfører dette direktiv ikke, at den pågældende beskyttelsestid afkortes i den pågældende medlemsstat.

2. Den beskyttelsestid, der er fastsat i dette direktiv, finder anvendelse på alle værker og emner, som på den i stk. 1 nævnte dato var beskyttet i mindst én medlemsstat i medfør af national lovgivning om ophavsret eller beslægtede rettigheder, eller som opfylder kriterierne for beskyttelse efter Rådets direktiv 92/100/EØF af 19. november 1992 om udlejnings- og udlånsrettigheder samt om visse andre ophavsretsbeslægtede rettigheder i forbindelse med intellektuel ejendomsret.

3. Direktivet berører ikke nogen udnyttelseshandling, der har fundet sted før den i stk. 1 nævnte dato. Medlemsstaterne træffer de nødvendige foranstaltninger til i særdeleshed at beskytte tredjemands erhvervede rettigheder.«

10 — Bernerkonventionen om beskyttelse af litterære og kunstneriske værker, som affattet ved Parisakten af 24.7.1971 og ændret den 28.9.1979 (kan ses på http://www.wipo.int/treaties/en/ip/berne/index.html).

B — *Internationale bestemmelser*

10. Inden for rammerne af Verdensorganisationen for Intellektuel Ejendomsret (herefter »WIPO«) er der vedtaget tre internationale konventioner, der specielt vedrører beskyttelsen af fonogramfremstilleres rettigheder, og som benævnes »Romkonventionen« [11], »Fonogramkonventionen« [12] og »WPPT« [13]. Den sidstnævnte traktat er blevet godkendt på Det Europæiske Fællesskabs vegne ved afgørelse 2000/278/EF [14] for så vidt angår spørgsmål, der henhører under dets kompetence.

11. Med hensyn til varigheden af beskyttelsen for fonogramfremstilleres rettigheder ses der en tendens til at forlænge denne, for mens Romkonventionen [15] og Fonogramkonventionen [16] fastsatte en undergrænse på 20 år, har WPPT udvidet den til mindst 50 år [17].

12. Med det formål at gennemføre en delvis harmonisering af de intellektuelle ejendomsrettigheder, hvor disse måtte påvirke den internationale handel, indeholder TRIPs-aftalen [18] endvidere en række bestemmelser om de forskellige former for intellektuel ejendomsret. Jeg nævner i det følgende de bestemmelser, der er relevante for lydoptagelser, og som finder anvendelse ved afgørelsen af denne sag.

13. Blandt de grundlæggende bestemmelser skal således navnlig nævnes artikel 3, der fastslår princippet om national behandling:

»1. Hvert medlem indrømmer andre medlemmers statsborgere en behandling, som ikke er mindre gunstig end den, det indrømmer sine egne statsborgere med hensyn til beskyttelse af intellektuel ejendomsret, jf. dog de undtagelser, der […] allerede er fastsat i henholdsvis Pariskonventionen (1967), Bernerkonventionen (1971), Romkonventionen og traktaten om intellektuel ejendomsret i forbindelse med integre-

11 — Om beskyttelse af udøvende kunstnere, fremstillere af fonogrammer samt radio- og fjernsynsforetagender, undertegnet i Rom den 26.10.1961.

12 — Af 29.10.1971 om beskyttelse for fremstillere af fonogrammer mod ulovlig kopiering af deres fonogrammer.

13 — WIPO-traktat om fremførelser og fonogrammer, vedtaget i Geneve den 20.12.1996. Alle disse traktater kan ses på http://wipo.int/treaties/en/

14 — Rådets afgørelse af 16.3.2000 om godkendelse på Det Europæiske Fællesskabs vegne af WIPO-traktaten om ophavsret og WIPO-traktaten om udøvende kunstnere og fonogrammer (EFT L 89, s. 6).

15 — I artikel 14, stk. 1, litra a).

16 — I artikel 4.

17 — I artikel 17, stk. 2.

18 — Aftale om handelsrelaterede intellektuelle ejendomsrettigheder (TRIPs) — bilag 1 C til overenskomsten om oprettelse af Verdenshandelsorganisationen, der er godkendt på Fællesskabets vegne 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 Uruguayrundens regi (1986-1994), for så vidt angår de områder, der hører under Fællesskabets kompetence (EFT L 336, s. 1; TRIPs-aftalen findes på s. 213).

rede kredsløb. Hvad angår udøvende kunstnere, fremstillere af fonogrammer samt radio- og fjernsynsforetagender gælder denne forpligtelse kun for de i denne aftale fastsatte rettigheder […]

[…]«

14. Heroverfor fastslår TRIPs-aftalens artikel 4 princippet om mestbegunstigelsesbehandling, i den forstand at enhver fordel, fortrinsbehandling eller immunitet og ethvert privilegium, som et medlem indrømmer noget andet lands statsborgere, omgående og ubetinget skal indrømmes alle andre medlemmers statsborgere, hvorefter bestemmelsen angiver nogle undtagelser fra den nævnte forpligtelse, som der under omstændighederne i hovedsagen kan ses bort fra.

15. TRIPs-aftalens artikel 9, stk. 1, henviser til Bernerkonventionen, og den pålægger de kontraherende stater at efterkomme konventionens artikel 1-21.

16. For så vidt angår de rettigheder, der tilkommer fremstillere af lydoptagelser, bestemmes det i TRIPs-aftalens artikel 14:

»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 ikke-fæstnede optræden og reproduktion af en således fæstnet optræden […]

2. Fremstillere af fonogrammer skal have ret til at tillade eller forbyde direkte eller indirekte reproduktion af deres fonogrammer.

[…]

5. Den tid, i hvilken de udøvende kunstnere og fremstillerne af fonogrammer skal være beskyttet i henhold til denne aftale, skal mindst strække sig til afslutningen af en periode på 50 år regnet fra udgangen af det kalenderår, i hvilket fæstnelsen eller den pågældende optræden fandt sted […]

[…]«

C — *De nationale bestemmelser*

17. De intellektuelle ejendomsrettigheder omhandles i Tyskland i Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte [19] (lov om ophavsret og beslægtede rettigheder, herefter »UrhG«). Lovens § 137f er en overgangsbestemmelse med henblik på tilpasningen af den nationale ret til direktiv 93/98/EF. § 137f, stk. 2 og 3, bestemmer:

»2) Denne lovs bestemmelser i den udgave, der er gældende fra den 1. juli 1995, finder også anvendelse på værker, for hvilke beskyttelsen i henhold til denne lov er udløbet inden den 1. juli 1995, men som i henhold til lovgivningen i en anden medlemsstat i Den Europæiske Union eller i en kontraherende stat i aftalen om Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde stadig er beskyttet på denne dato. Første punktum gælder tilsvarende for de […] rettigheder, der tilkommer […] fremstillere af fonogrammer (§ 85) […]

3) Såfremt beskyttelsen af et værk i henhold til stk. 2 genopstår i det område, hvor denne lov finder anvendelse, tilkommer de retablerede rettigheder ophavsmanden. En udnyttelseshandling, der er påbegyndt inden den 1. juli 1995, kan dog fortsættes inden for de aftalte rammer. For udnyttelsen fra den 1. juli 1995 skal der betales et rimeligt vederlag. Første, andet og tredje punktum gælder tilsvarende for beslægtede rettigheder.«

III — De faktiske omstændigheder i hovedsagen

18. Virksomheden Falcon Neue Medien Vertrieb GmbH (herefter »Falcon«), der er sagsøgt i hovedsagen og indstævnt i appelsagen, sælger to fonogrammer med optagelser af fremførelser af kunstneren Bob Dylan på compact disc eller »cd«, den ene med titlen »Bob Dylan — Blowin' in the Wind« og den anden med titlen »Bob Dylan — Gates of Eden«.

19. Sangene, der er registreret på disse fonogrammer, fandtes oprindeligt på albummerne »Bob Dylan — Bringing It All Back Home«, »The Times They Are A-Changin'« og »Highway 61 Revisited«.

20. Sony Music Entertainment (Germany) GmbH (herefter »Sony«), der er sagsøger i hovedsagen og appellant i appelsagen, er det

19 — Lov af 9.9.1965 (BGBl. I, s. 1273), senest ændret ved Fünftes Gesetz zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes (femte lov om ændring af lov om ophavsret og beslægtede rettigheder) af 10.11.2006 (BGBl. I, s. 2587).

tyske datterselskab af det velkendte multinationale japanske selskab af samme navn. Ifølge Sony blev samtlige sange på de to fonogrammer offentliggjort i De Forenede Stater før den 1. januar 1966, nemlig i 1964 og i 1965.

21. Sony har endvidere anført, at et amerikansk pladeselskab erhvervede de originale fonogramrettigheder vedrørende Bob Dylan-albummerne, herunder også for Tyskland, og at de er blevet overdraget til Sony, hvilket vil sige, at sagsøgte krænker Sonys intellektuelle ejendomsrettigheder, når sagsøgte reproducerer og distribuerer de nævnte cd'er.

22. Sony har følgelig nedlagt påstand om, at det forbydes Falcon selv eller via tredjemand at reproducere eller distribuere cd'erne »Bob Dylan — Blowin' in the Wind« og »Bob Dylan — Gates of Eden«. Sagsøgte påstås endvidere tilpligtet at meddele visse oplysninger og at betale erstatning for de tab, der er påført Sony.

23. Falcon har imidlertid gjort gældende, at efter tysk ret har pladeselskabet ikke nogen beskyttede rettigheder til Bob Dylan-fonogrammer fra tiden før den 1. januar 1966.

24. I første instans tog Landgericht Rostock ikke Sonys argumenter til følge og frifandt sagsøgte.

25. I appelsagen for Oberlandesgericht Rostock frafaldt appellanten sin undladelsespåstand for at fremme en forligsmæssig løsning, men fastholdt sit krav om, at der skulle meddeles visse oplysninger, og at der skulle ydes skadeserstatning.

26. Appelretten forkastede Sonys appel, idet den fandt, at fremstillere af fonogrammer i henhold til Genevekonventionen, der er gældende såvel i Tyskland som i De Forenede Stater, kun har de i § 85 i UrhG hjemlede beskyttelsesrettigheder til ydelser, der er leveret efter den 1. januar 1966. Retten fandt endvidere, at musikoptagelser fra tiden før denne dato heller ikke nyder beskyttelse efter § 137f i UrhG, der er en overgangsbestemmelse med henblik på tilpasningen af national ret til direktiv 93/98. § 137f, stk. 2, gælder nemlig ikke for fonogrammer, der er fremstillet før den 1. januar 1966, da disse ikke på noget tidspunkt har været beskyttet i Tyskland.

IV — De præjudicielle spørgsmål og retsforhandlingerne for Domstolen

27. Appeldommen er af Sony ved en revisionsappel blevet indbragt for Bundesgerichtshof, der konstaterer, at udfaldet af den

for retten indbragte revisionsappel afhænger af fortolkningen af artikel 10, stk. 2, i direktiv 2006/116. Den forelæggende ret har som begrundelse for relevansen af dens præjudicielle spørgsmål anført følgende betragtninger.

28. På den ene side finder Bundesgerichtshof, at Genevekonventionens tilbagevirkende kraft ikke er mere vidtgående end den nationale beskyttelse, som i medfør af § 129, stk. 1, i UrhG begrænser den tilbagevirkende kraft af beskyttelsen af pladeselskabers rettigheder, der støttes på § 85 i UrhG, til datoen for ikrafttrædelsen af UrhG selv, dvs. den 1. januar 1966.

29. På den anden side kan en beskyttelse af de omtvistede fonogrammer i Tyskland efter den forelæggende rets opfattelse heller ikke udledes af en direkte anvendelse af § 137f, stk. 2, i UrhG, hvilken bestemmelse blev indført [20] for at tilpasse national ret til direktiv 93/98, og den skal derfor fortolkes i lyset af det nævnte direktivs artikel 10, stk. 2. Under henvisning til ordlyden af § 137f, stk. 2, i UrhG, hvorefter beskyttelsen kun genopstår, hvis den var »udløbet« inden den 1. juli 1995, er Bundesgerichtshof således enig med Oberlandsgericht Rostock i, at fonogrammer, der er optaget før den 1. januar 1966 af pladeselskaber med hjemsted i tredjelande, ikke har haft beskyttelse i Tyskland på noget tidspunkt, hvorfor det ikke er muligt at lade en beskyttelse genopstå, som de aldrig har haft.

30. Idet Bundesgerichtshof tager udgangspunkt i Sonys påstand om, at lovgivningen i Det Forenede Kongerige også omfatter fonogrammer, der blev optaget før den 1. januar 1966, såvel som fonogrammer fremstillet af amerikanske pladeselskaber, der er blevet offentliggjort i De Forenede Stater, opstår der efter rettens opfattelse et spørgsmål om fortolkningen af artikel 10, stk. 2, i direktiv 2006/116.

31. På denne baggrund har Bundesgerichtshof besluttet at udsætte sagen og at forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Finder den i direktiv 2006/116/EF fastsatte beskyttelsestid i henhold til direktivets artikel 10, stk. 2, anvendelse, selv om det pågældende emne ikke på noget tidspunkt har været beskyttet i den medlemsstat, hvor beskyttelse kræves?

20 — Ved § 1, nr. 26, i Drittes Gesetz zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes af 23.6.1995 (tredje ændringslov til UrhG (BGBl. I, s. 842)).

2) Såfremt spørgsmålet besvares bekræftende:

a) Forstås der ved national lovgivning som omhandlet i artikel 10, stk. 2, i direktiv 2006/116 også medlemsstaternes lovgivning om beskyttelse af rettighedshavere, der ikke er statsborgere inden for Fællesskabet?

b) Finder den i direktiv 2006/116 fastsatte beskyttelsestid i henhold til direktivets artikel 10, stk. 2, også anvendelse på emner, som den 1. juli 1995 ganske vist opfyldte kriterierne for beskyttelse efter Rådets direktiv 92/100/EØF af 19. november 1992 om udlejnings- og udlånsrettigheder samt om visse andre ophavsretsbeslægtede rettigheder i forbindelse med intellektuel ejendomsret, men hvor indehaverne af rettighederne til disse emner ikke er statsborgere inden for Fællesskabet?«

32. Forelæggelseskendelsen indgik til Domstolens Justitskontor den 16. maj 2007. Under den skriftlige forhandling er der indgivet indlæg af parterne i hovedsagen og af Kommissionen.

33. I retsmødet den 15. april 2008 blev der givet møde af repræsentanter for Sony, Falcon og Kommissionen med henblik på afgivelse af mundtlige indlæg.

V — Stillingtagen

A — *Om beskyttelsens tilbagevirkende kraft (det første spørgsmål)*

34. Med det første spørgsmål ønsker Bundesgerichtshof oplyst, om den beskyttelse, der ydes i medfør af artikel 10, stk. 2, i direktiv 2006/116, skal gives til genstande, der ikke på noget tidspunkt har haft denne beskyttelse i den medlemsstat, hvor der gøres krav på beskyttelse, hvilket ville indebære, at den nationale lovgivning ville blive bragt i anvendelse tilbage fra et tidligere tidspunkt end datoen for sin egen ikrafttræden.

35. Tvivlen er berettiget, fordi der i Tyskland ikke var lovhjemlet retlig beskyttelse af fonogrammer før offentliggørelsen af UrhG den 9. september 1965, og som det er blevet forklaret i sammenfatningen af de faktiske omstændigheder i hovedsagen, blev de omtvistede optagelser foretaget i 1964 og 1965, dvs. før den nævnte dato.

36. En udvidelse af beskyttelsen af rettighederne med tilbagevirkende kraft ville endvidere være i strid med visse grundlæggende forudsætninger i den internationale lovgivning om intellektuel ejendomsret. Bernerkonventionens artikel 18, stk. 2, tillader således ikke, at et værk, som er blevet skabt i et land, men som er overgået til fri udnyttelse i en anden stat, som hører til Unionen [21], og hvori værket kræves beskyttet, igen føres tilbage under privatretlig beskyttelse og bliver omfattet af konventionen, hvilket principielt skyldes hensynet til de rettigheder, som tredjemænd har erhvervet i den tid, hvor værket var til fri rådighed [22].

37. På området for fonogramfremstilleres rettigheder er den manglende tilbagevirkende kraft også normen i samtlige relevante internationale traktater, dvs. i Romkonventionen [23], i Fonogramkonventionen [24] og i WPPT [25].

38. Inden for Fællesskabsrettens område har Domstolen imidlertid efter en undersøgelse af artikel 10 i direktiv 93/98 bekræftet, at direktivet på den ene side knæsatte muligheden for at reaktivere ophavsret og beslægtede rettigheder, som var ophørt i medfør af gældende lovgivning før tidspunktet for dets gennemførelse, uden at berøre udnyttelseshandlinger, der havde fundet sted inden dette tidspunkt, og at direktivet på den anden side pålagde medlemsstaterne ansvaret for at træffe foranstaltninger til beskyttelse af tredjemands erhvervede rettigheder i kraft af sådanne handlinger [26].

39. Domstolen kom til dette resultat på grundlag af en fortolkning af bestemmelsen i et harmoniseringsperspektiv, idet den fastslog, at dette resultat udsprang af fællesskabslovgivers udtrykkelige vilje: For mens Kommissionens oprindelige direktivforslag vedrørende direktiv 93/98 indeholdt en bestemmelse om, at direktivets bestemmelser skulle finde anvendelse på »rettigheder, der ikke er ophørt den 31. december 1994«, ændrede Europa-Parlamentet dette forslag og indførte en ny affattelse, der blev optaget i den endelige udgave af direktivet [27]. Domstolen tilføjede, at denne løsning blev valgt med henblik på hurtigst muligt at opnå det formål, som bestod i at harmonisere de nationale lovgivninger om beskyttelsestiden for ophavsret og beslægtede rettigheder, og at undgå, at rettigheder er ophørt i nogle medlemsstater, men fortsat er beskyttet i andre [28].

40. Ønsket om så hurtigt som muligt at harmonisere de nationale lovgivninger var

21 — »Unionen« skal her forstås i betydningen i Bernerkonventionens artikel 1, der lyder som følger: »De lande, over for hvilke denne konvention finder anvendelse, danner en union til beskyttelse af de rettigheder, der tilkommer ophavsmænd til deres litterære og kunstneriske værker.«

22 — WIPO, *Guide de la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques (Acte de Paris 1971)*, offentliggjort af WIPO, Genève, 1975, s. 117.

23 — Hvis artikel 20 [i den spanske, men ikke i den danske version] har overskriften »Irretroactividad del Convenio« (konventionens manglende tilbagevirkende kraft).

24 — Hvis artikel 7, stk. 3, lyder: »Ingen kontraherende stat er forpligtet til at anvende denne konventions bestemmelser på noget fonogram, der er optaget, før denne konvention trådte i kraft i forhold til den pågældende stat.«

25 — Artikel 22 (»tidsmæssig anvendelse«), hvis stk. 1 henviser til Bernerkonventionens artikel 18.

26 — Dom af 29.6.1999, sag C-60/98, Butterfly Music, Sml. I, s. 3939, præmis 23.

27 — Præmis 19 i Butterfly Music-dommen.

28 — Præmis 20 i dommen nævnt i de to foregående fodnoter.

blevet understreget i den såkaldte »Patricia-dom« [29], hvor Domstolen i betragtning af den manglende tilnærmelse af lovgivningerne om beskyttelse af intellektuelle ejendomsrettigheder accepterede begrænsninger i handelen, der skyldtes forskellene mellem de nationale bestemmelser på dette område [30].

41. Efter alt det anførte følger det af direktivets artikel 10, stk. 2, at anvendelsen af de fastsatte beskyttelsestider medfører, at værker eller emner, der er blevet offentlig ejendom, atter beskyttes [31].

42. Men disse bemærkninger, som besvarer spørgsmålet, om ophavsmanden på ny lovligt kan opnå beslægtede rettigheder, der før var beskyttede, fjerner imidlertid ikke tvivlen med hensyn til, om de kan anvendes til at afklare spørgsmålet vedrørende de rettigheder, der *aldrig* har haft en sådan beskyttelse.

43. Jeg er imidlertid tilbøjelig til at foreslå den samme behandling i begge situationer, af de grunde jeg skal anføre i det følgende.

44. For det første mister argumentet om fremskyndelse af harmoniseringen intet af sin vægt i relation til beslægtede rettigheder, som var uden beskyttelse. For det andet får den ved artikel 10, stk. 2, i direktiv 2006/116 indførte præcisering relevans i forhold til de bestemmelser, som beskytter de beslægtede rettigheder, det være sig nationale bestemmelser eller forskrifterne i direktiv 92/100/EØF [32], når emnerne opfylder betingelserne for, at de kan opnå beskyttelse.

45. Vedrørende harmoniseringshensynet skal det bemærkes, at fællesskabslovgiver har valgt en mellemløsning mellem at afvise den tilbagevirkende kraft og acceptere den totalt, idet lovgiver gik ind for en kompromisløsning, ifølge hvilken det er tilstrækkeligt, at et bestemt værk ved udløbet af fristen for gennemførelse af direktiv 93/98, nemlig den 1. juli 1995 [33], var beskyttet i en enkelt medlemsstat, for at det omfattes af de beskyttelsestider, der gælder i hele Fællesskabet [34].

29 — Dom af 24.1.1989, sag 341/87, EMI Electrola GmbH mod Patricia IM- und Export m.fl., Sml. s. 79.

30 — I denne konkrete sag tillod Domstolen anvendelsen af en medlemsstats lovgivning, hvorefter fremstillere af lydbærere i denne medlemsstat kan påberåbe sig sin eneret til fremstilling af eksemplarer og spredning af musikværker med henblik på at opnå, at salget af lydbærere med disse musikværker forbydes på denne medlemsstats område. De pågældende lydbærere blev indført fra en anden medlemsstat, hvor de retmæssigt var bragt i omsætning uden indehaverens eller licenshaverens samtykke, efter at beskyttelsestiden for fremstillerne af disse lydbærere var udløbet (Patricia-dommen, nævnt i den foregående fodnote, præmis 14).

31 — Præmis 18 i Butterfly Music-dommen.

32 — Rådets direktiv af 19.11.1992 om udlejnings- og udlånsrettigheder samt om visse andre ophavsretsbeslægtede rettigheder i forbindelse med intellektuel ejendomsret (EFT L 346, s. 61).

33 — Direktivets artikel 13, stk. 1.

34 — A. Dietz, »Die Schutzdauer-Richtlinie der EU«, *GRUR Int.*, nr. 8/9 (1995), s. 682.

46. I de medlemsstater, hvor disse værker og emner var blevet frit tilgængelige, genopstår deres retsbeskyttelse følgelig igen, medmindre de i samtlige fællesskabslande er overgået til fri ejendom, hvorved det skal bemærkes, at den ved direktivet indførte nye beskyttelsestid også må fornmodes at omfatte alle emner, der beskyttes som beslægtede rettigheder [35].

47. Derudover blev det fastslået i Phil Collins-dommen, som blev afsagt næsten samtidig med vedtagelsen af direktiv 93/98, at princippet om forbud mod forskelsbehandling også finder anvendelse på nationale bestemmelser om litterære og kunstneriske værker og på beslægtede rettigheder, hvilket *faktisk* førte til en ubegrænset tilbagevirkende kraft, for det krævedes hermed, at samtlige ophavsrettigheder og lignende rettigheder i alle lande altid skal behandles på samme måde som de nationale rettigheder [36].

48. Samme synspunkt bør anlægges med hensyn til rettigheder, som i det land, hvor der gøres krav på dem (i hovedsagen i Tyskland), ikke har været beskyttet på noget tidspunkt, for ellers ville harmoniseringsbestræbelserne være forspildt. Fællesskabsbestemmelserne er baseret på, at det indre markeds gnidningsløse funktion forudsætter en tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivninger, således at der inden for hele Fællesskabet gælder den samme beskyttelsestid [37].

49. Det, man har villet, er således at harmonisere beskyttelsestiderne for disse rettigheder og deres overgang til offentligt eje. Det ville derfor gå imod direktivets ånd, hvis man lod værker og beslægtede rettigheder være uden beskyttelse, fordi de ikke var beskyttede før ikrafttrædelsen af de nationale bestemmelser om ophavsret.

50. Dette synspunkt bekræftes af den udtrykkelige henvisning i artikel 10, stk. 2, i direktiv 2006/116 til direktiv 92/100, som i nogle medlemsstater havde indført beslægtede rettigheder af en ny type, og idet hensigten med denne henvisning er at udvide anvendelsen af beskyttelsestiderne i direktiv 2006/116 til de rettigheder, der var beskyttet ved direktiv 92/100, selv om disse ikke var blevet optaget i den nationale lovgivning [38]. I modsætning til Bundesgerichtshofs opfattelse, hvorefter UrhG skal tages på ordene, synes det derfor ikke korrekt ene og alene at lægge vægt på, om beskyttelsen »genopstår« [39].

35 — P. Maier, »L'harmonisation de la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins«, *Revue du Marché Unique Européen*, nr. 2/1994, s. 77.

36 — A. Dietz, a.st., s. 683.

37 — Anden betragtning til direktiv 93/98 og tredje betragtning til direktiv 2006/116.

38 — P. Katzenberger, »§ 64-Schutzdauer-Allgemeines«, i G. Schricker (red.), *Urheberrecht Kommentar*, 2. udg., München, 1999, s. 1024; M. Walter, »Schutzdauer-RL — art. 10«, i M. Walter (red.), *Europäisches Urheberrecht Kommentar*, Wien, 2001, s. 635.

39 — M. Walter, a.st., s. 631.

51. Ud over den mulige situation, at et værk er blevet alment tilgængeligt i samtlige lande i Fællesskabet, gælder der en yderligere begrænsning for den europæiske harmoniseringsbestræbelse i de nævnte direktiver, som ganske vist ikke spiller nogen rolle for besvarelsen af det præjudicielle spørgsmål, men bør nævnes for fuldstændighedens skyld, nemlig de beslægtede rettigheder i artikel 5 og 6 i direktiv 2006/116, som det er fakultativt for medlemsstaterne at lovgive om.

52. Ifølge 19. betragtning til det sidstnævnte direktiv kan medlemsstaterne frit opretholde eller indføre andre ophavsretsbeslægtede rettigheder til kritiske og videnskabelige udgaver af værker, der er blevet offentlig ejendom [40], lige som vedrørende fotografier, der ikke er originale [41], men der pålægges dem ikke nogen forpligtelse til at sikre dem i hele Fællesskabet, og der kan derfor ikke gøres noget krav på at få dem beskyttet, når medlemsstaterne, således som de har beføjelsen til, ikke anerkender dem [42].

53. Den tilbagevirkende gyldighed finder endelig også støtte i artikel 10, stk. 3, i direktiv 2006/116, hvorefter »direktivet [ikke] berører […] nogen udnyttelseshandling, der har fundet sted før den i stk. 1 nævnte dato«, dvs. den 1. juli 1995, da det tidligere direktiv 93/98 trådte i kraft. Således forudsættes det i bestemmelsen, at de rettigheder, den omhandler, gælder med tilbagevirkende kraft, men for at beskytte de rettigheder, som tredjemænd har erhvervet i god tro, begrænses denne virkning i forhold til begivenheder, der fandt sted, før bestemmelsen blev anvendelig. Med andre ord: Hvis den nævnte artikel 10, stk. 2, ikke foreskrev tilbagevirkende kraft, ville det følgende stykke ikke give nogen mening.

54. Som konklusion er jeg under henvisning til det anførte af den opfattelse, at det første spørgsmål, som den tyske Bundesgerichtshof har forelagt, skal besvares bekræftende, således at beskyttelsestiden i direktiv 2006/116, når de i direktivets artikel 10, stk. 2, angivne betingelser er opfyldt, også finder anvendelse, selv om det omtvistede emne aldrig har været beskyttet i den medlemsstat, hvor beskyttelsen begæres, med forbehold af bestemmelsen i artikel 10, stk. 3.

B — *Om beskyttelsen af rettighedshavere, der ikke er statsborgere i Fællesskabets medlemsstater (det andet spørgsmål)*

55. Med de to spørgsmål, som det andet spørgsmål er opdelt i, ønsker den forelæggende ret oplyst, om den omstændighed, at indehaveren af de rettigheder, der kræves beskyttelse for, er statsborger i et tredjeland, påvirker fortolkningen af de to alternative grundlag for beskyttelse for et emne i henhold til artikel 10, stk. 2, i direktiv 2006/116.

40 — Artikel 5 i direktiv 2006/116.

41 — Jf. vedrørende »almindelige« fotografier den nævnte artikel 6, tredje punktum.

42 — Således også P. Katzemberger, a.st., s. 1025.

56. Retten ønsker således fastslået, om betegnelsen »national lovgivning« i denne bestemmelses forstand omfatter bestemmelserne om den beskyttelse, der gives statsborgere fra tredjelande [det andet præjudicielle spørgsmål, litra a)], og om der, hvis rettighedshaveren er statsborger i et tredjeland, skal ske anvendelse af beskyttelsestiden i den nævnte artikel 10 for emner, som den 1. juli 1995 opfyldte beskyttelsesbetingelserne i henhold til direktiv 92/100 [andet spørgsmål, litra b)].

57. Begge spørgsmål skal efter min mening behandles sammen, selv om der skal gives særskilt svar på hver af dem, idet jeg, da der er tale om Bob Dylan, ville foretrække at istemme »the answer is blowing in the wind« [43].

58. Alle parter, der har afgivet skriftlige indlæg i denne præjudicielle sag, har — utvivlsomt inspireret af den nationalitet, som indehaveren af den oprindelige rettighed til fremstilling af de omtvistede fonogrammer har — givet udtryk for, at det andet præjudicielle spørgsmål som helhed skal besvares på grundlag af en fortolkning af artikel 7 i direktiv 2006/116, der har overskriften »Beskyttelse over for tredjelande«.

59. Jeg er først og fremmest enig med Kommissionen i, at der skal sondres mellem det *personelle* og det *materielle* anvendelsesområde.

60. Artikel 7 i direktiv 2006/116 fastslår princippet om sammenligning af beskyttelsesperioderne. For så vidt angår værker, der har oprindelse i et tredjeland i Bernerkonventionens forstand, og hvis ophavsmand ikke har statsborgerskab i en medlemsstat i Fællesskabet (stk. 1), udløber beskyttelsestiden på det tidspunkt, der følger af lovgivningen i værkets oprindelsesland, men den i direktivet selv fastsatte beskyttelsestid kan under ingen omstændigheder overskrides.

61. Artikel 7, stk. 2, omhandler de beslægtede rettigheder og fastslår et lignende princip som stk. 1 [44]. Idet bestemmelsen anvender udtrykket »rettighedshavere, der ikke er statsborgere inden for Fællesskabet«, indgår den ligeledes blandt bestemmelserne om det personelle anvendelsesområde for direktiv 2006/116. Da bestemmelsen imidlertid som betingelse for anvendelsen af den beskyttelsestid, den fastsætter, forudsætter, at den samme beskyttelse ydes af medlemsstaterne, bliver den internationale — bilaterale såvel som multilaterale — ret relevant, som binder den medlemsstat, hvori beskyttelsen kræves, det vil navnlig sige Romkonventionen, Fonogramkonventionen, WPPT og TRIPs-aftalen [45].

43 — »Blowin' in the wind« (© 1962 Warner Bros. Inc.) er med sikkerhed en af sangerens og sangskriverens mest berømte sange, som i øvrigt gav navn til den lp-plade, der indgår blandt de omtvistede fonogrammer.

44 — P. Mayer, a.st., s. 75.

45 — M. Walter, a.st., s. 608.

62. Følgelig påhviler det i den enkelte konkrete sag den nationale ret i den medlemsstat, hvori de beslægtede rettigheder ønskes udøvet, såvel at fastlægge beskyttelsen af udlændinge som at beregne beskyttelsestiden, hvorved der skal tages hensyn til de internationale traktater, der er underskrevet af den pågældende stat.

63. Derimod indeholder artikel 10, ud over at den normerer den tidsmæssige anvendelse af direktiv 2006/116, en beskrivelse af direktivets materielle anvendelsesområde.

64. Som Kommissionen har anført, vedrører reglerne i artikel 10 i direktiv 2006/116, selv om bestemmelsen findes under overskriften »Tidsmæssig anvendelse«, hovedsagelig *genstanden* for beskyttelsen og ikke rettighedshaverens nationalitet, idet de udstrækker beskyttelsen til de »værker og emner«, som den 1. juli 1995 var beskyttet i mindst én medlemsstat i medfør af national lovgivning om ophavsret [for så vidt angår spørgsmål a)] eller i henhold til direktiv 92/100 [for så vidt angår spørgsmål b)].

65. Med hensyn til anvendelsen af artikel 10, stk. 2, følger det af det anførte [andet spørgsmål, litra a)], at bestemmelsen henviser til samtlige materielle bestemmelser i den pågældende nationale lovgivning om ophavsret og beslægtede rettigheder, herunder dennes særlige regler, og inklusive de relevante internationale multilaterale eller bilaterale traktater [46]. Det tilkommer derfor den nationale ret at efterprøve, hvorvidt et konkret emne, i denne sag de omtvistede optagelser med Bob Dylan, opfylder betingelserne i den nationale lovgivning. Hvis dette emne er undergivet lovgivningen i en anden medlemsstat, skal retten i den stat, hvor beskyttelsen begæres, undersøge den udenlandske retsorden i overensstemmelse med de processuelle regler, der gælder vedrørende bevis for udenlandsk ret. Det første alternativ i den nævnte artikel 10, stk. 2, henviser således ikke til de nationale bestemmelser om beskyttelse af udlændinge fra lande uden for Fællesskabet.

66. Som konklusion foreslår jeg, at andet spørgsmål, litra a), besvares således, at udtrykket »national lovgivning« i artikel 10, stk. 2, i direktiv 2006/116 ikke omfatter medlemsstaternes lovgivning vedrørende beskyttelsen af rettighedshavere, der ikke er statsborgere i en medlemsstat i Fællesskabet.

67. Med hensyn til andet spørgsmål, litra b), skal der mindes om, at under de i nærværende sag omhandlede omstændigheder opstår en rettighed i henhold til direktiv 92/100 kun, hvis direktivets indhold ikke er blevet optaget i national ret på det fastsatte tidspunkt [47]. Retten i den stat, hvor beskyttelsen begæres, skal bedømme, om dens egen lovgivning eller

46 — M. Walter, a.st., s. 632.
47 — Punkt 47 i dette forslag til afgørelse.

lovgivningen i en anden medlemsstat omfatter disse rettigheder, og skal, hvis dette ikke er tilfældet, undersøge, om en udvidet anvendelse af beskyttelsen skal finde sted i lyset af direktiv 92/100.

68. Ved afgørelsen af, i hvilket omfang beskyttelsen omfatter en statsborger i et tredjeland, er det imidlertid nødvendigt at inddrage artikel 7, stk. 2, i direktiv 2006/116, således som denne allerede er blevet fortolket.

69. Jeg har i den forbindelse henvist til den nødvendige sammenhæng mellem fællesskabsretten og de internationale traktater. Blandt disse skal først og fremmest TRIPs-aftalen nævnes, konkret aftalens artikel 14, stk. 2, sammenholdt med stk. 5, hvorved der gives fonogramfremstillernes rettigheder en beskyttelse på mindst 50 år. I betragtning af bestemmelsens lighed med Romkonventionens artikel 10 skal de to bestemmelser fortolkes systematisk [48].

70. Endvidere skal den nationale ret gøres opmærksom på de komplicerede sammenhænge mellem de forskellige internationale traktater, med alle de heraf følgende overlapninger. Jeg nævner som eksempel artikel 2, stk. 2, i TRIPs-aftalen, hvorefter »[i]ntet i del I til IV i denne aftale må stride mod de eksisterende forpligtelser medlemmerne imellem i medfør af […] Bernerkonventionen, Romkonventionen […]«, hvilket må forstås således, at de internationale forpligtelser, som de enkelte medlemsstater har indgået indbyrdes eller med tredjelande, fortsat er gældende i overensstemmelse med andre konventioner [49].

71. Som Kommissionen med rette har anført, og i lyset af en ganske ny retspraksis [50], er der i øvrigt ikke tvivl om, at TRIPs-aftalen finder anvendelse på beslægtede rettigheder, idet Fællesskabet har beføjelser, som det har udøvet, således som det fremgår af de tidligere nævnte direktiver 2001/29 og 92/100.

72. Jeg finder som konklusion, at det andet præjudicielle spørgsmål, litra b), skal besvares således, at det påhviler den nationale ret i overensstemmelse med artikel 7, stk. 2, i direktiv 2006/116 og under hensyntagen til de internationale traktater, der er bindende i den nationale retsorden, at fastslå, om beskyttelsestiden i artikel 10, stk.2, i det nævnte direktiv for så vidt angår emner, som den 1. juli 1995 opfyldte beskyttelsesbetingelserne i henhold til direktiv 92/100, finder anvendelse på rettighedshavere, der ikke har statsborgerskab i en medlemsstat i Fællesskabet.

48 — J.T. Füller, »Artikel 14 — Ausübende Künstler«, J. Busche og J.-T. Stoll (red.), *TRIPs — Internationales und europäisches Rechts des geistigen Eigentums*, Köln, 2007, s. 271.

49 — H. Wager, »Substantive Copyright Law in TRIPs«, H. Cohen Jehoram, P. Keuchenius og L.M. Brownlee (red.), *Trade-related Aspects of Copyright*, Kluwer, Deventer, 1996, s. 36.

50 — Dom af 11.9.2007, sag C-431/05, Merck Genéricos, Sml. I, s. 7001, præmis 32-39.

VI — Forslag til afgørelse

73. Under henvisning til det ovenfor anførte foreslår jeg Domstolen at besvare de af Bundesgerichtshof forelagte præjudicielle spørgsmål som følger:

»1) Den beskyttelsestid, der er fastsat i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2006/116/EF af 12. december 2006 om beskyttelsestiden for ophavsret og visse beslægtede rettigheder, finder på de i direktivets artikel 10, stk. 2, fastsatte betingelser ligeledes anvendelse, selv om det omtvistede emne aldrig har været beskyttet i den medlemsstat, hvori beskyttelsen begæres, med forbehold for bestemmelsen i den nævnte artikel 10, stk. 3.

2) National lovgivning i henhold til artikel 10, stk. 2, i direktiv 2006/116 omfatter ikke medlemsstaternes bestemmelser om beskyttelsen af rettighedshavere, der ikke er statsborgere i en medlemsstat i Fællesskabet.

3) Det påhviler den nationale ret i overensstemmelse med artikel 7, stk. 2, i direktiv 2006/116 og under hensyntagen til de internationale traktater, der er bindende i den nationale retsorden, at fastslå, om beskyttelsestiden i det nævnte direktivs artikel 10, stk. 2, for så vidt angår emner, som den 1. juli 1995 opfyldte beskyttelseskriterierne i henhold til Rådets direktiv 92/100/EØF om udlejnings- og udlånsrettigheder samt om visse andre ophavsretsbeslægtede rettigheder i forbindelse med intellektuel ejendomsret, finder anvendelse på rettighedshavere, der ikke har statsborgerskab i en medlemsstat i Fællesskabet.«