FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

föredraget den 22 maj 2008 [1]

I — Inledning

1. Artister använder ofta pseudonymer, och det är därför svårt för allmänheten att veta när deras favoritartister inom film, teater, konst eller musik använder sina riktiga namn och när de döljer sin personlighet bakom ett annat namn. Mycket sällan blir den fiktiva och den verkliga identiteten kända i lika hög grad (spontant kommer jag bara att tänka på Marilyn Monroe/Norma Jeane Baker).

2. Den trubadur som finns med i bakgrunden till detta mål skulle troligen inte ha blivit lika berömd om han hade använt sitt riktiga namn, som var Shabtai Zisel ben Abraham, då han kom från en familj med härkomst i Odessa. [2] Jag vågar gissa att han inte skulle ha haft större framgång ens om han hade översatt namnet till ett europeiskt namn (Robert Allen Zimmerman). Hans alias är däremot välkänt av flera generationer av musikfantaster: Bob Dylan. [3]

3. I likhet med vad som gäller för Phil Collins [4] och Cliff Richards [5] musik, är musiken som skapats av denna artist, hängiven beundrare av den walesiska poeten Dylan Thomas (1914-1953), [6] vars förnamn han gjorde till sitt efternamn, ofta föremål för inspelningar som genererar stora pengar, vilket ger upphov till urskillningslös kopiering.

1 — Originalspråk: spanska.

2 — De biografiska uppgifterna återfinns i Satué, F.J., *¡Más madera! Una historia del Rock*, Belacqva, Barcelona, 2004, s. 397 och följande sidor.

3 — På senare tid förefaller hans radioprogram ”Theme time radio hour” som sänds en gång i veckan av XM Satellite Radio (EL PAÍS, söndagen den 25 mars 2008, s. 48) ha fått en stor publik. Hans liv har dessutom skildrats i filmen *I'm Not There* (2007), en hyllning till Bob Dylan av filmens regissör Todd Haynes.

4 — Phil Collins, trumslagare och sångare i pop- och rockgruppen Genesis och därefter soloartist, gav upphov till dom av den 20 oktober 1993 i de förenade målen C-92/92 och C-326/92, Phil Collins m.fl. (REG 1993, s. I-5145; svensk specialutgåva, volym 14, s. I-351).

5 — Hans verkliga namn är Harry Rodger Webb, före detta ledsångare i Shadows (http://www.cliffrichard.org).

6 — Det står inte klart huruvida beundran var begränsad till poesin eller om den också gällde författarens livsstil. Han kallade sig ”världens största suput” och oförbätterlig bohem, åtminstone under sin ungdom, vilket framgår av hans bok *Retrato del artista cachorro* (engelsk titel: *Portrait of the artist as a young dog*), översättning [till spanska] av Juan Ángel Cotta, Seix Barral, Barcelona, 1985, s. 99, när han skriver: ”Den unge herr Thomas var för tillfället arbetslös, men man antog att han snart skulle flytta till London för att försöka göra karriär som journalist i Chelsea. Han hade inte en cent och hoppades, på något obestämt sätt, att han skulle kunna leva på kvinnorna.”

4. Bundesgerichtshof (Tysklands högsta domstol) har ställt tre tolkningsfrågor med anledning av vissa fonogram med inspelningar från början av 60-talet av denna genuina rockidol. Bundesgerichtshof har att pröva skyddet för fonogrammen i Tyskland och har huvudsakligen ställt sig frågan huruvida de är skyddade enligt gemenskapsrätten, eftersom den anser att inget skydd följer av de nationella bestämmelserna.

5. Tvisten är av en icke föraktlig ekonomisk betydelse. Ett stort antal verk från tiden innan den tyska lagen om upphovsrätt och närstående rättigheter trädde i kraft 1966 kommer nämligen, beroende på tvistens utgång, antingen fortsättningsvis vara allmän egendom och fritt kunna nyttjas eller också omfattas av skyddet för nämnda rättigheter, i vilket fall det är rättshavarna som bestämmer över nyttjandet.

II — Tillämpliga bestämmelser

A — *Gemenskapsbestämmelserna*

6. Harmoniseringen av medlemsstaternas rättsordningar på området för immateriella rättigheter har framför allt skett genom direktiv 93/98/EEG [7], som ändrades [8] och sedermera upphävdes av direktiv 2006/116/EG [9], genom vilket de tidigare direktiven kodifierades.

7. I artikel 3.2 i direktiv 2006/116 anges följande under rubriken ”Närstående rättigheters varaktighet”:

”Fonogramframställares rättigheter skall upphöra 50 år efter det att upptagningen gjordes. …

Om emellertid skyddstiden enligt artikel 3.2 i direktiv 93/98/EEG, i dess lydelse före ändringen genom... direktiv 2001/29/EG..., har löpt ut och fonogramframställares rättigheter inte längre är skyddade den 22 december 2002 skall den här punkten inte innebära att de rättigheterna åter blir skyddade.”

7 — Rådets direktiv 93/98/EEG av den 29 oktober 1993 om harmonisering av skyddstiden för upphovsrätt och vissa närstående rättigheter (EGT L 290, s. 9; svensk specialutgåva, område 13, volym 25, s. 75).

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

9 — Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/116/EG av den 12 december 2006 om skyddstiden för upphovsrätt och vissa närstående rättigheter (EUT L 372, s. 12).

8. I artikel 7 i direktiv 2006/116, som har rubriken ”Skydd i förhållande till tredjeland”, anges i de två första punkterna:

”1. Om ett verks ursprungsland enligt Bernkonventionen[[10]] är ett tredjeland och om upphovsmannen till verket inte är gemenskapsmedborgare, skall den skyddstid som föreskrivs av medlemsstaterna löpa ut den dag då det skydd som gäller i verkets ursprungsland löper ut, och den får inte överstiga den tid som fastställs i artikel 1.

De skyddstider som föreskrivs i artikel 3 skall också tillämpas om rättshavaren inte är gemenskapsmedborgare, förutsatt att medlemsstaterna ger honom skydd. Utan att det påverkar tillämpningen av medlemsstaternas internationella förpliktelser skall dock den skyddstid som ges av medlemsstaterna löpa ut senast den dag då det skydd som ges i det land där rättshavaren är medborgare löper ut, och den får inte överstiga den tid som fastställs i artikel 3.2.

…”

10 — Bernkonventionen för skydd av litterära och konstnärliga verk enligt Parisakten från den 24 juli 1971, ändrad den 28 september 1979 (finns tillgänglig på http://www.wipo.int/treaties/es/ip/berne/index.html).

9. Punkterna 1, 2 och 3 i artikel 10 i direktiv 2006/116, vilken har rubriken ”Tillämpning i tiden”, har följande lydelse.

”1. Om en skyddstid som är längre än den motsvarande skyddstid som föreskrivs i detta direktiv redan hade börjat löpa i en medlemsstat den 1 juli 1995 skall detta direktiv inte medföra att skyddstiden förkortas i den medlemsstaten.

2. De skyddstider som fastställs i detta direktiv skall tillämpas på alla verk och prestationer som skyddades i minst en medlemsstat på den dag som avses i punkt 1, i enlighet med de nationella bestämmelserna om upphovsrätt eller närstående rättigheter eller som uppfyller kriterierna för skydd enligt [rådets direktiv 92/100/EEG av den 19 november 1992 om uthyrnings- och utlåningsrättigheter och vissa upphovsrätten närstående rättigheter inom det immaterialrättsliga området].

3. Detta direktiv skall inte påverka sådana utnyttjanden som skett före den dag som avses i punkt 1. Medlemsstaterna skall anta de nödvändiga bestämmelserna för att särskilt skydda rättigheter som förvärvats av tredjeman.”

B — *De internationella bestämmelserna*

10. Världsorganisationen för den intellektuella äganderätten (WIPO) står bakom tre internationella konventioner med det specifika syftet att säkerställa fonogramframställares rättigheter, nämligen Romkonventionen [11], fonogramkonventionen [12] och WPPT [13]. Den sistnämnda godkändes av Europeiska gemenskapen genom beslut 2000/278/EG [14] när det gäller frågor som ligger inom gemenskapens behörighet.

11. Skyddstiden för fonogramframställares rättigheter tenderar att öka. Medan den var minst 20 år i Romkonventionen [15] och fonogramkonventionen [16], förlängdes den till minst 50 år i WPPT [17].

12. I syfte att delvis harmonisera immaterialrätterna på grund av deras sporadiska inverkan på den internationella marknaden innehåller TRIPs-avtalet [18] en rad bestämmelser som är tillämpliga på olika typer av immaterialrätter. Nedan behandlas de som avser ljudupptagningar och är relevanta för prövningen av målet.

13. Bland de grundläggande bestämmelserna ska här sålunda framhållas artikel 3, i vilken principen om nationell behandling slås fast:

”1. Varje medlem skall medge andra medlemmars rättssubjekt en behandling som inte är mindre förmånlig än den som dess egna rättssubjekt medges med avseende på skydd för immaterialrätter, med beaktande av de undantag som redan angivits i Pariskonventionen (1967), Bernkonventionen (1971), Romkonventionen eller Överenskommelsen om rättsligt skydd för kretsmönster i halvle-

11 — Internationella konventionen om skydd för utövande konstnärer, framställare av fonogram och radioföretag, undertecknad i Rom den 26 oktober 1961.

12 — Konvention om skydd för framställare av fonogram mot otillåten kopiering av deras fonogram av den 29 oktober 1971.

13 — WIPO:s fördrag om framföranden och fonogram, antaget i Genève den 20 december 1996: samtliga finns tillgängliga på http://www.wipo.int/treaties/es/.

14 — Rådets beslut 2000/278/EG av den 16 mars 2000 om godkännande på Europeiska gemenskapens vägnar av WIPO:s fördrag om upphovsrätt och WIPO:s fördrag om framföranden och fonogram (EGT L 89, s. 6).

15 — Se artikel 14 första stycket a i konventionen.

16 — Se artikel 4.

17 — Se artikel 17.2.

18 — Avtalet om handelsrelaterade aspekter av immaterialrätter (TRIPs-avtalet) – bilaga 1 C till avtalet om upprättande av Världshandelsorganisationen, som godkändes genom rådets beslut 94/800/EG av den 22 december 1994 om ingående, på Europeiska gemenskapens vägnar – vad beträffar frågor som omfattas av dess behörighet – av de avtal som är resultatet av de multilaterala förhandlingarna i Uruguayrundan (1986–1994) (EGT L 336, s. 1; svensk specialutgåva, område 11, volym 38, s. 3; TRIPs-avtalet återfinns på s. 213; svensk specialutgåva, område 11, volym 38, s. 216).

darprodukter. Beträffande utövande konstnärer, framställare av ljudupptagningar samt radio- och televisionsföretag, är denna skyldighet endast tillämplig med avseende på rättigheterna i detta avtal. …

…”

14. I artikel 4 i TRIPs-avtalet bekräftas däremot bestämmelsen om mest gynnad nationsbehandling på så sätt att varje fördel, förmån, frihet eller rättighet som av någon medlem medges något annat medlemslands rättssubjekt, omedelbart och ovillkorligt medges alla andra medlemmars rättssubjekt. Därefter anges några undantag från denna skyldighet, som inte är relevanta för sammanhanget i tvisten i målet vid den nationella domstolen.

15. I artikel 9.1 i TRIPs-avtalet hänvisas till Bernkonventionen, genom att det anges att medlemmarna ska följa bestämmelserna i artiklarna 1–21 däri.

16. Såvitt avser de rättigheter som innehas av framställare av ljudupptagningar anges följande i artikel 14 i TRIPs-avtalet:

”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. …

2. Framställare av ljudupptagningar skall ha rätt att tillåta eller förbjuda direkt eller indirekt återgivning av deras ljudupptagningar.

…

5. Det upphovsrättsliga skyddet för utövande konstnärer och framställare av ljudupptagningar enligt detta avtal gäller åtminstone intill utgången av det femtionde året efter det år, då ljudupptagningen gjordes, eller framförandet ägde rum. …

…”

C — *De nationella bestämmelserna*

17. I Tyskland regleras immaterialrätten av Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte [19] (den tyska lagen om upphovsrätt och närstående rättigheter, nedan kallad UrhG). 137f § är en övergångsbestämmelse för anpassning av den nationella rätten till direktiv 93/98. I 137f § andra och tredje styckena anges följande:

”…

2) Bestämmelserna i denna lag i dess lydelse från och med den 1 juli 1995 ska även tillämpas på verk vars skydd enligt denna lag har upphört före den 1 juli 1995, men som enligt lagstiftningen i en annan medlemsstat i Europeiska unionen eller en stat som är part till avtalet om Europeiska ekonomiska samarbetsområdet, fortfarande skyddas vid denna tidpunkt. Den första meningen gäller i motsvarande mån även för de närstående rättigheterna för... fonogramframställare (85 §),....

3) Om ett verk inom ramen för tillämpningsområdet för denna lag enligt andra stycket åter ska omfattas av skydd, så tillkommer de återupplivade rättigheterna upphovsmannen. Nyttjanden av verket som inletts före den 1 juli 1995 får dock fortsätta inom de föreskrivna ramarna. För nyttjande från och med den 1 juli 1995 ska en skälig ersättning betalas. Första till tredje meningarna gäller i motsvarande mån för närstående rättigheter.

…”

III — Bakgrund till målet vid den nationella domstolen

18. Falcon Neue Medien Vertrieb GmbH (nedan kallat Falcon), motpart i målet vid Bundesgerichtshof, distribuerar två fonogram i form av cd-skivor med låtar av artisten Bob Dylan. Den ena heter ”Bob Dylan – Blowin’ in the Wind’ och den andra ”Bob Dylan – Gates of Eden”.

19. Låtarna fanns ursprungligen med på skivorna ”Bob Dylan – Bringing It All Back Home”, ”The Times They Are A-Changin” och ”Highway 61 Revisited”.

20. Sony Music Entertainment (Germany) GmbH (nedan kallat Sony), kärande i första

19 — Lag av den 9 september 1965 (BGBl. I, s. 1273), senast ändrad genom Fünften Gesetzes zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes (femte lagen om ändring av lagen om upphovsrätt och närstående rättigheter), av den 10 november 2006 (BGBl. I, s. 2587).

instans och klagande i målet vid Bundesgerichtshof, samt det tyska dotterbolaget till det kända multinationella företaget med samma namn, har hävdat att samtliga låtar på båda LP-skivorna gavs ut i Förenta staterna före den 1 januari 1966, närmare bestämt under åren 1964 och 1965.

21. Sony har även gjort gällande att ett amerikanskt skivbolag förvärvade rättigheterna till originalinspelningarna av Bob Dylans skivor även i Tyskland och upplät dessa till Sony. Motparten gör därför intrång i Sonys immateriella rättigheter genom att mångfaldiga och sprida cd-skivorna.

22. Sony har därför yrkat att Falcon ska förbjudas att spela in och sälja, för egen eller för tredje mans räkning, cd-skivorna ”Bob Dylan – Blowin' in the Wind' och ”Bob Dylan – Gates of Eden”. Bolaget har vidare yrkat att Falcon ska förpliktas att tillhandahålla viss information och betala ersättning för Sonys skador.

23. Falcon har emellertid gjort gällande att den tyska rättsordningen inte skyddar skivbolags rättigheter till inspelningar av Bob Dylan som gjorts före den 1 januari 1966.

24. Landgericht Rostock (lokal domstol för denna tyska stad), domstol i första instans, godtog inte Sonys argument utan ogillade talan.

25. I förfarandet vid Oberlandesgericht (appellationsdomstol) i Rostock återkallade Sony yrkandet att Falcon skulle förpliktas att upphöra med sina handlingar enligt ovan i syfte att nå en överenskommelse, men vidhöll yrkandet att motparten skulle förpliktas att tillhandahålla viss information och betala skadestånd.

26. Appellationsdomstolen ogillade Sonys överklagande på den grunden att skivbolag enligt Genèvekonventionen, gällande i både Tyskland och Förenta staterna, bara åtnjuter skyddet enligt 85 § UrhG såvitt avser rättigheter som uppkommit senare än den 1 januari 1966. Dessutom slog den fast att musikupptagningarna före detta datum inte heller skyddas av 137f § UrhG, övergångsbestämmelse för anpassning av den nationella rätten till direktiv 93/98, eftersom andra stycket i bestämmelsen inte är tillämpligt på fonogram som framställts före den 1 januari 1966, på grund av att de inte vid någon tidpunkt varit skyddade i Tyskland.

IV — Tolkningsfrågorna och förfarandet vid domstolen

27. Domen från appellationsdomstolen överklagades i sin tur till Bundesgerichtshof, som

fann att utgången av det anhängiggjorda överklagandet beror på tolkningen av artikel 10.2 i direktiv 2006/116. Den hänskjutande domstolen anser att tolkningsfrågorna är relevanta av följande anledningar.

28. Dels anser domstolen att Genèvekonventionens retroaktiva verkan inte kan innebära att skyddet enligt konventionen är mer långtgående än det nationella skyddet som, genom 129 § första stycket UrhG, begränsar det retroaktiva skyddet för skivbolagens rättigheter enligt 85 § UrhG till den tidpunkt då själva UrhG trädde i kraft, det vill säga den 1 januari 1966.

29. Domstolen anser inte heller att de omtvistade fonogrammen är skyddade i Tyskland genom en direkt tillämpning av 137f § andra stycket UrhG. Bestämmelsen infördes [20] i syfte att anpassa den nationella rätten till direktiv 93/98, vilket medför att den ska tolkas mot bakgrund av artikel 10.2 i nämnda direktiv. Med hänsyn till lydelsen av bestämmelsen i 137f § andra stycket UrhG, enligt vilken skyddet bara återupplivas om skyddet har ”upphört” före den 1 juli 1995, fann nämnda domstol nämligen i likhet med Oberlandesgericht Rostock att ljudupptagningar som gjorts före den 1 januari 1966 av skivbolag i tredjeland aldrig har åtnjutit skydd i Tyskland, och att ett skydd som aldrig har funnits följaktligen inte heller kan återupplivas.

30. Eftersom Bundesgerichtshof har godtagit Sonys påstående om att Förenade kungarikets lagstiftning även omfattar fonogram inspelade före den 1 januari 1966 och sådana som spelats in av amerikanska skivbolag och getts ut i Förenta staterna, ställer den sig tveksam till hur artikel 10.2 i direktiv 2006/116 ska tolkas.

31. Tysklands högsta domstol beslutade mot denna bakgrund att vilandeförklara målet och ställa följande tolkningsfrågor till domstolen:

”1) Ska den i direktiv 2006/116/EG föreskrivna skyddstiden, under de förutsättningar som anges i artikel 10.2 i direktivet, tillämpas även om det berörda verket inte vid någon tidpunkt har åtnjutit något skydd i den medlemsstat i vilken skyddet görs gällande?

20 — Genom 1 §, nr 26, i Drittes Gesetzes zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes av den 23 juni 1995 (tredje lagen om ändring av UrhG (BGBl. I, s. 842)).

2) Om fråga 1 ska besvaras jakande:

a) Avses med begreppet nationella bestämmelser i artikel 10.2 även medlemsstaternas bestämmelser om skydd för rättshavare som inte är gemenskapsmedborgare?

b) Ska den i artikel 10.2 i det nämnda direktivet föreskrivna skyddstiden tillämpas på prestationer som den 1 juli 1995 uppfyllde kriterierna i rådets direktiv 92/100/EEG av den 19 november 1992 om uthyrnings- och utlåningsrättigheter och vissa upphovsrätten närstående rättigheter inom det immaterialrättsliga området, även om rättshavarna inte är gemenskapsmedborgare?”

32. Beslutet om hänskjutande inkom till domstolens kansli den 16 maj 2007. Parterna i målet vid den nationella domstolen samt kommissionen har inkommit med skriftliga yttranden under det skriftliga förfarandet.

33. Vid förhandlingen den 15 april 2008 inställde sig ombuden för Sony, Falcon respektive kommissionen för att muntligen redogöra för sina ståndpunkter.

V — Bedömning av tolkningsfrågorna

A — *Skyddets retroaktiva verkan (första frågan)*

34. Bundesgerichtshof har ställt den första frågan för att få klarhet i huruvida skyddet enligt artikel 10.2 i direktiv 2006/116 omfattar verk som aldrig har varit skyddade i den medlemsstat i vilken skyddet görs gällande, vilket i så fall skulle innebära att den nationella lagstiftningen skulle få en retroaktiv verkan som sträckte sig längre bak i tiden än den tidpunkt då lagstiftningen trädde i kraft.

35. Det är en berättigad fråga, för fonogram saknade rättsligt skydd *ex lege* i Tyskland innan UrhG offentliggjordes den 9 september 1965, och de omtvistade inspelningarna gjordes 1964 och 1965, före nämnda tidpunkt.

36. Att retroaktivt utsträcka verkan av skyddet för rättigheterna skulle dessutom strida mot vissa grundläggande förutsättningar enligt internationell immaterialrätt. Enligt artikel 18.2 i Bernkonventionen kan rätten till ett verk som har ursprung i ett land, men förlorat sitt skydd i en annan stat i unionen [21] där skyddet görs gällande, inte åter bli någons privata egendom och åtnjuta konventionens skydd. Den grundläggande orsaken är respekten för de rättigheter som förvärvats av tredje man under den period då verket fritt kunde nyttjas. [22]

37. Såvitt avser fonogramframställares rättigheter gäller icke-retroaktivitet enligt samtliga relevanta internationella avtal, närmare bestämt i Romkonventionen [23], fonogramkonventionen [24] och WPPT [25].

38. Inom ramen för gemenskapsrätten har domstolen emellertid efter en analys av artikel 10 i direktiv 93/98 slagit fast att det i direktivet föreskrivs en möjlighet att återuppliva de upphovsrätter och närstående rättigheter som löpt ut enligt den lagstiftning som var i kraft före direktivets genomförande, med förbehåll för nyttjanden som skett inom ramen för nämnda lagstiftning, samt att medlemsstaterna ska vidta åtgärder för att skydda rättigheter som förvärvats av tredje man genom sådana nyttjanden. [26]

39. För att komma till denna slutsats tolkade domstolen bestämmelsen mot bakgrund av harmoniseringsperspektivet och påpekade att den var en följd av gemenskapslagstiftarens uttryckliga vilja. Medan det i kommissionens ursprungliga förslag till direktiv 93/98 angavs att direktivets bestämmelser skulle gälla ”rättigheter som inte löpt ut den 31 december 1994”, så föreslog Europaparlamentet nämligen en ändring i detta förslag, vilken infördes i direktivets slutversion. [27] Domstolen tillade att gemenskapslagstiftaren valde denna lösning för att så snart som möjligt uppnå målet att harmonisera nationella regler om skyddstiden för upphovsrätt och närstående rättigheter och för att undvika att vissa rättigheter är skyddade i en del medlemsstater men inte i andra. [28]

40. Viljan att snabbt uppnå harmonisering mellan de nationella rättsordningarna hade

21 — ”Union” i den innebörd som avses i artikel 1 i Bernkonventionen, enligt vilken ”de länder i vilka denna konvention är tillämplig utgör en union för skydd av upphovsmäns rättigheter till sina litterära och konstnärliga verk”.

22 — WIPO, *Guide de la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques (Acte de Paris 1971)*, WIPO:s eget alster, Genève, 1978, s. 117.

23 — Artikel 20, som har rubriken ”Konventionen och icke-retroaktivitet”.

24 — Artikel 7.3: ”Ingen konventionsslutande stat är tvungen att tillämpa bestämmelserna i denna konvention på ljudupptagningar som gjorts innan konventionen trädde i kraft i den staten.”

25 — Artikel 22 (”Tillämpning i tidshänseende”), i vars punkt 1 det hänvisas till artikel 18 i Bernkonventionen.

26 — Dom av den 29 juni 1999 i mål C-60/98, Butterfly Music (REG 1999, s. I-3939), punkt 23.

27 — Punkt 19 i domen i det ovannämnda målet Butterfly Music.

28 — Punkt 20 i domen i det ovan i de två föregående fotnoterna nämnda målet.

ökat efter domen i målet Patricia [29], i vilken domstolen, mot bakgrund av avsaknaden av harmonisering mellan lagstiftningarna om immaterialrättsligt skydd, godtog begränsningar av handeln som berodde på skillnader mellan de nationella bestämmelserna på detta område. [30]

41. Sammanfattningsvis framgår det av artikel 10.2 i direktivet att de skyddstider som föreskrivs i direktivet kan få till följd att verk eller prestationer som inte längre skyddas av upphovsrätt åter erhåller ett sådant skydd. [31]

42. Dessa motiveringar, som ger ett svar på frågan huruvida skydd för närstående rättigheter som tidigare skyddats kan återupplivas, besvarar dock inte frågan vad som gäller för rättigheter som *aldrig* har haft ett sådant skydd.

43. Jag lutar emellertid åt att förespråka samma behandling för båda situationerna, av de skäl som jag nu tänker ange.

44. För det första är argumentet om snabb harmonisering inte mindre giltigt i fråga om närstående rättigheter som tidigare saknade skydd. För det andra får den specificering relevans som artikel 10.2 i direktiv 2006/116 medför i förhållande till bestämmelserna om närstående rättigheter – nationella bestämmelser eller, när föremålen uppfyller rekvisiten för att omfattas av dess bestämmelser, bestämmelserna i direktiv 92/100 [32].

45. Såvitt avser harmoniseringsviljan ska det påpekas att gemenskapslagstiftaren tog en medelväg mellan att neka retroaktivitet och att föreskriva fullständig sådan, genom att stanna vid en kompromiss i form av att det räcker med att ett visst verk är skyddat i en enda medlemsstat den senaste dagen för införlivande av direktiv 93/98, närmare bestämt den 1 juli 1995, [33] för att de skyddstider som gäller i hela gemenskapen ska tillämpas på verket. [34]

29 — Dom av den 24 januari 1989 i mål 341/87, EMI Electrola mot Patricia Im- und Export m.fl. (REG 1989, s. 79; svensk specialutgåva, tillägg, s. 1).

30 — I det fallet godtog domstolen tillämpningen av en medlemsstats lagstiftning varigenom en producent av ljudinspelningar tilläts åberopa sin ensamrätt till mångfaldigande och spridning av vissa musikaliska verk för att inom denna medlemsstats territorium få till stånd ett förbud mot försäljning av andra ljudinspelningar av dessa musikaliska verk. De sistnämnda ljudinspelningarna importerades från en annan medlemsstat där de saluförts lagligen men utan samtycke av rättsinnehavaren eller dennes licenstagare och där skyddstiden för de rättigheter som tillkom producenten av ljudinspelningarna hade löpt ut (domen i det i den föregående fotnoten nämnda målet Patricia, punkt 14).

31 — Punkt 18 i domen i det ovannämnda målet Butterfly Music.

32 — Rådets direktiv 92/100/EEG av den 19 november 1992 om uthyrnings- och utlåningsrättigheter och vissa upphovsrätten närstående rättigheter inom det immaterialrättsliga området (EGT L 346, s. 61).

33 — Artikel 31.1 i det direktivet.

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

46. I de medlemsstater där skyddet för dessa verk eller prestationer hade upphört uppstod följaktligen åter rättsligt skydd, såvida inte skyddet hade upphört i samtliga länder i gemenskapen, varvid de nya skyddstiderna som inrättats genom direktivet omfattade alla objekt som skyddas av närstående rättigheter. [35]

47. I domen i det ovannämnda målet Phil Collins m.fl., som meddelades nästan vid samma tidpunkt som direktiv 93/98 antogs, fann domstolen dessutom att icke-diskrimineringsprincipen gäller även i förhållande till nationella bestämmelser om rätten till litterära och konstnärliga verk och närstående rättigheter. Därigenom skapades de facto full retroaktivitet, eftersom domstolen krävde att innehavare av upphovsrätt och närstående rättigheter i samtliga länder alltid ska behandlas på samma sätt som inhemska rättshavare. [36]

48. Inställningen är densamma beträffande rättigheter som aldrig har varit skyddade i det land där de görs gällande (Tyskland i målet vid den nationella domstolen), eftersom harmoniseringssyftet annars skulle gå förlorat. Gemenskapsbestämmelserna grundar sig på att en väl fungerande inre marknad kräver att medlemsstaternas lagar harmoniseras så att skyddstiderna blir desamma inom hela gemenskapen. [37]

49. Syftet är alltså att harmonisera skyddstiderna och tidpunkten för upphörande av skyddet för nämnda rättigheter. Det skulle följaktligen strida mot direktivets anda att inte skydda verk och närstående rättigheter av det skälet att de inte var skyddade innan de nationella upphovsrättsliga bestämmelserna trädde i kraft.

50. Detta synsätt bekräftas genom den uttryckliga hänvisningen i artikel 10.2 i direktiv 2006/116 till direktiv 92/100, vilket direktiv innebar att det i vissa medlemsstater inrättades nya närstående rättigheter. Syftet med hänvisningen är att skyddstiderna i direktiv 2006/116 ska tillämpas även på rättigheter som skyddas enligt direktiv 92/100, även när de inte har implementerats i den nationella rättsordningen. [38] I motsats till vad Bundesgerichtshof kom fram till vid sin bokstavstolkning av UrhG, förefaller det därför inte korrekt att hänvisa till enbart ett ”återupplivande” av skyddet. [39]

35 — Maier, P., ”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 — Dietz, A., a.a., s. 683.

37 — Skäl 2 i direktiv 93/98 och skäl 3 i direktiv 2006/116.

38 — Katzenberger, P., ”§ 64 – Schutzdauer – Allgemeines”, i Schricker, G. (utgivare), *Urheberrecht Kommentar,* 2:a upplagan, München, 1999, s. 1024; Walter, M., ”Schutzdauer-RL – Art. 10”, i Walter, M. (utgivare), *Europäisches Urheberrecht Kommentar,* Wien, 2001, s. 635.

39 — Walter, M., a.a., s. 631.

51. Bortsett från omständigheter där ett verk inte är skyddat i något av gemenskapsländerna, finns det en annan begränsning för de ovannämnda direktivens harmoniseringssträvan som visserligen inte påverkar svaret på tolkningsfrågorna men ändå ska nämnas, eftersom den kompletterar detsamma. Det är fråga om de närstående rättigheterna i artiklarna 5 och 6 i direktiv 2006/116, vars reglering är fakultativ för medlemsstaterna.

52. Enligt skäl 19 i det sistnämnda direktivet fortsätter medlemsstaterna att ha rätt att behålla eller införa andra närstående rättigheter i samband med skydd för kritiska och vetenskapliga publikationer som inte längre skyddas av upphovsrätt, [40] och fotografier som inte är originella, [41] men medlemsstaterna är inte skyldiga att säkerställa sådana rättigheter i hela gemenskapen, och de kan därför inte med framgång göras gällande i medlemsstater som inte erkänner dem inom ramen för sina normgivningsbefogenheter. [42]

53. Slutligen vinner synsättet om retroaktivitet stöd i artikel 10.3 i direktiv 2006/116, som har följande lydelse: ”Detta direktiv skall inte påverka sådana utnyttjanden som skett före den dag som avses i punkt 1”, närmare bestämt den 1 juli 1995, då direktivets föregångare direktiv 93/98 trädde i kraft. Det förutsätts sålunda att rättigheterna i fråga gäller retroaktivt, men för att skydda de rättigheter som förvärvats av tredje man, begränsas den retroaktiva verkan med avseende på omständigheter som inträffat innan direktivet trädde i kraft. Med andra ord skulle artikel 10.3 sakna logik om det inte föreskrevs retroaktivitet i artikel 10.2.

54. Sammanfattningsvis anser jag, mot bakgrund av det ovan anförda, att den första tolkningsfrågan som ställts av Tysklands Bundesgerichtshof ska besvaras jakande, på så sätt att den i direktiv 2006/116 föreskrivna skyddstiden, under de förutsättningar som anges i artikel 10.2 i direktivet, ska tillämpas även om det berörda verket inte vid någon tidpunkt har åtnjutit något skydd i den medlemsstat i vilken skyddet görs gällande, med förbehåll för vad som föreskrivs i punkt 3 i samma artikel 10.

B — *Skyddet för rättshavare som inte är gemenskapsmedborgare (andra frågan)*

55. Den hänskjutande domstolen har ställt de två delfrågor som tillsammans utgör den andra tolkningsfrågan för att få klarhet i huruvida den omständigheten, att en rättshavare vars skydd görs gällande inte är gemenskapsmedborgare, har någon betydelse för tolkningen av de två situationer som enligt artikel 10.2 i direktiv 2006/116 kan ligga till grund för skyddet för ett objekt.

40 — Artikel 5 i direktiv 2006/116.

41 — För ”enkla” fotografier gäller tredje meningen i nämnda artikel 6.

42 — Även Katzenberger, P., a.a., s. 1025.

56. Den vill sålunda veta huruvida bestämmelser om skydd för medborgare från tredjeland ska anses utgöra ”nationella bestämmelser” i den mening som avses i artikel 10.2 (andra tolkningsfrågan, punkt a) och huruvida, i fall då rättshavaren är en sådan tredjelandsmedborgare, skyddstiden i samma artikel 10 gäller för objekt som den 1 juli 1995 uppfyllde kriterierna för skydd enligt direktiv 92/100 (andra frågan punkt b).

57. Jag tror att de båda frågorna kan behandlas tillsammans även om var och en ges ett separat svar. Fast, med tanke på att det handlar om Bob Dylan, skulle jag hellre sjunga ”the answer is blowing in the wind”. [43]

58. Alla som har lämnat in skriftliga yttranden i detta mål om begäran om förhandsavgörande har, säkerligen vägledda av nationaliteten på innehavaren av den ursprungliga rätten till framställning av de omtvistade fonogrammen, ansett att svaret på hela den andra tolkningsfrågan står att finna i tolkningen av artikel 7 i direktiv 2006/116, vilken har rubriken ”Skydd i förhållande till tredjeland”.

59. Framför allt delar jag kommissionens bedömning att det bör göras åtskillnad mellan den krets på vilken direktivet är tillämplig (*ratione personae)* och det materiella tillämpningsområdet (*ratione materiae*).

60. I artikel 7 i direktiv 2006/116 fastställs principen om skyddstidsjämförelse. Om ett verks ursprungsland enligt Bernkonventionen är ett tredjeland och om upphovsmannen till verket inte är gemenskapsmedborgare (punkt 1), ska skyddstiden löpa ut den dag då det skydd som gäller i verkets ursprungsland löper ut, men den får inte överstiga den tid som fastställs i direktivet.

61. I punkt 2 i samma bestämmelse hänvisas det till de närstående rättigheterna och inrättas en princip liknande den i föregående punkt. [44] Genom hänvisningen till ”[rättshavare som] inte är gemenskapsmedborgare” utgör den också en av bestämmelserna som reglerar på vilka personer direktiv 2006/116 är tillämpligt. Genom att skyddstiden endast är tillämplig under förutsättning att medlemsstaterna beviljar skydd, blir dock den internationella, bilaterala och multilaterala rätt som är bindande för den medlemsstat i vilken skyddet görs gällande – närmare bestämt särskilt Romkonventionen, fonogramkonventionen, WPPT och TRIPs-avtalet – relevant. [45]

43 — ”Blowin’ in the wind’ (© 1962 Warner Bros. Inc.) är säkerligen en av Bob Dylans mest kända alster som dessutom gav namnet till den LP-skiva som ingår bland de omtvistade fonogrammen.

44 — Mayer, P., a.a., s. 75.

45 — Walter, M., a.a., s. 608.

62. Följaktligen ankommer det på den nationella domstolen i den medlemsstat där någon i det enskilda fallet vill utöva närstående rättigheter att fastställa skyddet för utlänningar och beräkna skyddstiden med beaktande av de internationella avtal som staten har undertecknat.

63. Artikel 10 däremot innehåller, förutom att den behandlar tillämpningen i tiden av direktiv 2006/116, en beskrivning av direktivets materiella tillämpningsområde.

64. Såsom kommissionen har påpekat regleras i artikel 10 i direktiv 2006/116, trots att den har rubriken ”Tillämpning i tiden”, främst skyddets *objekt*, och inte rättshavarnas nationalitet. Sålunda är den tillämplig på ”verk och prestationer” som den 1 juli 1995 i minst en medlemsstat skyddades enligt de nationella bestämmelserna om upphovsrätt (såvitt avser fråga a) eller enligt direktiv 92/100 (såvitt avser fråga b).

65. Beträffande tillämpningen av artikel 10.2 framgår det (andra frågan punkt a) att den avser alla materiella bestämmelser som ingår bland de nationella bestämmelserna om upphovsrätt och närstående rättigheter inklusive specialbestämmelser, däribland relevanta internationella, multilaterala och bilaterala avtal. [46] Det ankommer således på den nationella domstolen att avgöra huruvida ett visst objekt, i det nu aktuella fallet de omtvistade Bob Dylan-inspelningarna, uppfyller villkoren i den nationella lagstiftningen. Om objektet omfattas av en annan medlemsstats lagstiftning, ankommer det på domstolen i den stat i vilken skyddet görs gällande att ta reda på innehållet i den utländska rätten i enlighet med de processrättsliga bestämmelserna om bevisning om innehållet i utländsk rätt. Det första alternativet i artikel 10.2 avser följaktligen inte nationella bestämmelser om skydd för medborgare i tredjeland.

66. Jag föreslår sammanfattningsvis att domstolen besvarar den andra frågan, punkt a, på följande sätt: Nationella bestämmelser i den mening som avses i artikel 10.2 i direktiv 2006/116 omfattar inte medlemsstaternas bestämmelser om skydd för rättshavare som inte har gemenskapsnationalitet.

67. Såvitt avser den andra frågan, punkt b, måste man komma ihåg att direktiv 92/100 under dessa förutsättningar endast förlänar en rättighet när dess innehåll inte har införlivats med den nationella rätten på angivet datum. [47] Domstolen i den stat där skyddet görs gällande ska bedöma huruvida statens egen lagstiftning eller lagstiftningen

46 — Walter, M., a.a., s. 632.
47 — Punkt 50 i detta förslag till avgörande.

i en annan medlemsstat skyddar rättigheterna och, om så inte är fallet, utreda huruvida det är motiverat att utsträcka skyddet mot bakgrund av direktiv 92/100.

68. För att precisera bestämmelsens tillämpning på en tredjelandsmedborgare måste hänsyn tas till artikel 7.2 i direktiv 2006/116 i de termer som den redan har tolkats.

69. Härvid har jag redan redogjort för den nödvändiga kopplingen mellan gemenskapsrätten och de internationella avtalen. Bland dessa ska särskilt betonas TRIPs-avtalet, närmare bestämt dess artikel 14.2 i förhållande till punkt 5 i samma artikel, enligt vilken de rättigheter som tillkommer framställare av ljudupptagningar åtnjuter minst ett 50-årigt skydd. På grund av dess likhet med artikel 10 i Romkonventionen måste båda bestämmelserna tolkas systematiskt. [48]

70. Den nationella domstolen måste likväl vara medveten om de komplexa beröringspunkterna mellan de olika internationella avtalen, med alla sina överlappningar. Som exempel kan tas artikel 2.2 i TRIPs-avtalet, i vilken anges att ”[i]ngenting i del I–IV i detta avtal skall undanta medlemmarna från skyldigheten att fullgöra sådana skyldigheter som de har gentemot varandra enligt... Bernkonventionen, Romkonventionen...”, vilket ska förstås så att de internationella förpliktelser som de olika avtalsslutande parterna har ingått mellan sig eller med tredjeland enligt andra konventioner alltjämt ska gälla. [49]

71. Såsom kommissionen med rätta har påpekat råder det dessutom, mot bakgrund av rättspraxis av mycket sent datum, [50] ingen tvekan om att TRIPs-avtalet är tillämpligt i fråga om närstående rättigheter, eftersom gemenskapen har behörigheter som den har utövat, vilket framgår av de ovan nämnda direktiven 2001/29 och 92/100.

72. Jag anser sammanfattningsvis att den andra tolkningsfrågan, punkt b, ska besvaras på följande sätt: Det ankommer på den nationella domstolen att avgöra, i överensstämmelse med artikel 7.2 i direktiv 2006/116 och de internationella avtal som binder den nationella rättsordningen, huruvida den i artikel 10.2 i det nämnda direktivet föreskrivna skyddstiden, för objekt som den 1 juli 1995 uppfyllde kriterierna för skydd enligt rådets direktiv 92/100, är tillämplig på rättshavare som inte har gemenskapsnationalitet.

48 — Füller, J.T., ”Artikel 14 – Ausübende Künstler”, i Busche, J./Stoll, J.-T. (utgivare), *TRIPs – Internationales und europäisches Rechts des geistigen Eigentums,* Köln, 2007, s. 271.

49 — Wager, H., ”Substantive Copyright Law in TRIPS”, i Cohen Jehoram, H./Keuchenius, P./Brownlee, L.M. (utgivare), *Trade-related Aspects of Copyright,* Kluwer, Deventer, 1996, s. 36.

50 — Dom av den 11 september 2007 i mål C-431/05, Merck Genéricos (REG 2007, s. I-7001), punkterna 32–39.

VI — Förslag till avgörande

73. Med hänsyn till det ovan anförda föreslår jag att domstolen ska besvara Bundesgerichtshofs tolkningsfrågor på följande sätt:

1) Den skyddstid som föreskrivs i Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/116/EG av den 12 december 2006 om skyddstiden för upphovsrätt och vissa närstående rättigheter ska, under de förutsättningar som anges i artikel 10.2 i direktivet, tillämpas även om det berörda verket inte vid någon tidpunkt har åtnjutit skydd i den medlemsstat i vilken skyddet görs gällande, med förbehåll för vad som föreskrivs i punkt 3 i samma artikel 10.

2) Begreppet nationella bestämmelser, i den mening som avses i artikel 10.2 i direktiv 2006/116, omfattar inte medlemsstaternas bestämmelser om skydd för rättshavare som inte har gemenskapsnationalitet.

3) Det ankommer på den nationella domstolen att avgöra, i överensstämmelse med artikel 7.2 i direktiv 2006/116 och de internationella avtal som binder den nationella rättsordningen, huruvida den i artikel 10.2 i det nämnda direktivet föreskrivna skyddstiden, för objekt som den 1 juli 1995 uppfyllde kriterierna för skydd enligt rådets direktiv 92/100/EEG av den 19 november 1992 om uthyrnings- och utlåningsrättigheter och vissa upphovsrätten närstående rättigheter inom det immaterialrättsliga området, är tillämplig på rättshavare som inte har gemenskapsnationalitet.