FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT ELEANOR SHARPSTON

föredraget den 29 juni 2006 [1]

1. I denna talan mot Spanien enligt artikel 226 EG har kommissionen yrkat att domstolen skall fastställa att Spanien inte på ett korrekt sätt har införlivat artiklarna 1 och 5 i rådets direktiv 92/100/EEG av den 19 november 1992 om uthyrnings- och utlåningsrättigheter avseende upphovsrättsligt skyddade verk och om upphovsrätten närstående rättigheter (nedan kallat direktivet). [2]

Direktivet

2. Direktivet syftar till att eliminera de olikheter i rättsskydd som föreskrivs i medlemsstaterna för upphovsrättsligt skyddade verk och alster som omfattas av närstående rättighteter [3] vad beträffar uthyrning och utlåning. [4] Särskilt förutsätts i direktivet att medlemsstaterna föreskriver rättigheter i fråga om uthyrning och utlåning för vissa grupper av rättighetsinnehavare.

3. Sjunde skälet i direktivet har följande lydelse:

"Upphovsmännens 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."

1 — Originalspråk: engelska.

2 — EGT L 346, s. 61.

3 — Inom ramen för gemenskapsrätten omfattar upphovsrätt ("droit d'auteur") den ensamrätt som tillkommer författare, kompositörer, konstnärer etc., medan närstående rättigheter ("droits voisins") omfattar de motsvarande rättigheter som tillkommer utövande konstnärer (musiker, skådespelare etc.) och företagare (förläggare, filmproducenter etc.). Jag kommer emellertid för enkelhetens skull att skriva "upphovsrättsligt skyddade verk" i stället för det klumpigare begrepp som används i direktivet, nämligen "upphovsrättsligt skyddade verk och upphovsrätten närstående rättigheter", eftersom denna åtskillnad är ovidkommande i förevarande mål.

4 — Första skälet.

4. I artikel 1.1 åläggs medlemsstaterna att införa en rätt att medge eller förbjuda uthyrning och utlåning av original och andra exemplar av upphovsrättsligt skyddade verk "som avses i artikel 2".

5. I artikel 1.2 definieras "uthyrning" som "upplåtelse för bruk under en begränsad tid mot direkt eller indirekt ekonomisk eller kommersiell nytta". I artikel 1.3 definieras "utlåning" som "upplåtelse för bruk under en begränsad tid utan direkt eller indirekt ekonomisk eller kommersiell nytta när upplåtelsen sker genom inrättningar som är tillgängliga för allmänheten".

6. I artikel 2.1 föreskrivs följande:

Ensamrätten att medge eller förbjuda uthyrning och utlåning skall tillkomma

— upphovsmannen vad gäller original och andra exemplar av hans verk,

— den utövande konstnären vad gäller upptagningar av hans framförande,

— fonogramframställaren vad gäller hans fonogram, och

— den som producerat första upptagningen av en film vad gäller original och andra exemplar av filmen. I detta direktiv avses med film ett filmverk eller annat audiovisuellt verk eller eljest rörliga bilder med eller utan åtföljande ljud."

7. I artikel 5 föreskrivs, i här relevanta delar, följande:

"1. Medlemsstaterna får föreskriva undantag från den ensamrätt vad gäller offentlig utlåning som anges i artikel 1, förutsatt att åtminstone upphovsmän får ersättning för utlåningen. Medlemsstaterna skall ha frihet att bestämma ersättningens storlek med hänsyn till sina kulturfrämjande syften.

...

3. Medlemsstaterna får undanta vissa kategorier av inrättningar från skyldigheten att betala ersättning enligt punkten 1."

8. I artikel 15.1 i direktivet ålades medlemsstaterna att införliva direktivet senast den 1 juli 1994.

Tillämplig nationell lagstiftning

9. Den spanska lagstiftningen som är aktuell i förevarande mål är Texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (konsoliderad lydelse av lagen om immateriella rättigheter) (nedan kallad LPI).

10. Enligt artikel 17 LPI har upphovsmän en ensamrätt vad gäller nyttjande av sina verk, vilket omfattar spridningsrätten.

11. I artikel 19.1 föreskrivs att spridningsrätten omfattar rättigheterna vad gäller utlåning.

12. I artikel 19.3 föreskrivs följande:

"'Uthyrning' avser tillhandahållande av original och andra exemplar av ett verk för bruk under en begränsad tid mot direkt eller indirekt ekonomisk eller kommersiell nytta.

Begreppet uthyrning omfattar inte tillhandahållande för utställningsändamål, för offentligt återgivande från fonogram eller audiovisuella upptagningar, vilket inbegriper utdrag, och upplåtelse för hörande på plats."

13. I första och tredje styckena i artikel 19.4 föreskrivs följande:

"'Utlåning' avser tillhandahållande av original och andra exemplar av ett verk för bruk under en begränsad tid utan direkt eller indirekt ekonomisk eller kommersiell nytta, förutsatt att utlåningen sker genom inrättningar som är tillgängliga för allmänheten.

...

Begreppet utlåning omfattar inte de transaktioner som nämns i andra stycket i punkt 3 ovan eller som har utförts mellan de inrättningar som är tillgängliga för allmänheten."

14. Den ensamrätt vad gäller utlåning som framgår av artiklarna 17 och 19 är föremål för följande undantag enligt artikel 37.2 LPI:

"... museer, arkiv, bibliotek, tidningsbibliotek och ljud- och videoupptagningsbibliotek som är offentliga eller tillhör ett kulturellt, vetenskapligt eller utbildningsmässigt icke-vinstdrivande organ av allmänt intresse, eller tillhör utbildningsinrättningar som utgör en del av det spanska utbildningssystemet, behöver inte ha rättighetsinnehavarens medgivande eller betala ersättning för den utlåning som de ombesörjer."

Bedömning

15. Kommissionen har påpekat att artikel 5.3 i direktivet endast ger medlemsstaterna möjlighet att undanta "vissa kategorier" av inrättningar från att betala den ersättning som annars garanteras genom artikel 5.1 som en motvikt till undantaget från den ensamrätt vad gäller utlåning som anges i artikel 1. I artikel 37.2 LPI undantas emellertid i praktiken all utlåning från både kravet på att erhålla upphovsmännens medgivande och kravet på att betala upphovsmännens ersättning. Till följd av detta undantag gäller skyldigheten att ersätta upphovsmän för utlåning av deras upphovsrättsligt skyddade verk utan deras medgivande endast när företaget som lånar ut är antingen 1) ett privat vinstdrivande organ, eller 2) ett privat organ som inte är ett kulturellt, vetenskapligt eller utbildningsmässigt organ av allmänt intresse. Omfattningen av dessa två kategorier är emellertid så begränsad att det skäligen kan ifrågasättas om de har någon praktisk betydelse. I fråga om den första kategorin framstår det som mycket osannolikt att ett vinstdrivande organ skulle erbjuda kostnadsfri utlåning. Eftersom utlåning "mot direkt eller indirekt ekonomisk eller kommersiell nytta" faller inom definitionen för "uthyrning" och inte "utlåning" för direktivets ändamål, täcks utlåning inte av artikel 5.1 i direktivet. I fråga om den andra kategorin framstår det som osannolikt att ett museum, ett arkiv, ett bibliotek, ett tidningsbibliotek eller ett ljud- eller videoupptagningsbibliotek som tillhandahåller offentlig utlåning och är icke-vinstdrivande, inte skulle vara ett kulturellt, vetenskapligt eller utbildningsmässigt organ av allmänt intresse.

16. Kommissionen har dragit slutsatsen att medan artikel 5.3 i direktivet ger medlems-

staterna ett stort utrymme för skönsmässig bedömning när det gäller att ange de kategorier av inrättningar som är undantagna från skyldigheten att betala ersättning, tillåter den inte dem att från denna skyldighet undanta alla, eller praktiskt taget alla, inrättningar. Ett "undantag" som gäller för alla eller nästan alla inrättningar som är föremål för skyldigheten att betala ersättning enligt artikel 5.1 blir en huvudregel. Dessutom kan ett sådant undantag inte ses som endast tillämpligt på "vissa kategorier av inrättningar". [5] I sin egenskap av undantag skall artikel 5.3 tolkas restriktivt. Om medlemsstaterna kunde undanta alla, eller nästan alla, inrättningar som annars skulle vara skyldiga att betala ersättning, skulle artikel 5.1 vara utan betydelse.

17. Jag anser att kommissionens talan skall bifallas. Enligt min mening framgår det tydligt av direktivets systematik och ändamål samt av lydelsen i artikel 5.3 att en medlemsstat inte har rätt att i praktiken undanta alla kategorier av inrättningar som annars skulle omfattas av artikel 5.1.

18. Såsom kommissionen riktigt har framhållit är ett av de huvudsakliga ändamålen med direktivet att säkerställa en tillräcklig inkomst för upphovsmännens skapande arbete. [6] I linje med detta ändamål föreskrivs i artikel 5.1 att upphovsmän skall få ersättning för utlåningen av deras verk även om en medlemsstat föreskriver ett undantag från deras ensamrätt att medge eller förbjuda utlåning. Även om artikel 5.1 har beskrivits som ett undantag innehåller således den bestämmelsen det mest grundläggande kravet i hela direktivet, nämligen att upphovsmännen skall få ersättning som är förenlig med artiklarna 1 och 2 i direktivet.

19. I artikel 5.3 föreskrivs ett verkligt undantag från kravet på ersättning, genom att medlemsstaterna tillåts undanta "vissa kategorier av inrättningar" från skyldigheten att betala ersättning. I det fallet skall artikeln tolkas restriktivt. Ordvalet i artikel 5.3 tyder starkt på att endast ett begränsat antal kategorier av inrättningar [7] som potentiellt skulle vara skyldiga att betala ersättning

5 — Kommissionen har åberopat dom av den 16 oktober 2003 i mål C-433/02, kommissionen mot Belgien, REG 2003, s. I-12191, punkt 20.

6 — Se sjunde skälet som återges i punkt 3 ovan.

7 — Det förefaller som om artikel 5.3 infogades på begäran av de två medlemsstater som ville ha möjlighet att undanta bibliotek vid utbildningsinrättningar och offentliga bibliotek från skyldigheten att betala ersättning till rättighetsinnehavarna vid offentlig utlåning, se Reinbothe J. och von Lewinski S., *The EC Directive on Rental and Lending Rights and on Piracy* (1993), s. 82.

enligt artikel 5.1 får undantas från den skyldigheten. Detta är också fallet inte bara i den engelska versionen utan åtminstone även i de danska, nederländska, franska, tyska, grekiska, italienska, portugisiska och spanska versionerna av direktivet, som antogs på dessa språk. [8]

20. Det är riktigt att bestämmelsen inte är tydlig, eftersom "vissa" kan betyda både "en del, men inte alla" och "tydligt angivna". En lagbestämmelse som tillåter att medlemsstaterna vidtar särskilda åtgärder för att "förhindra 'vissa' typer av skatteflykt eller skatteundandragande" kan knappast betyda att medlemsstaterna inte får förhindra alla slag av skatteflykt. [9]

21. Domstolen har emellertid redan klargjort att den tolkar artikel 5.3 på ett begränsat sätt och har uttalat att "om omständigheterna i den ifrågavarande medlemsstaten är sådana att man inte kan särskilja olika kategorier av inrättningar, skall samtliga berörda inrättningar åläggas skyldigheten att betala den ifrågavarande ersättningen". [10]

22. Jag instämmer med kommissionen i att ett undantag från en skyldighet som i princip undantar alla som annars skulle omfattas av skyldigheten inte är ett undantag utan ett upphävande av den underliggande skyldigheten. I förevarande mål har Spanien egentligen inte bestritt att tillämpningsområdet för undantaget faktiskt sammanfaller med de kategorier av inrättningar som annars skulle vara skyldiga att betala ersättning. [11] Spanien har i stället framfört ett antal argument som enligt dess mening motiverar dess val av lagstiftning.

23. Spanien har för det första anfört att kommissionen inte har visat att undantaget i artikel 37.2 LPI medför någon snedvridning av konkurrensen inom den inre marknaden. Kommissionen påstod faktiskt i sin rapport från år 2002 om rättigheter vad gäller

8 — "[C]ertain categories", "bepaalde categorieën", "visse kategorier", "certaines catégories", "bestimmte Kategorien", "ορισμένες κατηγορίες", "alcune categorie", "determinadas categorias" respektive "determinadas categorías".

9 — Se punkt 17 i generaladvokat Jacobs förslag till avgörande av den 13 juli 1995 i mål C-144/94, Italittica, där domstolen meddelade dom den 26 oktober 1995 (REG 1995, s. I-3653).

10 — Domen i målet kommissionen mot Belgien (ovan fotnot 5), punkt 20.

11 — Visserligen har Spanien i sin duplik gjort gällande (utan att ha åberopat några bevis) att det är vanligt förekommande att privata bolag upprättar offentliga lånebibliotek och att inget hindrar de organ som äger dem från att ersätta de upphovsmän som kräver betalning. Längre ner i sin duplik har Spanien emellertid påstått att privata initiativ inte har bidragit markant till skapandet i Spanien av inrättningar av allmänt intresse som är öppna för allmänheten, varför offentliga myndigheter har varit tvungna att fylla denna lucka.

offentlig utlåning i Europeiska unionen [12] att den åtminstone vid tiden för rapporten inte hade några tydliga indikationer på att den relativt låga grad av harmonisering av lagstiftningen om rättigheter vad gäller offentlig utlåning som åstadkommits genom direktivet hade haft någon märkbar negativ inverkan rörande rättighetsinnehavarnas ekonomiska intressen eller den inre marknaden. Enligt Spanien har kommissionen inte heller visat att omfattningen av undantaget i LPI har lett till otillräckliga inkomster i Spanien för upphovsmän som har hindrat dem från fortsatt skapande arbete.

24. Jag instämmer med kommissionen i att för ett bevisa det påstådda fördragsbrottet är den inte skyldig att bevisa att det undantag som föreskrivs i artikel 37.2 LPI antingen berövar upphovsmännen en tillräcklig inkomst eller snedvrider konkurrensen på den inre marknaden. Fördragsbrottsförfaranden bygger på att det objektivt kan fastslås att en medlemsstat har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter. [13] Det krävs inte bevis på faktisk skada. Skyldigheten att betala ersättning som gäller enligt artikel 5.1 är alltid tillämplig. Detta gäller oavsett om det är nödvändigt i ett givet fall för att säkerställa att upphovsmännen erhåller en "tillräcklig inkomst" och oavsett vilken inverkan avsaknaden av ersättning kan ha på konkurrensen i ett givet fall. [14] På liknande sätt förutsätter undantaget i artikel 5.3 alltid att undantaget från skyldigheten att betala ersättning skall begränsas till "vissa inrättningar". Detta gäller oavsett huruvida denna begränsning är nödvändig i ett givet fall för att säkerställa att upphovsmännen erhåller en "tillräcklig inkomst" och oavsett på vilket sätt konkurrensen påverkats av avsaknaden av ersättning, vilken annars skulle ha betalats av en viss inrättning.

25. Dessutom förefaller det som om Spanien av någon anledning utgått från att kravet på ersättning inte gäller om det kan visas att upphovsmännen redan erhåller en tillfredsställande inkomst, så att avsaknaden av ersättning inte hindrar dem från fortsatt skapande arbete. Det argumentet bygger emellertid på ett missförstånd vad gäller beskaffenheten av och ändamålet med rättigheterna vad gäller offentlig utlåning. Det är visserligen riktigt att upphovsmännen har en inkomst från sina rättigheter i fråga om mångfaldigande och spridning, men denna inkomst speglar inte böcker som har lånats ut i stället för att säljas. [15] Naturligtvis skulle inte alla de personer som lånar böcker från ett offentligt bibliotek (eller läser dem på

12 — Rapport av den 12 september 2002 från kommissionen till Rådet, Europaparlamentet och Ekonomiska och sociala kommittén om rättigheter vad gäller offentlig utlåning i Europeiska unionen, KOM(2002) 502 slutlig, punkt 5.1.

13 — Se till exempel dom av den 14 november 2002 i mål C-140/00, kommissionen mot Förenade kungariket, REG 2002, s. I-10379, punkt 34 och där angiven rättspraxis.

14 — Se punkterna 46 och 47 i mitt förslag till avgörande i de förenade målen C-53/05, dom av den 6 juli 2006, REG 2006, s. I-6215, s. I-6217, och C-61/05, dom av den 13 juli 2006, REG 2006, s. I-6779, s. I-6781, kommissionen mot Portugal, föredraget den 4 april 2006, för en förklaring till vilken inverkan underlåtenheten att föreskriva rättigheter vad beträffar offentlig utlåning kan ha haft på den inre marknaden.

15 — Jag använder böcker som exempel. Självklart kan rättigheterna vad gäller offentlig utlåning också avse fonogram och videogram som är upptagningar av framträdanden eller exemplar av filmer eller andra audiovisuella verk (även om videogram möjligen oftare hyrs än lånas ut).

plats) köpa alla dessa böcker om det inte fanns möjlighet att låna dem. Det finns dock ett allmänt mönster. [16] Under alla omständigheter utgör direktivet ett tydligt politiskt beslut att tilldela både en ensamrätt vad gäller utlåning och en rätt till ersättning när medlemsstaterna har infört undantag från den rätten.

26. För det andra har Spanien hävdat att kommissionen har missförstått omfattningen av undantaget i artikel 37.2 LPI, som inte avser frågan huruvida utlåningen är vinstdrivande eller inte, utan huruvida utlåningsinrättningen tillhör ett kulturellt, vetenskapligt eller utbildningsmässigt icke-vinstdrivande organ av allmänt intresse. Spanien har påstått att det är möjligt att vissa offentliga utlåningsinrättningar inte är undantagna från skyldigheten att betala ersättning, och att det är möjligt att hitta ett privat vinstdrivande organ som äger en icke-vinstdrivande utlåningsinrättning.

27. Återigen har kommissionen enligt min mening rätt i att förekomsten av en skyldighet att utge ersättning inte skall vara beroende av den rättsliga form som har valts av långivaren. I alla händelser har Spanien inte anfört något bevis till stöd för sina påståenden.

28. Slutligen har Spanien hänvisat till kommissionens uttalande i dess rapport från år 2002 [17] att "[a]rtikel 5 är ett resultat av den kompromiss som man vid direktivets tillkomst enades om, mellan hänsyn till den inre marknadens behov å ena sidan och medlemsstaternas olika traditioner på detta område å andra sidan". Härav följer enligt Spanien att de undantag som är tillåtna enligt artikel 5.3 är så omfattande som krävs för att upprätthålla eller utveckla en kulturell tradition. Medlemsstaternas omfattande bestämmandefrihet kan medföra att de endast erkänner en mycket begränsad eller symbolisk ersättning, eller till och med ingen alls. Spanien har faktiskt konstaterat att kommissionen i sin rapport från år 2002 uttalade att "[p]å vissa villkor får de [enligt artikel 5] i stället för ensamrätten använda sig av en ersättningsrätt, eller t.o.m. inte föreskriva om någon ersättning alls". [18] I det förevarande fallet har Spanien gjort gällande att förverkligandet av kulturella ändamål är viktigare än ändamålet att säkerställa att upphovsmännen erhåller en tillräcklig inkomst. Den spanska lagstiftaren beaktade

16 — Se punkt 44 i motiveringen till förslaget till rådets direktiv om uthyrnings- och utlåningsrättigheter och vissa upphovsrätten närstående rättigheter av den 24 januari 1991, KOM(90) 586 slutlig, som återges i mitt förslag till avgörande i målet kommissionen mot Portugal (ovan fotnot 14). Se också kommissionens rapport från år 2002 som återges ovan i fotnot 12, del 2.

17 — Punkt 3.3 (ovan fotnot 12).

18 — Ibidem.

att användningen av offentliga bibliotek i Spanien är betydligt under genomsnittet i EU.

29. Enligt min mening blir emellertid skyldigheten att ersätta upphovsmän enligt första meningen i artikel 5.1 i direktivet meningslös om, i enlighet med andra meningen, medlemsstaterna kan fastställa denna ersättning till noll. Den andra meningen i artikel 5.1 tillåter att medlemsstaterna ändrar storleken på den ersättning som anges i första meningen "med hänsyn till" deras kulturfrämjande syften. Den medger dock inte att de bestämmer ersättningen till noll. Begreppet ersättning innebär att den betalning som upphovsmännen tar emot måste utgöra en skälig ersättning för deras skapande arbete.

30. Om medlemsstaterna kunde fastställa att det inte skall utgå ersättning för några kategorier av utlåningsinrättningar, skulle det på liknande sätt vara meningslöst att i artikel 5.3 ange att de endast får undanta "vissa" inrättningar från skyldigheten att betala ersättning. Fastän medlemsstaterna i artikel 5.3 ges ett stort utrymme för skönsmässig bedömning, avser detta utrymme deras möjlighet att bestämma de kategorier av inrättningar som skall undantas. Som anförts ovan kan dessa kategorier inte omfatta alla de inrättningar som kan vara ersättningsskyldiga.

31. Vad beträffar omnämnandet i kommissionens rapport från år 2002 att medlemsstaterna "t.o.m. [får] ... [underlåta att] föreskriva om någon ersättning alls", framgår det tydligt av sammanhanget att uttalandet egentligen syftar på den möjlighet som medlemsstaterna har enligt artikel 5.3 att "undanta vissa kategorier av inrättningar från skyldigheten att betala ersättning". Undantagna kategorier av inrättningar kommer (per definition) inte att betala någon ersättning alls. Frågan är emellertid hur undantaget i artikel 5.3 skall tolkas. Jag kan därför inte se på vilket sätt kommissionens uttalande i dess rapport från år 2002 stödjer Spaniens argument. Detta skall dessutom ses mot bakgrund av kommissionens kommentarer till artikel 5.3 i stycke 3.4 i rapporten. [19] Även om kommissionens uttalande förefaller sprida lite ljus över den fråga som domstolen har att ta ställning till i det förevarande målet, är det endast ett uttryck för hur kommissionen anser att bestämmelsen skall tolkas. I det fallet är uttalandet inte bindande för domstolen.

19 — Medan artikel 5 ger medlemsstaterna stor bestämmandefrihet att göra undantag från ensamrätten till utlåning, skall en ersättning i vart fall föreskrivas för upphovsmännen. Medlemsstaterna får bestämma ersättningens storlek, men den måste motsvara de underliggande syftena bakom direktivet och upphovsrättsskydd i allmänhet. Medlemsstaterna får undanta några, men inte alla, inrättningar i den mening som avses i artikel 5.3 från kravet att betala ersättning.

Förslag till avgörande

32. Jag anser därför att domstolen skall

1) fastställa att Konungariket Spanien har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artiklarna 1 och 5 i rådets direktiv 92/100/EEG av den 19 november 1992 om uthyrnings- och utlåningsrättigheter avseende upphovsrättsligt skyddade verk och om upphovsrätten närstående rättigheter, och

2) förplikta Konungariket Spanien att ersätta rättegångskostnaderna.