FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT ELEANOR SHARPSTON
fremsat den 4. april 2006 [1]

1. I disse to sager, som er anlagt af Kommissionen mod Den Portugisiske Republik i henhold til EF-traktatens artikel 226, har Kommissionen nedlagt påstand [2] om, at det fastslås, at Portugal ikke har gennemført artikel 2, 4 og 5 (sammenholdt med artikel 1) i Rådets direktiv 92/100/EØF af 19. november 1992 om udlejnings- og udlånsrettigheder samt om visse andre ophavsretsbeslægtede rettigheder i forbindelse med intellektuel ejendomsret (herefter »direktivet«) [3].

Direktivet

2. Direktivet blev vedtaget på grundlag af bl.a. artikel 95 EF. Formålet med direktivet er at rette op på det forhold, at den retsbeskyttelse, som i de enkelte medlemsstater tillægges ophavsretligt beskyttede værker samt frembringelser beskyttet af ophavsretsbeslægtede rettigheder [4], divergerer fra medlemsstat til medlemsstat for så vidt angår udlejning og udlån [5]. Direktivet tilsigter ikke at gå videre end til at fastsætte, at medlemsstaterne skal indføre udlejnings- og udlånsrettigheder for visse kategorier af rettighedshavere samt yderligere indføre ret til optagelse [6], reproduktion, udsendelse, radiospredning og offentlig gengivelse til fordel for visse kategorier af rettighedshavere på området for ophavsretsbeslægtet beskyttelse [7]. I direktivets første kapitel, som nærværende sag vedrører, fastsættes udlejnings- og udlånsrettigheder i overensstemmelse med det første af disse mål.

1 — Originalsprog: engelsk.

2 — I sag C-53/05 påstås det, at artikel 5, sammenholdt med artikel 1, er blevet tilsidesat; i sag C-61/05 påstås det, at artikel 2 og 4 er blevet tilsidesat.

3 — EFT L 346, s. 61.

4 — I forbindelse med fællesskabsretten omfatter ophavsrettigheder (»droit d'auteur«) de enerettigheder, som er tildelt ophavsmænd, komponister, kunstnere osv., mens beslægtede rettigheder (»droits voisins«) dækker tilsvarende rettigheder for udøvende kunstnere (musikere, skuespillere osv.) og producenter (forlæggere, filmproducenter osv.). Jeg vil dog for kortheds skyld blot henvise til »ophavsretligt beskyttede værker« frem for det mere omstændelige udtryk, som anvendes i direktivet, nemlig »ophavsretligt beskyttede værker samt frembringelser beskyttet af ophavsretsbeslægtede rettigheder«, eftersom sondringen er uden betydning i disse sager.

5 — Betragtning 1 i præamblen.

6 — Det uheldige ordvalg på engelsk (fixation), der beklageligvis går igen som et ledemotiv i Fællesskabets harmoniseringslovgivning om ophavsret (også i de internationale konventioner), synes ikke at betyde andet og mere end optagelse (recording).

7 — Betragtning 11 i præamblen.

3. Direktivets præambel indeholder følgende betragtninger:

»[1] Den retsbeskyttelse, som i henhold til de enkelte medlemsstaters lovgivning og praksis tillægges ophavsretligt beskyttede værker samt frembringelser beskyttet af ophavsretsbeslægtede rettigheder, divergerer fra medlemsstat til medlemsstat for så vidt angår udlejning og udlån; dette kan skabe hindringer for samhandelen samt konkurrencefordrejninger til skade for det indre markeds gennemførelse og funktion

[2] Sådanne forskelle i retsbeskyttelsen kan blive endnu mere udtalte, hvis medlemsstaterne vedtager ny og indbyrdes divergerende lovgivning, eller hvis national retspraksis vedrørende fortolkning af disse bestemmelser udvikler sig forskelligt.

[3] Sådanne forskelle bør derfor elimineres i overensstemmelse med det i Traktatens artikel 8 A fastsatte mål om etablering af et område uden indre grænser for således i henhold til Traktatens artikel 3, litra f), at gennemføre en ordning, der sikrer, at konkurrencen inden for fællesmarkedet ikke fordrejes.

[4] Udlejning og udlån af ophavsretligt beskyttede værker samt frembringelser beskyttet af ophavsretsbeslægtede rettigheder spiller en stadig større rolle for navnlig ophavsmænd, kunstnere samt producenter af fonogrammer og film; [...]

[...]

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

[...]

[15] Det er nødvendigt at indføre en ordning, som sikrer, at ophavsmænd og udøvende kunstnere oppebærer et rimeligt vederlag, som der ikke kan gives afkald på

[...]

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

[18] Det er også nødvendigt gennem en særlig ordning at beskytte i det mindste ophavsmænds rettigheder i forbindelse med offentligt udlån [...]«

4. I artikel 1, stk. 1, fastsættes det, at medlemsstaterne indfører ret til at tillade eller forbyde udlejning og udlån af originalværker og eksemplarer af ophavsretligt beskyttede værker.

5. I artikel 1, stk. 2, defineres »udlejning« som »det forhold, at et værk med henblik på direkte eller indirekte økonomisk eller kommerciel fordel for et begrænset tidsrum stilles til rådighed med henblik på brug«. I artikel 1, stk. 3, defineres »udlån« som »det forhold, at et værk for et begrænset tidsrum og ikke med henblik på direkte eller indirekte økonomisk eller kommerciel fordel stilles til rådighed med henblik på brug via offentligt tilgængelige institutioner«.

6. I artikel 2, stk. 1, hedder det:

»Eneretten til at tillade eller forbyde udlejning og udlån tilkommer

— ophavsmanden for så vidt angår hans originalværk eller eksemplarer heraf

— den udøvende kunstner for så vidt angår optagelsen af hans fremførelse

— fremstilleren af fonogrammer for så vidt angår hans fonogrammer, og

— producenten af den første optagelse af en film for så vidt angår den originale film eller kopier heraf; i dette direktiv forstås ved film filmværker, audiovisuelle værker og levende billeder, hvad enten de er ledsaget af lyd eller ej.«

7. I artikel 2, stk. 2, fastsættes det, at den ledende instruktør af et filmværk eller audiovisuelt værk anses som ophavsmand eller som en af ophavsmændene.

8. I artikel 2, stk. 4, fastsættes det, at de rettigheder, der er omhandlet i stk. 1, kan overføres eller overdrages, eller der kan gives licenser til udnyttelse heraf ved kontrakt.

9. I artikel 4 fastsættes, for så vidt det er relevant for disse sager:

»1. Ophavsmænd og udøvende kunstnere, der overfører eller overdrager retten til at udleje et fonogram, en original film eller en kopi af en film til en producent af fonogrammer eller film, bevarer retten til at oppebære et rimeligt vederlag for udlejningen.

2. Ophavsmændene eller de udøvende kunstnere kan ikke give afkald på retten til at oppebære et rimeligt vederlag for udlejning.

[...]

4. Medlemsstaterne kan foreskrive, [...] hos hvem vederlaget kan kræves eller inddrives.«

10. Artikel 5 foreskriver, for så vidt det er relevant for disse sager:

»1. Medlemsstaterne kan gøre indskrænkninger i den eneret, der er omhandlet i artikel 1 med hensyn til offentligt udlån, såfremt i det mindste ophavsmændene oppebærer vederlag for sådant udlån. Medlemsstaterne skal frit kunne fastsætte dette vederlag under hensyn til deres målsætninger for fremme af kulturen.

[...]

3. Medlemsstaterne kan fritage visse kategorier af institutioner for at betale det i stk. 1 [...] nævnte vederlag.«

11. I artikel 15, stk. 1, fastsættes, at medlemsstaterne skal gennemføre direktivet inden den 1. juli 1994.

Den relevante nationale lovgivning

12. Portugal tilsigtede at gennemføre direktivet ved lovdekret nr. 332/97 af 27. november 1997.

13. I artikel 5 i dette lovdekret hedder det:

»1. Når ophavsmanden overfører eller overdrager sine udlånsrettigheder til et fonogram, et videogram eller originalværket eller en kopi af en film til en fremstiller af fonogrammer eller en filmproducent, har ophavsmanden en ret, som han ikke kan give afkald på, til et rimeligt vederlag for udlejningen.

2. I henhold til stk. 1 er fremstilleren ansvarlig for at udbetale det vederlag, der i mangel af enighed mellem parterne fastsættes ved voldgift og i overensstemmelse med lovgivningen.«

14. I artikel 6, stk. 1, fastsættes, at ophavsmanden har ret til vederlag for offentligt udlån af hans originalværk eller eksemplarer heraf.

15. I artikel 6, stk. 3, fastsættes:

»Nærværende artikel finder ikke anvendelse på offentlige biblioteker, skole- eller universitetsbiblioteker, museer, offentlige arkiver, offentlige fonde og private institutioner, der drives uden vinding for øje.«

16. Artikel 7, stk. 2, indfører udlejnings- og udlånsrettigheder for:

»— [...] den udøvende kunstner for så vidt angår optagelsen af hans fremførelse

— [...] fremstilleren af fonogrammer eller videogrammer for så vidt angår hans fonogrammer eller videogrammer, og

— [...] producenten af den første optagelse af en film for så vidt angår den originale film eller kopier heraf«.

17. I artikel 7, stk. 4, defineres »film« som »filmværker eller audiovisuelle værker eller levende billeder, hvad enten de er ledsaget af lyd eller ej«.

Sag C-61/05: påstanden om overtrædelse af artikel 2

18. Kommissionen gør gældende, at virkningen af artikel 7 i det portugisiske lovdekret nr. 332/97 er, at producenten af den første optagelse af en film ikke nødvendigvis kan tillade eller forbyde udlejning af kopier af denne film, herunder videogram- eller dvd-optagelser heraf; producenten har under alle omstændigheder ikke eneret hertil, sådan som det kræves i direktivets artikel 2, stk. 1 [8].

19. Portugal anfører, at listen i artikel 2, stk. 1, ikke er udtømmende, og at det ifølge bestemmelsens vage definition af »film« ikke kan udelukkes, at producenten af den første optagelse af en film selv er producent af kopier af filmen og også kan overdrage rettigheder til originalværket og kopier heraf, eller blot til kopier, til en anden person — den, der fremstiller videogrammer. Ifølge portugisisk lov sidestilles fremstillere af videogrammer med fremstillere af fonogrammer.

20. Kommissionens søgsmål er efter min opfattelse velbegrundet med hensyn til den påståede overtrædelse af direktivets artikel 2.

21. For det første kan en medlemsstat, selv om jeg vedgår, at listen i direktivets artikel 2, stk. 1, ikke nødvendigvis er fuldstændig udtømmende, ikke tilføje en hvilken som helst kategori af rettighedshavere til listen. Som fastslået af Domstolen i dommen i sagen Warner Brothers [9], kan muligheden for at forbyde udlejning i en medlemsstat indvirke på handelen med videogrammer i denne stat og følgelig indirekte påvirke samhandelen inden for Fællesskabet med disse varer. Formålet med direktivet er, som det klart fremgår af præamblen, at afskaffe forskelle i forbindelse med retsbeskyttelsen af ophavsretligt beskyttede værker med henblik på at fjerne handelshindringer og konkurrenceforvridninger. Dette mål vil indlysende ikke kunne nås, hvis de forskellige

8 — Kommissionen henviser endvidere til definitionen på »videogram« og »fremstiller af videogram« i artikel 176, stk. 3, i den portugisiske lov om ophavsrettigheder og beslægtede rettigheder. Denne bestemmelse synes dog ikke at bidrage med noget til analysen. Jeg foreslår derfor, at den ikke tages i betragtning.

9 — Domstolens dom af 17.5.1988, sag 158/86, Warner Brothers m.fl. mod Christiansen, Sml. s. 2605, præmis 10.

medlemsstater frit kunne overdrage retten til at træffe bestemmelse om udlejning af videogrammer til forskellige kategorier af personer.

22. Denne fortolkning stemmer endvidere overens med direktivets forarbejder. I begrundelsen til det første forslag til direktiv [10] anføres det, at selv om artikel 2, stk. 1 (som slap stort set helskindet gennem lovgivningsprocessen), »dækker alle de vigtigste kategorier af rettighedshavere, hvis værker og ophavsretligt beskyttede frembringelser udlejes eller udlånes, forhindrer ordlyden ikke medlemsstater i at udvide udlejnings- og udlånsrettigheden til at omfatte yderligere beslægtede kategorier af rettighedshavere, såsom indehavere af retten til fotografier« [11]. Kommissionen tilføjede imidlertid, at »de pågældende sager er af mindre økonomisk betydning, for så vidt angår udlejning og udlån, og derfor ikke udgør en trussel mod harmoniseringen« [12]. Dette er tydeligvis ikke tilfældet for udlån af videogrammer. I begrundelsen anføres [13] desuden med hensyn til artikel 2, stk. 1, at »fremstillere af kopier af film ved [begrænsningen til »første optagelser«] ikke skal være beskyttet; dette gælder f.eks. i forbindelse med kopier af biograffilm, som er tilpasset til videodistribution.«

23. For det andet overdrages i medfør af artikel 2, stk. 1, eneretten til at træffe bestemmelse om udlån af originalværket og kopier heraf til producenten af den første optagelse af en film. Hvis også fremstilleren af et videogram af den pågældende film tildeles en ret til at træffe bestemmelse om udlån af videogrammet, er filmproducentens ret åbenbart ikke en eneret.

24. For det tredje medfører den rettighed, som Portugal har tildelt fremstillere af videogrammer, ikke »blot« tilføjelse af en yderligere kategori af rettighedshavere til listen i direktivets artikel 2, stk. 1. Den går snarere på tværs af og undergraver faktisk de enerettigheder, der specifikt fastsættes i artikel 2, stk. 1.

25. For det fjerde fremgår det af præamblen (jeg tillader mig her at bemærke, at fremstillere af videogrammer, i modsætning til

10 — Forslag til Rådets direktiv om udlejnings- og udlånsrettigheder samt om visse andre ophavsretsbeslægtede rettigheder, 24.1.1991, KOM(90) 586 endelig.

11 — Afsnit 2.1.3 og 2.1.4.

12 — Afsnit 2.1.4. J. Reinbothe og S. von Lewinski, *The EC Directive on Rental and Lending Rights and on Piracy*, 1993, anfører, at listen i artikel 2, stk. 1, i princippet *er* udtømmende, men at »det tilsyneladende har været både Kommissionens og medlemsstaternes opfattelse, at direktivet, for så vidt angår de eksisterende offentlige ordninger for udlånsrettigheder, ikke sigter mod at afskaffe de eksisterende rettigheder for visse rettighedshavere, navnlig ikke når der er tale om tilfælde af mindre økonomisk betydning. Ligeledes er det ikke målet at afskaffe de eksisterende beslægtede rettigheder til udlån for fotografer og redaktører og udgivere af fagtidsskrifter« (s. 50).

13 — Afsnit 2.1.2.2. Se også Reinbothe og von Lewinski, nævnt i fodnote 12, s. 48-50.

ophavsmænd, udøvende kunstnere, fremstillere af fonogrammer og filmproducenter, i præamblen glimrer ved deres fravær [14]), at formålet med at beskytte udlånsrettighederne for fremstillere af fonogrammer og film er at sikre dækning af de nødvendige og særdeles store og risikobehæftede investeringer [15]. Det er ikke gjort gældende, at sådanne »særdeles store og risikobehæftede« investeringer er nødvendige for at fremstille videogrammer.

26. Domstolen har tværtimod erkendt »den ekstremt lette adgang til at kopiere lydbærere [16]«. Selv om denne udtalelse blev fremsat i forbindelse med lydoptagelser, gælder den også for videooptagelser.

14 — Fremstillere af videogrammer nævnes heller ikke i artikel 14 i aftalen om handelsrelaterede aspekter af intellektuelle ejendomsrettigheder, der er indeholdt i bilag 1 C til overenskomsten om oprettelse af Verdenshandelsorganisationen, som er indgået på Fællesskabets vegne, for så vidt angår de områder, der hører under dets kompetence, ved Rådets afgørelse 94/800/EF af 22.12. 1994 om indgåelse på Det Europæiske Fællesskabs vegne af de aftaler, der er resultatet af de multilaterale forhandlinger i Uruguay-rundens regi (1986-1994), for så vidt angår de områder, der hører under Fællesskabets kompetence (EFT L 336, s. 1) (»TRIPs-aftalen«) (med titlen »Beskyttelse af udøvende kunstnere, fremstillere af fonogrammer (lydoptagelser) samt radio- og fjernsynsforetagender«), eller i 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), hvori det fastsættes, at medlemsstaterne indfører en eneret til at tillade eller forbyde reproduktion for fem kategorier af rettighedshavere, hvoraf de første fire også figurerer på listen i artikel 2, stk. 1, i direktiv 92/100, og den femte omfatter radio- og fjernsynsforetagender.

15 — Se også dom af 28.4.1998, sag C-200/96, Metronome Musik, Sml. I, s. 1953, navnlig præmis 24 og 25.

16 — Metronome Musik-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 15, præmis 24.

27. Jeg konkluderer derfor, at Portugal har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til direktivets artikel 2.

Sag C-61/05: påstanden om overtrædelse af artikel 4

28. Kommissionen gør gældende, at eftersom definitionen på »film« i artikel 7, stk. 4, i lovdekret nr. 332/97 også omfatter videogrammer, hører fremstilleren af et videogram ind under samme definition som en filmproducent i henhold til artikel 5, stk. 2, i dette lovdekret. Definitionen omfatter dermed to personer, som kan pålægges at erlægge et vederlag for udlejning. Dette har ført til forvirring og forhindret udøvende kunstnere i Portugal i at modtage det vederlag, som de er berettiget til, da de ikke ved, hvem der er den »producent«, der er ansvarlig for at betale vederlaget. I direktivet fastslås det derimod tydeligt, at kun producenten af den første optagelse af en film er pligtig at erlægge dette vederlag.

29. Portugal har hertil anført, at det i princippet og hvis andet ikke fremgår af omstændighederne, er producenten af den første optagelse af en film, der skal erlægge vederlag. Eventuelle uklarheder skyldes ikke blot den portugisiske lovgivning, men også direktivet selv. Definitionen på »film« i artikel 2, stk. 1, synes både at omfatte

filmværket (og at give rettigheder til producenten af den første optagelse) samt værket som optaget på et videogram (og at give rettigheder til fremstilleren af dette videogram).

30. Jeg har allerede gjort rede for, hvorfor jeg ikke mener, at artikel 2, stk. 1, kan fortolkes således, at den giver medlemsstaterne mulighed for at tilføje fremstillere af videogrammer til bestemmelsens liste over kategorier af rettighedshavere.

31. Artikel 4 blev indført for at sikre, at ophavsmænd (f.eks. instruktøren af en film (jf. direktivets artikel 2, stk. 2), ophavsmanden til en roman, som ligger til grund for en film, eller komponisten til musiktemaet) og udøvende kunstnere drager fordel af de udlejningsrettigheder, som er overdraget til dem i medfør af direktivet. Uden en udtrykkelig bestemmelse ville dette ofte ikke være tilfældet, da ophavsmænd og udøvende kunstnere hyppigt overdrager deres rettigheder til film- eller fonogramproducenten, hvilket der tages højde for i direktivets artikel 2, stk. 4. Hvis der ikke var fastsat krav om vederlag for denne overdragelse af rettigheder, ville udlejningsrettigheden være uden værdi. Da ophavsmænd og udøvende kunstnere generelt kontraktmæssigt har mindre at forhandle med end film- og fonogramproducenter, har de ikke altid modtaget et rimeligt vederlag for at overdrage deres rettigheder. Artikel 4 har til formål at sikre dem et sådant rimeligt vederlag [17]. Det fremgår tydeligt af ordlyden, at den er udformet med henblik på det tilfælde, at den, hvortil udlejningsrettighederne til en original film eller en kopi af en film overdrages, er filmproducenten.

32. Portugal erkender, at den portugisiske gennemførelseslovgivning er uklar. Eftersom medlemsstaterne i artikel 4, stk. 4, gives beføjelse til at afgøre, hvem der er pligtig at erlægge vederlag, skal det af hensyn til retssikkerheden tydeligt fastsættes, hvem der kan pålægges denne pligt. Det er min opfattelse, at gennemførelseslovgivningen er for upræcis. Jeg mener derfor, at Portugal har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til direktivets artikel 4.

Sag C-53/05: påstanden om overtrædelse af artikel 5

33. Kommissionen gør gældende, at direktivets artikel 5, stk. 3, giver medlemsstaterne mulighed for at fritage »visse kategorier« af institutioner for at betale det i artikel 5, stk. 1, nævnte vederlag i forbindelse med indskrænkninger i den eneret, der er omhandlet i artikel 1 med hensyn til offent-

17 — Direktivforslagets begrundelse, nævnt ovenfor i fodnote 10, punkt 3.1.1.

ligt udlån. I artikel 6, stk. 3, i lovdekret nr. 332/97 fritages imidlertid alle offentlige biblioteker, alle skole- eller universitetsbiblioteker, alle museer og alle offentlige arkiver, offentlige fonde og alle private institutioner, der drives uden vinding for øje. Fritagelsen omfatter dermed alle tjenestegrene i centraladministrationen, alle organer, som indirekte handler for statsadministrationen, såsom offentlige institutioner og foreninger og alle administrative tjenester og organer på lokalt plan, samt alle privatretlige juridiske personer, der varetager offentlige funktioner, og endog privatskoler og private universiteter og alle private institutioner, der ikke har vinding for øje. Listen omfatter alle organer, der foretager gratis udlån og dermed alle organer, der »udlåner« i den i artikel 1, stk. 3, anførte betydning. En fritagelse, som dækker alle, er ikke en fritagelse, men en ophævelse af den underliggende forpligtelse. Portugals gennemførelse af direktivets artikel 5 bevirker, at ingen offentlige udlånsinstitutioner er pligtige at betale det vederlag, der fastsættes i artikel 5, stk. 1. Dermed tilsidesættes eneretten til udlån og den beskyttelse, som direktivet giver.

34. Jeg mener, at Kommissionens søgsmål i sag C-53/05 er velbegrundet. Det er min opfattelse, at det tydeligt fremgår af de mål, der fastsættes i direktivet og af opbygningen og ordlyden af artikel 5, stk. 3, at en medlemsstat ikke i praksis kan fritage alle de kategorier af institutioner, som nævnes i denne bestemmelse.

35. Et af direktivets hovedformål er at sikre ophavsmændene en rimelig indkomst for deres skabende arbejde [18]. I overensstemmelse med dette mål fastsættes det i artikel 5, stk. 1, at ophavsmændene oppebærer vederlag for udlån af deres værker, hvis en medlemsstat har foretaget indskrænkninger i deres eneret til at tillade eller forbyde disse udlån. Selv om artikel 5, stk. 1, beskrives som en indskrænkning, indeholder denne bestemmelse i praksis det vigtigste krav i hele direktivet, nemlig kravet om at ophavsmænd skal oppebære vederlag på linje med direktivets artikel 1 og 2.

36. I artikel 5, stk. 3, fastsættes en reel undtagelse fra dette krav om vederlag, idet medlemsstaterne får tilladelse til at fritage »visse kategorier af institutioner« for at betale vederlag. Den skal som sådan fortolkes strengt. Det fremgår tydeligt af ordlyden i artikel 5, stk. 3, at det kun er muligt at fritage et begrænset antal kategorier af institutioner [19], som kan være pligtige at erlægge

18 — Se betragtning 7 i præamblen, som citeret ovenfor i punkt 3.

19 — Artikel 5, stk. 3, er tilsyneladende indført af hensyn til to medlemsstater, som ønskede af få mulighed for at fritage biblioteker på uddannelsesinstitutioner og offentlige biblioteker for at betale vederlag for udlejningsrettigheder. Se også Reinbothe og von Lewinski, nævnt i fodnote 12, s. 82.

vederlag i henhold til artikel 5, stk. 1, fra denne forpligtelse. Dette er også tilfældet i hvert fald i den nederlandske, franske, tyske, italienske, portugisiske og spanske udgave af direktivet [20].

37. Formuleringen er ikke entydig, idet »visse« både kan betyde »nogle, men ikke alle« og »klart afgrænsede«. En lovbestemmelse, der giver medlemsstaterne mulighed for at indføre særlige foranstaltninger for at »undgå »visse« former for skattesvig eller -unddragelse«, betyder næppe, at medlemsstaterne ikke må forhindre alle former for skattesvig [21].

38. Domstolen har imidlertid slået fast, at den fortolker artikel 5, stk. 3, snævert, idet den anfører, at »hvis forholdene i den pågældende medlemsstat således ikke gør det muligt at foretage en gyldig sondring mellem forskellige kategorier af institutioner, må forpligtelsen til at betale det omhandlede vederlag pålægges alle berørte institutioner« [22].

39. Jeg er enig med Kommissionen i, at en undtagelse fra en forpligtelse, som fritager alle, der ellers ville være forpligtede, ikke er en undtagelse, men en ophævelse af forpligtelsen. I nærværende sag forsøger Portugal ikke at benægte det forhold, at omfanget af den portugisiske undtagelse reelt er sammenfaldende med de kategorier af institutioner, som ellers ville være pligtige at erlægge vederlag. Portugal fremfører i stedet en række argumenter, som efter dets opfattelse begrunder det lovgivningsmæssige valg.

40. Portugal gør for det første gældende, at de fleste stater i verden ikke havde indført regler om udlån på tidspunktet for offentliggørelsen af direktivet, og at de heller ikke var forpligtet til at indføre sådanne regler i medfør af de forskellige gældende traktater [23]. Kommissionens grønbog [24] af 1988 indeholdt ingen bestemmelser om offentlige udlån.

41. Det fremgår ikke tydeligt, hvad der er Portugals pointe. Artikel 5, stk. 1, indeholder

20 — Henholdsvis »bepaalde categorieën«, »certaines catégories«, »bestimmte Kategorien«, »alcune categorie«, »determinadas categorias« og »determinadas categorías«.

21 — Se punkt 17 i forslag til afgørelse fremsat af generaladvokat Jacobs i sag C-144/94, Italittica, Sml. 1995 I, s. 3653.

22 — Domstolens dom af 16.10.2003, sag C-433/02, Kommissionen mod Belgien, Sml. I, s. 12191, præmis 20.

23 — Bernerkonventionen til værn for litterære og kunstneriske værker af 9.9.1886, Rom-konventionen om beskyttelse af udøvende kunstnere, fremstillere af fonogrammer samt radio- og fjernsynsforetagender af 26.10.1961, Verdensorganisationen for Intellektuel Ejendomsrets traktat om ophavsret og traktat om udøvende kunstnere og fonogrammer, begge af 20.12.1996, og TRIPs-aftalen, nævnt ovenfor i fodnote 14.

24 — Grønbog af 7.6.1988 om ophavsretten og den teknologiske udfordring — spørgsmål vedrørende ophavsret, der kræver øjeblikkelig handling (KOM(88) 172 endelig).

en indskrænkning i den eneret til at tillade eller forbyde udlån, som ophavsmændene tildeles i medfør af artikel 2, stk. 1. Denne eneret stammer fra Kommissionens første forslag til direktivet [25]. Det anføres i grønbogen fra 1988, at »nogle mener, at spørgsmålet om offentlige udlån eller udlejning af bøger og ophavsmandens eventuelle ret til at oppebære vederlag for denne anvendelse af hans værk, kræver en løsning på fællesskabsplan« [26], selv om Kommissionen faktisk vurderede, at der ikke var begrundelse for et indgreb på fællesskabsplan [27]. Tanken om at indføre lovbestemmelser om en offentlig udlånsret dukkede op igen i 1989 i en meddelelse fra Kommissionen [28]. Selv om Kommissionen på daværende tidspunkt ikke mente, at der var begrundelse for at indføre harmoniseringslovgivning, anførte den, at »problemet med en offentlig udlånsret uvægerligt vil blive mere presserende«, og at den ville holde øje med udviklingen og om nødvendigt fremsætte særlige forslag.

42. Det forekommer derfor, at det, selv om der på daværende tidspunkt ikke eksisterede eller påtænktes indført lovgivning på fællesskabsplan (eller på internationalt plan [29]), fra og med 1988 var offentligt kendt, at der højst sandsynligt ville blive indført en sådan lovgivning i fremtiden. Bestemmelsen i Kommissionens første forslag om indførelse af en eneret til udlejning for ophavsmænd var derfor ikke helt uventet, sådan som Portugal synes at mene.

43. For det andet gør Portugal gældende, at offentlige udlån næppe er af tilstrækkelig økonomisk betydning til at begrunde særlig lovgivning på fællesskabsplan: Markedet rækker stort set ikke ud over de nationale landegrænser og er uden økonomisk betydning. Dette område bør af kulturelle og økonomiske årsager forblive under medlemsstaternes kompetence.

44. For så vidt som disse anbringender udgør en påstand om, at direktivet, eller artikel 5, blev vedtaget på et ukorrekt retsgrundlag eller er i strid med subsidiaritetsprincippet, kan denne påstand naturligvis ikke blive taget i betragtning [30].

25 — Se ovenfor i fodnote 10.

26 — Punkt 4.4.4. Disse forslag stammer tilsyneladende fra 1977 (»Fremstød på det kulturelle område i Det Europæiske Fællesskab«, *Bulletin for De Europæiske Fællesskaber*, supplement 6/77, punkt 26) og 1978 (A. Dietz, *Copyright Law in the European Community*, punkt 233). Se slutnote 19 i kapitel 4 i grønbogen, nævnt ovenfor i fodnote 24.

27 — Punkt 4.4.10.

28 — »Bøger og læsning — indsats for europæiske kulturfaktorer« af 3.8.1989, KOM(89) 258 endelig, punkt I.B.3.

29 — Selv om Verdensorganisationen for Intellektuel Ejendomsret i januar 1991 åbenbart havde fastsat en eneret til udlån og en valgfri offentlig udlånsret i sine udkast til bestemmelser vedrørende ophavsret, som på daværende tidspunkt var under drøftelse. Se begrundelsen for det oprindelige forslag til direktiv, nævnt ovenfor i fodnote 10.

30 — Se artikel 230, stk. 5, EF.

45. Det er under alle omstændigheder min opfattelse, at Portugal ikke har begrundet sine argumenter.

46. Kommissionen gav i forarbejderne følgende redegørelse for den økonomiske begrundelse for at regulere offentlige udlån[31].

»I den udstrækning, at udlejningsbutikker og offentlige biblioteker har samme aktivitetsområde, er disse institutioner konkurrenter. Offentlige biblioteker bør på grund af det lavere udlånsgebyr generelt være mere attraktive. Udviklingen af det offentlige bibliotekssystem i begyndelsen af dette århundrede førte til lukning af et stort antal af de daværende kommercielle bogudlejningsbutikker. Eftersom offentlige biblioteker i stigende grad ikke blot udlåner bøger, men også andre former for medier, herunder navnlig fonogrammer og videogrammer, som indtil nu også har været en del af udlejningsbutikkernes sortiment, kan det ikke udelukkes, at disse medier vil opleve samme udvikling som bøgerne.

Hvis lovgivningen derfor kun omfattede udlejning og ikke udlån, kunne det føre til, at en sådan lovgivning ville blive modarbejdet i en sådan grad, at udlejning helt ville blive erstattet af udlån. I betragtning af, at de offentlige biblioteker ifølge selve deres natur har en større kulturel dimension end kommercielle udlejningsbutikker, vil lovgivning, som kun omfatter udlejningsrettighederne være udtryk for en uberettiget laden hånt om den økonomiske situation for ophavsmændene til kulturgoder af særlig værdi og den generelle situation på området for disse tjenesteydelser. Det er derfor ikke muligt at indføre en omfattende regulering af udlejningsrettighederne uden også at inkludere udlånsrettighederne.

Derudover skaber det forhold, at der på nuværende tidspunkt kun er offentlig udlånsret i fire medlemsstater, konkurrenceforvridning mellem ophavsmændene og indehavere af beslægtede rettigheder fra de forskellige medlemsstater. Disse rettighedshaveres aktiviteter og tjenesteydelser skal tage udgangspunkt i ensartede betingelser gældende for hele Fællesskabet. Endvidere er det i princippet nødvendigt at indføre til-

31 — Begrundelsen for det oprindelige forslag til direktiv, nævnt ovenfor i fodnote 10.

svarende økonomiske og sociale betingelser for ophavsmænd og indehavere af beslægtede rettigheder. Det er ikke acceptabelt, at ophavsmænd og indehavere af beslægtede rettigheder kan modtage vederlag for brugen af deres værker på en del af det indre marked, f.eks. i en medlemsstat, og dermed sikres det økonomiske grundlag for at kunne skabe flere værker, hvorimod dette ikke er tilfældet på andre dele af markedet« [32].

47. Det forekommer mig, at denne redegørelse giver en klar og overbevisende forklaring på, hvorfor manglende indførelse af en offentlig udlånsret samt udlejningsrettighed vil påvirke det indre marked. Der er intet i Portugals indlæg, der giver anledning til at sætte spørgsmålstegn ved Kommissionens redegørelse.

48. For det tredje fremfører Portugal, at kravet om betaling af vederlag for offentligt udlån er urimeligt. De pågældende rettighedshavere har allerede modtaget passende betaling via deres reproduktions- og distributionsrettigheder.

49. Dette argument bygger imidlertid på en misforstået opfattelse af selve karakteren af og formålet med den offentlige udlånsret. Det er korrekt, at ophavsmænd allerede vil have modtaget betaling for deres reproduktions- og distributionsrettigheder, men denne betaling afspejler ikke bøger, der er udlånt i stedet for at blive solgt [33]. Man kan selvfølgelig ikke antage, at alle der låner bøger på et offentligt bibliotek (eller slår op i bøgerne på biblioteket), ville købe de lånte bøger, hvis lånemuligheden ikke forelå, men der tegner sig dog et generelt mønster [34]. Direktivet er under alle omstændigheder udtryk for en klar politisk beslutning om at indføre både en eneret til udlån og et krav på vederlag i de tilfælde, hvor medlemsstaterne har indskrænket denne ret.

50. Endelig fremfører Portugal, at artikel 5 var genstand for særdeles livlige drøftelser mellem Kommissionen og medlemsstaterne, og at den vedtagne ordlyd, især i artikel 5, stk. 3, var et kompromis, der var åbent formuleret, upræcist og flertydigt.

51. Den endelige ordlyd af artikel 5 afspejler ganske rigtigt, som Portugal fremfører, medlemsstaternes forskellige opfattelser på dette område [35]. Det betyder imidlertid ikke nød-

32 — Punkt 44.

33 — Jeg bruger bøger som eksempel, men den offentlige udlånsret finder naturligvis også anvendelse på fonogrammer og videogrammer, som er optagelser af udøvelser eller kopier af film eller andre audiovisuelle værker (selv om videogrammer nok udlejes mere end de udlånes).

34 — Se analogt punkt 44 i begrundelsen for det oprindelige forslag, nævnt ovenfor i fodnote 10, og som er citeret i punkt 45 ovenfor. Se også rapport fra Kommissionen til Rådet, Europa-Parlamentet og Det Økonomiske og Sociale Udvalg om retten til offentligt udlån i Den Europæiske Union, KOM(2002) 502 endelig, afsnit 2.

35 — Jf. Reinbothe og von Lewinski, nævnt i fodnote 12, s. 77-82.

vendigvis, at den er vag og upræcis. Artikel 5 giver ganske rigtigt medlemsstaterne et vist spillerum på flere områder. De kan f.eks. selv skønne, om indskrænkningen skal finde anvendelse, om den i så fald skal omfatte bøger, fonogrammer og/eller film, fastlægge vederlaget og bestemme, hvem der skal betale vederlaget (f.eks. staten, det pågældende bibliotek eller en anden institution), hvem der skal stå for at administrere opkrævningen og betalingen af vederlaget (f.eks. rettighedshaverorganisationer), hvorvidt visse kategorier af institutioner skal fritages for at betale vederlag og i så fald hvilke institutioner. Men disse skønsmæssige beføjelser er en anden sag.

52. Det forekommer mig, at de fleste, hvis ikke alle, de problemstillinger, som Portugal fremfører til sit forsvar, netop kan behandles via de områder, hvor artikel 5 rent faktisk giver medlemsstaterne et vist skønsmæssigt spillerum. Dette spillerum dækker dog ikke indførelse af bestemmelser om, at alle relevante institutioner helt skal fritages for at betale vederlag for offentligt udlån. Som nævnt ovenfor [36], synes jeg, at meningen med artikel 5, og navnlig med artikel 5, stk. 3, fremgår klart.

36 — Se ovenfor i punkt 34-38.

53. Jeg mener i overensstemmelse hermed, at Portugal har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til direktivets artikel 5, sammenholdt med artikel 1.

Slutbemærkning

54. Jeg vil gerne afslutte med en bemærkning til stilen i Kommissionens skriftlige indlæg i begge disse sager. Kommissionen anvender i sin replik i begge sager et sprog, som efter min opfattelse er ganske upassende for en institution, der henvender sig til Domstolen og reelt til en medlemsstat. I sag C-53/05 anfører Kommissionen, at Portugal ikke var i stand til at læse direktivet, og den beskylder Portugal for piratvirksomhed ved at udsætte ophavsmænd for ekspropriation og beslaglægge deres intellektuelle ejendomsrettigheder. I sag C-61/05 beskylder Kommissionen Portugal for at være uforskammet og for at »fuppe« og spørger, om portugiserne overhovedet er i stand til at læse. Kommissionen benytter generelt i begge tekster en sarkastisk og hånende tone. Uanset hvor ret og uret ligger i forbindelse med dette traktatbrudssøgsmål, finder jeg det uacceptabelt at anvende denne form for sprogbrug og tone.

Forslag til afgørelse

55. Jeg foreslår derfor, at Domstolen:

— i sag C-53/05 fastslår, at Portugal har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 5, sammenholdt med artikel 1, i Rådets direktiv 92/100/EØF af 19. november 1992 om udlejnings- og udlånsrettigheder samt om visse andre ophavsretsbeslægtede rettigheder i forbindelse med intellektuel ejendomsret

— i sag C-61/05 fastslår, at Portugal har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 2 og 4 i Rådets direktiv 92/100/EØF af 19. november 1992 om udlejnings- og udlånsrettigheder samt om visse andre ophavsretsbeslægtede rettigheder i forbindelse med intellektuel ejendomsret

— i begge sager pålægger Portugal at betale sagens omkostninger.