CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
E. SHARPSTON
van 4 april 2006 [1]

1. Met de twee onderhavige beroepen die zij krachtens artikel 226 EG tegen Portugal heeft ingesteld, verzoekt de Commissie het Hof vast te stellen [2] dat de Portugese Republiek de artikelen 2, 4 en 5 (juncto artikel 1) van richtlijn 92/100/EEG van de Raad van 19 november 1992 betreffende het verhuurrecht, het uitleenrecht en bepaalde naburige rechten op het gebied van intellectuele eigendom [3] (hierna: „richtlijn") niet op de juiste wijze heeft omgezet.

De richtlijn

2. De richtlijn werd op basis van onder andere artikel 95 EG vastgesteld. Zij heeft tot doel de verschillen op te heffen die er tussen de lidstaten bestaan op het gebied van de rechtsbescherming die aan auteursrechtelijk beschermde werken en aan door naburige rechten beschermde zaken [4] wordt geboden met betrekking tot verhuur en uitlening. [5] Zij beoogt enkel vast te stellen dat de lidstaten voorzien in verhuur- en uitleenrechten voor bepaalde groepen rechthebbenden, en te bepalen dat voor bepaalde groepen rechthebbenden op bescherming door naburige rechten dient te worden voorzien in vastleggings- [6], reproductie-, distributie-, uitzendings- en openbare-mededelingsrechten. [7] Het eerste hoofdstuk van de richtlijn, waar het in de onderhavige procedure om gaat, voorziet in verhuur- en uitleenrechten overeenkomstig de eerste van deze doelstellingen.

1 — Oorspronkelijke taal: Engels.

2 — In zaak C-53/05 betreft de vermeende schending artikel 5 juncto artikel 1 en in zaak C-61/05 zou sprake zijn van schending van de artikelen 2 en 4.

3 — PB L 346, blz. 61.

4 — In het kader van het gemeenschapsrecht omvat het auteursrecht („droit d'auteur") de uitsluitende rechten die zijn toegekend aan auteurs, componisten, kunstenaars enz., terwijl de naburige rechten („droits voisins") de overeenkomstige rechten omvatten die zijn toegekend aan uitvoerende kunstenaars (musici, acteurs, enz.) en ondernemers (uitgevers, filmproducenten, enz.). Om redenen van beknoptheid zal ik evenwel enkel het begrip „auteursrechtelijk beschermde werken" gebruiken en niet het in de richtlijn gebezigde loggere begrip, namelijk „auteursrechtelijk beschermde werken en door naburige rechten beschermde zaken", aangezien het verschil in de onderhavige zaak niet van belang is.

5 — Eerste overweging van de considerans.

6 — De enigszins ongelukkige uitdrukking „vastlegging" (Engels: „fixation"), die helaas als een rode draad door de gemeenschapsrechtelijke wetgeving inzake harmonisatie van het auteursrecht (en zelfs door internationale verdragen) loopt, lijkt niets anders te betekenen dan „opname".

7 — Elfde overweging van de considerans.

3. De considerans van de richtlijn bevat de navolgende overwegingen:

[Overwegende]

„[1] dat er tussen de lidstaten verschillen bestaan op het gebied van de rechtsbescherming, die — wat verhuur en uitlening betreft — in de nationale wetgeving en praktijk wordt geboden aan auteursrechtelijk beschermde werken en aan door naburige rechten beschermde zaken; dat door deze verschillen handelsbelemmeringen en mededingingsdistorsies kunnen ontstaan, die aan de totstandbrenging en de goede werking van de interne markt afbreuk doen;

[2] dat deze verschillen in rechtsbescherming nog groter zouden kunnen worden, wanneer de lidstaten nieuwe en uiteenlopende wettelijke bepalingen vaststellen of wanneer de nationale rechtspraak waarin deze bepalingen worden uitgelegd, zich op uiteenlopende wijze ontwikkelt;

[3] dat deze verschillen bijgevolg moeten worden opgeheven in overeenstemming met het in artikel 8 A van het EEG-Verdrag gestelde doel om een ruimte zonder binnengrenzen tot stand te brengen, zodat overeenkomstig artikel 3, sub f, van het EEG-Verdrag een stelsel wordt ingevoerd waardoor wordt gewaarborgd dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt niet wordt vervalst;

[4] dat de verhuur en uitlening van auteursrechtelijk beschermde werken en van door naburige rechten beschermde zaken een steeds belangrijker rol spelen, met name voor auteurs, kunstenaars en producenten van fonogrammen en films; [...];

[...]

[7] dat het creatieve en artistieke werk van auteurs en uitvoerende kunstenaars een passend inkomen noodzakelijk maakt als basis voor verder creatief en artistiek werk en dat de investeringen die met name voor de productie van fonogrammen en films vereist zijn, bijzonder hoog en riskant zijn en dat de mogelijkheid om dit inkomen veilig te stellen en deze investering terug te verdienen, alleen daadwerkelijk kan worden gegarandeerd door een passende juridische bescherming van de betrokken rechthebbenden;

[...]

[15] dat een regeling moet worden ingevoerd die een niet voor afstand vatbaar recht op een billijke vergoeding waarborgt aan auteurs en uitvoerende kunstenaars [...];

[...]

[17] dat bij deze billijke vergoeding rekening dient te worden gehouden met het belang van de bijdrage van de betrokken auteurs en uitvoerende kunstenaars aan de productie en de exploitatie van het fonogram of de film;

[18] dat ook de rechten van ten minste de auteurs ten aanzien van openbare uitlening moeten worden beschermd door een bijzondere regeling in te voeren [...]".

4. Artikel 1, lid 1, van de richtlijn bepaalt dat de lidstaten een recht instellen om de verhuur en uitlening van originelen en kopieën van auteursrechtelijk beschermde werken toe te staan of te verbieden.

5. Artikel 1, lid 2, omschrijft „verhuur" als het „voor gebruik ter beschikking stellen voor een beperkte tijd en tegen een direct of indirect economisch of commercieel voordeel". Volgens artikel 1, lid 3, wordt onder „uitlening" verstaan het „voor gebruik ter beschikking stellen voor een beperkte tijd en zonder direct of indirect economisch of commercieel voordeel, indien dat plaatsvindt via voor het publiek toegankelijke instellingen".

6. Artikel 2, lid 1, luidt:

„Het uitsluitende recht verhuur en uitlening toe te staan of te verbieden, komt toe aan:

— de auteur, met betrekking tot het origineel en kopieën van zijn werk;

— de uitvoerende kunstenaar, met betrekking tot vastleggingen van zijn uitvoering;

— de producent van fonogrammen, met betrekking tot zijn fonogrammen, en

— de producent van de eerste vastlegging van een film met betrekking tot het origineel en de kopieën van zijn film. In deze richtlijn wordt onder film verstaan een cinematografisch of audiovisueel werk of bewegende beelden, met of zonder geluid."

7. Artikel 2, lid 2, bepaalt dat de hoofdregisseur van een cinematografisch of audiovisueel werk wordt beschouwd als de auteur of één van de auteurs.

8. Volgens artikel 2, lid 4, kunnen de in lid 1 van dit artikel bedoelde rechten contractueel overgedragen of in licentie gegeven worden.

9. Artikel 4 bepaalt, voorzover hier van belang, als volgt:

„1. Wanneer een auteur of een uitvoerend kunstenaar zijn verhuurrecht betreffende een fonogram of betreffende het origineel dan wel een kopie van een film heeft overgedragen of afgestaan aan een fonogram- of filmproducent, behoudt hij het recht op een billijke vergoeding voor de verhuur.

2. Het recht op een billijke vergoeding voor verhuur is niet vatbaar voor afstand door de auteurs of uitvoerende kunstenaars.

[...]

4. De lidstaten kunnen zelf beslissen [...] van wie deze vergoeding kan worden geëist of geïnd."

10. Artikel 5 bepaalt, voorzover hier van belang, als volgt:

„1. De lidstaten kunnen ten aanzien van openbare uitlening afwijken van het in artikel 1 bedoelde uitsluitende recht, mits ten minste de auteurs een vergoeding krijgen voor deze uitlening. Met inachtneming van hun doelstellingen voor bevordering van culturele activiteiten, kunnen de lidstaten de hoogte van deze vergoeding vrij vaststellen.

[...]

3. De lidstaten kunnen bepaalde categorieën instellingen vrijstellen van betaling van de in [lid] 1 [...] bedoelde vergoeding."

11. Ingevolge artikel 15, lid 1, van de richtlijn hadden de lidstaten de richtlijn vóór 1 juli 1994 moeten omzetten.

Relevante nationale bepalingen

12. Portugal wilde de richtlijn omzetten bij wetsdecreet nr. 332/97 van 27 november 1997.

13. Artikel 5 van dit wetsdecreet bepaalt:

„1. Wanneer de auteur het verhuurrecht betreffende een fonogram, een beelddrager of het origineel dan wel een kopie van een film overdraagt of afstaat aan een fonogram- of filmproducent, wordt hem een onvervreemdbaar recht op een billijke vergoeding voor de verhuur toegekend.

2. Met het oog op het bepaalde in lid 1 is de producent verantwoordelijk voor de betaling van de vergoeding. Bij gebreke van een akkoord wordt de vergoeding vastgesteld via arbitrage, in overeenstemming met de wet."

14. Volgens artikel 6, lid 1, heeft de auteur recht op een vergoeding wanneer het origineel of kopieën van zijn werk openbaar worden uitgeleend.

15. Artikel 6, lid 3, bepaalt:

„De bepalingen van dit artikel zijn niet van toepassing op openbare bibliotheken, schoolbibliotheken, universiteitsbibliotheken, musea, openbare archieven, openbare stichtingen en particuliere instellingen zonder winstoogmerk."

16. Artikel 7, lid 1, kent verhuur- en uitleenrechten toe aan:

„— de uitvoerend kunstenaar, voor de opname van zijn werk,

— de producent van fonogrammen of beelddragers, voor zijn fonogrammen of beelddragers,

— de producent van de eerste opname van een film, voor het origineel en de kopieën van deze film".

17. Volgens artikel 7, lid 4, wordt onder „film" verstaan „een cinematografisch of audiovisueel werk of bewegende beelden, met of zonder geluid".

Zaak C-61/05: vermeende schending van artikel 2

18. De Commissie betoogt dat artikel 7 van wetsdecreet nr. 332/97 tot gevolg heeft dat de producent van de eerste vastlegging van een film de verhuur van kopieën van zijn film, inclusief video- of dvd-opnames van die film, zo nodig niet kan toestaan of verbieden; zeker is dat hij niet het uitsluitende recht daartoe heeft, zoals artikel 2, lid 1, van de richtlijn voorschrijft. [8]

19. Portugal is van mening dat de lijst in artikel 2, lid 1, niet uitputtend is en dat de vage definitie van het begrip „film" in dit voorschrift ertoe kan leiden dat de producent van de eerste vastlegging van een film zelf de producent van kopieën van de film kan zijn en ook rechten met betrekking tot het origineel en kopieën, of enkel met betrekking tot kopieën, aan iemand anders — de producent van videogrammen — kan afstaan. Naar Portugees recht worden producenten van videogrammen hetzelfde als producenten van fonogrammen behandeld.

20. Mijns inziens is het beroep van de Commissie gegrond, voorzover hiermee schending van artikel 2 van de richtlijn wordt aangevoerd.

21. In de eerste plaats deel ik weliswaar de opvatting dat de lijst in artikel 2, lid 1, van de richtlijn niet noodzakelijkerwijs geheel en al uitputtend is, maar dit betekent niet dat een lidstaat een nieuwe categorie rechthebbenden kan toevoegen. Zoals het Hof in het arrest Warner Borthers [9] heeft verklaard, is de mogelijkheid om de verhuur van videogrammen te verbieden van dien aard dat zij de handel in videogrammen in een lidstaat en bijgevolg indirect het intracommunautaire handelsverkeer in deze producten nadelig kan beïnvloeden. Zoals duidelijk uit de considerans ervan volgt, heeft de richtlijn als doelstelling verschillen op het gebied van de rechtsbescherming, die — wat verhuur en uitlening betreft — wordt geboden aan auteursrechtelijk beschermde werken, op te heffen, teneinde handelsbelemmeringen en mededingingsdistorsies te verminderen. Het is evident dat deze doelstelling niet wordt

8 — De Commissie verwijst ook naar de definities van „videogram" en van „producent van videogrammen" in artikel 176, derde alinea, van de Portugese wet op het auteursrecht en de naburige rechten. Deze bepaling lijkt evenwel niets toe te voegen aan de analyse. Ik ben bijgevolg ook niet voornemens haar in aanmerking te nemen.

9 — Arrest van 17 mei 1988 (158/86, Jurispr. blz. 2605, punt 10).

bereikt, wanneer het afzonderlijke lidstaten vrij zou staan, het recht van toezicht op de verhuur van videogrammen aan verschillende categorieën personen toe te kennen.

22. Deze uitlegging strookt bovendien met de voorbereidende werkzaamheden met betrekking tot de richtlijn. In de toelichting bij het eerste voorstel voor de richtlijn [10] wordt uiteengezet dat hoewel artikel 2, lid 1 (dat het wetgevingsproces in wezen ongeschonden heeft doorstaan) „ziet op alle belangrijke groepen van rechthebbenden wier werken en beschermde onderwerpen het voorwerp van verhuur en uitlening vormen", de bewoordingen ervan „de lidstaten niet [beletten] het verhuur- en uitleenrecht uit te breiden tot andere groepen van rechthebbenden, zoals de houders van een recht op eenvoudige fotografische beelden". [11] De Commissie voegde hieraan evenwel toe: „Omdat de gevallen waarom het hier gaat, uit economisch oogpunt minder belangrijk zijn wat verhuur en uitlening betreft, doet dit niet af aan het harmoniserende effect." [12] Dat is duidelijk niet het geval wat de verhuur van videogrammen betreft. De toelichting [13] zegt verder met betrekking tot artikel 2, lid 1, dat „[i]ngevolge [de beperking tot ‚eerste vastlegging'] [...] met name producenten van eenvoudige kopieën van films van de bescherming [zullen] zijn uitgesloten; dit geldt bijvoorbeeld voor kopieën van bioscoopfilms, die worden aangepast met het oog op de verspreiding op videocassette".

23. In de tweede plaats kent artikel 2, lid 1, het uitsluitende recht van toezicht op de verhuur uitdrukkelijk toe aan de producent van de eerste vastlegging van een film met betrekking tot het origineel en de kopieën van zijn film. Zou ook aan de producent van een videogram van die film een recht van toezicht op de verhuur van dat videogram worden toegekend, dan zou het recht van de filmproducent ontegenzeggelijk niet uitsluitend zijn.

24. In de derde plaats wordt met het recht dat Portugal de producenten van videogrammen heeft toegekend, niet „enkel" een verdere categorie rechthebbenden aan de lijst van artikel 2, lid 1, van de richtlijn toegevoegd. De toegekende rechten staan veeleer haaks op de in artikel 2, lid 1, bedoelde specifieke uitsluitende rechten en ondermijnen deze zelfs.

25. In de vierde plaats volgt uit de considerans (waarin, dit zij hier toegevoegd, producenten van videogrammen, in tegenstelling

10 — Voorstel van 24 januari 1991 voor een richtlijn van de Raad betreffende het verhuurrecht, het uitleenrecht en bepaalde, met het auteursrecht verwante rechten [COM(90) 586 def.].

11 — Punten 2.1.3 en 2.1.4.

12 — Punt 2.1.4. Reinbothe, J., en von Lewinski, S., *The EC Directive on Rental and Lending Rights and on Piracy* (1993), zijn van mening dat de lijst van artikel 2, lid 1, in beginsel wel uitputtend is, maar preciseren dat „het erop lijkt dat de Commissie en de lidstaten het met elkaar eens waren dat de richtlijn niet beoogt, met betrekking tot de bestaande openbare-uitleenregelingen, de bestaande rechten van bepaalde groepen van rechthebbenden af te schaffen, met name wanneer de betrokken gevallen van geringe economische betekenis zijn. De bestaande naburige rechten van fotografen, wetenschappelijke redacteuren en uitgevers inzake uitlening kunnen dus blijven bestaan" (blz. 50).

13 — In punt 2.1.2.2. Zie ook Reinbothe en von Lewinski, op. cit. voetnoot 12, blz. 48-50.

tot auteurs, uitvoerende kunstenaars en producenten van fonogrammen en films, schitteren door afwezigheid [14]) dat de bescherming van de verhuurrechten van producenten van fonogrammen en films beoogt te garanderen dat de bijzonder hoge en riskante investeringen kunnen worden terugverdiend. [15] Er is niet betoogd dat dergelijke „bijzonder hoge en riskante" investeringen bij de productie van videogrammen vereist zijn.

26. Het Hof heeft veeleer „de uiterst gemakkelijke reproductie van geluidsdragers" [16] erkend. Ofschoon deze vaststelling in het kader van geluidsopnamen plaatsvond, is zij net zo goed op video-opnamen van toepassing.

27. Bijgevolg kom ik tot de slotsom dat Portugal zijn verplichtingen krachtens artikel 2 van de richtlijn niet is nagekomen.

Zaak C-61/05: vermeende schending van artikel 4

28. De Commissie betoogt dat aangezien artikel 7, lid 4, van wetsdecreet nr. 332/97 het begrip „film" zodanig omschrijft dat hieronder tevens videogrammen vallen, ook een producent van videogrammen onder de omschrijving van een filmproducent van artikel 5, lid 2, van het wetsdecreet zou kunnen vallen. Bijgevolg zijn er twee personen die onder deze definitie vallen en die derhalve de verhuurvergoeding verschuldigd kunnen zijn. Dit heeft geleid tot verwarring, waardoor Portugese uitvoerende kunstenaars niet de hun toekomende vergoeding ontvangen, aangezien zij niet weten wie de voor hun betaling verantwoordelijke „producent" is. De richtlijn daarentegen is helder: enkel de producent van de eerste vastlegging van een film is verplicht tot betaling.

29. Portugal brengt hiertegen in dat in beginsel en bij gebreke van bewijs van het tegendeel door de producent van de eerste vastlegging van de film gevolg moet worden gegeven aan het recht op vergoeding. Ambiguïteit komt niet alleen uit de Portugese wetgeving, maar ook uit de richtlijn zelf voort. De definitie van het begrip „film" in artikel 2, lid 1, lijkt zowel het cinematogra-

14 — Zij komen evenmin voor in artikel 14 van de Overeenkomst inzake de handelsaspecten van de intellectuele-eigendomsrechten, die is opgenomen in bijlage 1C bij de Overeenkomst tot Oprichting van de Wereldhandelsorganisatie; goedgekeurd in naam van de Europese Gemeenschap bij besluit 94/800/EG van de Raad van 22 december 1994 betreffende de sluiting, namens de Europese Gemeenschap voor wat betreft de onder haar bevoegdheid vallende aangelegenheden, van de uit de multilaterale handelsbesprekingen in het kader van de Uruguay-Ronde (1986-1994) voortvloeiende overeenkomsten (PB L 336, blz. 1, hierna: „TRIPS-overeenkomst") [getiteld „Bescherming van uitvoerende kunstenaars, producenten van fonogrammen (geluidsopnamen) en omroeporganisaties"], of in richtlijn 2001/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 mei 2001 betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij (PB L 167, blz. 10), die de lidstaten verplicht om voor vijf groepen rechthebbenden te voorzien in een uitsluitend recht om verveelvoudiging toe te staan of te verbieden — de eerste vier groepen zijn een afspiegeling van de lijst in artikel 2, lid 1, van richtlijn 92/100 en de vijfde betreft omroeporganisaties.

15 — Zie ook arrest van 28 april 1998, Metronome Musik (C-200/96, Jurispr. blz. I-1953, met name punten 24 en 25).

16 — Arrest Metronome Musik, aangehaald in voetnoot 15, punt 24.

fische werk te omvatten (en rechten te verlenen aan de producent van de eerste vastlegging) als het op een videogram vastgelegde werk (en lijkt hiermee aan de producent van dat videogram rechten te verlenen).

30. Ik heb reeds uiteengezet, waarom ik niet van mening ben dat artikel 2, lid 1, in die zin kan worden uitgelegd dat het lidstaten vrijstaat de producenten van videogrammen aan de in deze bepaling opgenomen categorieën rechthebbenden toe te voegen.

31. Artikel 4 werd ingevoerd om te verzekeren dat auteurs [bijvoorbeeld de regisseur van een film (zie artikel 2, lid 2, van de richtlijn), de schrijver van een vertelling die als basis voor de film dient, of de componist van de filmmuziek] en uitvoerende kunstenaars voordeel kunnen trekken uit de door de richtlijn aan hen toegekende verhuurrechten. Zonder een uitdrukkelijk voorschrift zou dit vaak niet het geval zijn, omdat auteurs en uitvoerende kunstenaars vaak hun rechten aan de film- of de fonogramproducenten afstaan; dit wordt ook erkend door artikel 2, lid 4, van de richtlijn. Zonder een vergoeding voor een dergelijke afstand zou het verhuurrecht van generlei waarde zijn. Aangezien auteurs en uitvoerende kunstenaars in het algemeen bij contractuele onderhandelingen een minder sterke positie dan producenten van films en fonogrammen hebben, kregen zij niet altijd een billijke vergoeding voor de afstand van hun rechten. Artikel 4 dient te garanderen dat dit wel gebeurt.[17] Uit de formulering ervan blijkt ondubbelzinnig dat het artikel is toegesneden op het geval waarin degene aan wie afstand wordt gedaan van de verhuurrechten betreffende een origineel of een kopie van een film de filmproducent is.

32. Portugal geeft toe dat zijn omzettingsbepalingen meerduidig zijn. Weliswaar staat artikel 4, lid 4, het de lidstaten toe om te bepalen wie de vergoeding verschuldigd is, maar het beginsel van rechtszekerheid vereist dat duidelijk is wie hiertoe verplicht is. Mijns inziens zijn de omzettingsbepalingen niet nauwkeurig genoeg. Ik ben daarom van mening dat Portugal zijn verplichtingen krachtens artikel 4 van de richtlijn niet is nagekomen.

Zaak C-53/05: vermeende schending van artikel 5

33. Volgens de Commissie kunnen de lidstaten krachtens artikel 5, lid 3, van de richtlijn „bepaalde categorieën" instellingen vrijstellen van betaling van de vergoeding die anders ingevolge artikel 5, lid 1, als tegenprestatie voor de afwijking van het door artikel 1 toegekende uitsluitende verhuurrecht gegarandeerd is. Artikel 6, lid 3, van

17 — Toelichting bij het voorstel voor de richtlijn, aangehaald in voetnoot 10, punt 3.1.1.

wetsdecreet nr. 332/97 verleent evenwel vrijstelling aan alle openbare bibliotheken, school- of universiteitsbibliotheken, alle musea, alle openbare archieven, alle openbare stichtingen en alle particuliere instellingen zonder winstoogmerk. Hiermee vallen onder deze afwijking alle diensten van het centrale staatsbestuur, alle organen die vallen onder het indirecte staatsbestuur, zoals openbare instellingen en openbare verenigingen, alsmede alle diensten en organen van het gedecentraliseerde bestuur en de plaatselijke overheden, samen met alle privaatrechtelijke rechtspersonen die openbare functies uitoefenen en zelfs particuliere scholen en universiteiten, alsook alle particuliere instellingen zonder winstoogmerk. Deze lijst omvat ieder orgaan dat kosteloos uitleent en bijgevolg ieder orgaan dat met „uitlening" in de zin van artikel 1, lid 3, te maken heeft. Een vrijstelling die alles en iedereen vrijstelt, is geen vrijstelling, maar een tenietdoening van de onderliggende verplichting. De omzetting van artikel 5 van de richtlijn door Portugal leidt ertoe dat geen instelling voor openbare uitlening verplicht is de in artikel 5, lid 1, voorziene vergoeding te betalen. Dit is in strijd met het uitsluitende uitleenrecht en de door de richtlijn geboden bescherming.

34. Ik ben van mening dat het beroep van de Commissie in zaak C-53/05 gegrond is. Mijns inziens volgt ondubbelzinnig uit de doelstellingen van de richtlijn en de systematiek en bewoordingen van artikel 5, lid 3, dat het een lidstaat niet vrijstaat om praktisch alle in dit voorschrift bedoelde categorieën instellingen vrij te stellen.

35. Een van de hoofddoelstellingen van de richtlijn is het garanderen van een passend inkomen voor het creatieve werk van de auteurs. [18] Overeenkomstig deze doelstelling schrijft artikel 5, lid 1, voor dat de auteurs, wanneer een lidstaat is afgeweken van het uitsluitende recht om een dergelijke uitlening toe te staan of te verbieden, altijd nog een vergoeding voor de uitlening van hun werken moeten krijgen. Hiermee is, ook al wordt artikel 5, lid 1, als een afwijking aangemerkt, dit voorschrift in werkelijkheid het voornaamste vereiste van de hele richtlijn, namelijk het vereiste dat auteurs een met de artikelen 1 en 2 van de richtlijn overeenstemmende vergoeding ontvangen.

36. Artikel 5, lid 3, voorziet in een werkelijke afwijking van dit vergoedingsvereiste door het de lidstaten toe te staan „bepaalde categorieën instellingen" vrij te stellen van de betaling van de vergoeding. Een dergelijke uitzondering moet restrictief worden uitgelegd. De formulering van artikel 5, lid 3, doet sterk vermoeden dat enkel een beperkt aantal categorieën instellingen [19], die in aanleg gehouden zijn tot de betaling van

18 — Zie de zevende overweging van de considerans, aangehaald in punt 3 hierboven.

19 — Blijkbaar is artikel 5, lid 3, ingevoegd om tegemoet te komen aan de wens van twee lidstaten om bibliotheken van onderwijsinstellingen en openbare bibliotheken vrij te kunnen stellen van de betaling van openbare-uitleenrechten: zie Reinbothe en von Lewinski, op. cit. voetnoot 12, blz. 82.

een vergoeding krachtens artikel 5, lid 1, van deze verplichting kunnen worden vrijgesteld. Dit is ook het geval in ten minste de Nederlandse, de Franse, de Duitse, de Italiaanse, de Portugese en de Spaanse versie van de richtlijn. [20]

37. Het is juist dat de situatie niet ondubbelzinnig is, aangezien „bepaalde" net zo goed „sommige, doch niet alle", alsook „nauwkeurig omschreven" kan betekenen. Een rechtsvoorschrift dat lidstaten machtigt om afwijkende maatregelen te treffen „ten einde ‚bepaalde' vormen van belastingfraude of -ontwijking te voorkomen" kan redelijkerwijs niet betekenen, dat de lidstaten niet alle vormen van belastingontduiking mogen voorkomen. [21]

38. Het Hof heeft echter reeds blijk gegeven van een restrictieve uitlegging van artikel 5, lid 3, door te verklaren dat „indien de omstandigheden in de betrokken lidstaat de invoering van een bruikbaar onderscheid tussen categorieën instellingen onmogelijk maken, de verplichting tot betaling van de betrokken vergoeding aan alle betrokken instellingen [moet] worden opgelegd". [22]

39. Ik deel de opvatting van de Commissie dat een vrijstelling van een verplichting, waarmee iedereen die anders verplicht zou zijn, wordt vrijgesteld, geen vrijstelling is, maar een opheffing van de ten gronde liggende verplichting. In de onderhavige zaak probeert Portugal niet te ontkennen dat de werkingssfeer van zijn vrijstelling inderdaad samenvalt met de categorieën instellingen die anders de vergoeding zouden moeten betalen. In plaats daarvan draagt deze lidstaat een reeks argumenten aan ter legitimatie van zijn wetgevende keuze.

40. Portugal betoogt in de eerste plaats dat op de datum van de bekendmaking van de richtlijn de meeste staten in de wereld de uitlening nog niet geregeld hadden en ook door de verschillende van kracht zijnde verdragen hiertoe niet verplicht waren. [23] Het groenboek van Commissie van 1988 [24] beoogde niet de openbare uitlening te regelen.

41. Het is mij niet duidelijk waar Portugal met zijn betoog naar toe wil. Artikel 5, lid 1,

20 — Respectievelijk „bepaalde categorieën", „certaines catégories", „bestimmte Kategorien", „alcune categorie", „determinadas categorias" en „determinadas categorías".

21 — Zie punt 17 van de conclusie van advocaat-generaal Jacobs in de zaak Italittica (arrest van 26 oktober 1995, C-144/94, Jurispr. blz. I-3653).

22 — Arrest van 16 oktober 2003, Commissie/België (C-433/02, Jurispr. blz. I-12191, punt 20).

23 — De Berner Conventie voor de bescherming van werken van letterkunde en kunst van 9 september 1886; het Verdrag van Rome inzake de bescherming van uitvoerende kunstenaars, producenten van fonogrammen en omroeporganisaties van 26 oktober 1961; het Verdrag van de Wereldorganisatie voor de intellectuele eigendom (WIPO) inzake uitvoeringen en fonogrammen en het WIPO-Verdrag inzake auteursrecht, beide van 20 december 1996, alsmede de TRIPS-overeenkomst, aangehaald in voetnoot 14.

24 — Groenboek van 7 juni 1988 over het auteursrecht en de uitdaging der technologie; problemen op het gebied van het auteursrecht die een onmiddellijke aanpak behoeven [COM(88) 172 def].

wijkt af van het in artikel 2, lid 1, aan de auteurs toegekende uitsluitende recht om de uitlening toe te staan of te verbieden. Dit uitsluitende recht vindt zijn oorsprong in het eerste voorstel van de Commissie voor de richtlijn.[25] Het groenboek van 1988 vermeldt namelijk dat „is geopperd dat het vraagstuk van de uitlening of de verhuur van boeken aan het publiek en de mogelijkheid om aan de auteur een vergoeding voor deze vorm van gebruik van zijn werk toe te kennen in communautair verband zou moeten worden geregeld"[26], ook al besloot de Commissie in feite op dat moment dat communautair optreden niet verantwoord was.[27] Het idee van wetgeving op het gebied van openbare-uitleenrechten dook in 1989 opnieuw op in een mededeling van de Commissie.[28] Hoewel de Commissie in dat stadium niet van mening was dat harmonisatie van wetgeving gerechtvaardigd zou zijn, verklaarde zij dat „het vraagstuk van het leenrecht steeds acuter [zal] worden" en dat zij de ontwikkelingen nauwgezet zou volgen en, in het aangewezen geval, specifieke voorstellen zou doen.

42. Zelfs al bestond er destijds geen — geldende of voorgenomen — communautaire (of internationale[29]) regeling, toch lijkt het vanaf 1988 algemeen bekend te zijn geweest dat in de toekomst regelgeving waarschijnlijk was. Bijgevolg kwam het voorschrift betreffende een uitsluitend uitleenrecht voor auteurs in het eerste voorstel van de Commissie niet geheel en al onverwacht, zoals Portugal lijkt te beweren.

43. Portugal betoogt in de tweede plaats dat het onwaarschijnlijk is dat de openbare uitlening van voldoende economisch belang is om een bijzondere wetgevende behandeling op gemeenschapsniveau te verdienen: qua grootte gaat het in wezen om een nationale en economisch onbeduidende markt. Om culturele en economische redenen zou dit gebied tot de bevoegdheid van de lidstaten moeten blijven behoren.

44. Voorzover dit betoog neerkomt op het middel dat de richtlijn of artikel 5 op een onjuiste rechtsgrondslag of in strijd met het beginsel van subsidiariteit zou zijn vastgesteld, kan dit middel uiteraard niet worden aanvaard.[30]

25 — Aangehaald in voetnoot 10.

26 — Punt 4.4.4. Deze ideeën dateren blijkbaar uit 1977 („De communautaire actie in de culturele sector", *Bulletin van de Europese Gemeenschappen*: suppl. 6/77, nr. 26) en uit 1978 (Dietz, A., *Copyright Law in the European Community*, punt 233); zie eindnoot 19 bij hoofdstuk 4 van het in voetnoot 24 aangehaalde groenboek.

27 — Punt 4.4.10.

28 — „Het boek en de lectuur: de culturele inzet van Europa", mededeling van 3 augustus 1989 [COM(89) 258 def., hoofdstuk I.B.3].

29 — Hoewel de WIPO in januari 1991 blijkbaar een uitsluitend verhuurrecht en een facultatief openbare-uitleenrecht had opgenomen in haar ontwerp voor modelbepalingen op het gebied van auteursrecht, waarover destijds van gedachten werd gewisseld: zie de toelichting bij het voorstel voor de richtlijn, aangehaald in voetnoot 10.

30 — Zie artikel 230, vijfde alinea, EG.

45. Hoe dan ook heeft Portugal mijns inziens zijn standpunt niet voldoende onderbouwd.

46. De Commissie heeft in de voorbereidende werkzaamheden voor de richtlijn [31] de navolgende verklaring gegeven voor de economische motieven voor de regeling van de openbare uitlening:

„In zoverre verhuurbedrijven en openbare bibliotheken zich op hetzelfde terrein bewegen, staan zij in concurrentie met elkaar. Omdat de uitleenvergoeding lager is, zouden in de regel openbare bibliotheken veel aantrekkelijker moeten zijn. De opkomst in het begin van deze eeuw van het systeem van openbare bibliotheken heeft inderdaad geleid tot de verdwijning van een groot aantal van de toen bestaande commerciële bedrijven die boeken verhuurden. Nu in openbare bibliotheken niet alleen maar boeken, maar hoe langer hoe meer ook andere media worden uitgeleend, in het bijzonder fonogrammen en videogrammen, die tot dusverre in verhuurbedrijven waren te vinden, kan niet worden uitgesloten dat zich met betrekking tot deze media een gelijkwaardige ontwikkeling zal voordoen als zich eerder met betrekking tot boeken heeft voorgedaan.

Zou alleen de verhuur en niet de uitlening worden geregeld, dan zou bijgevolg het gevaar bestaan dat een dergelijke wetgeving geen effect heeft in zoverre in de praktijk uitlening een substituut voor verhuur wordt. Bovendien zou, omdat de activiteit van openbare bibliotheken naar haar aard meer een culturele dimensie vertoont dan de activiteit van commerciële verhuurbedrijven, een regeling van het verhuurrecht alleen op onaanvaardbare wijze voorbijgaan aan de economische situatie van de scheppers van uiterst waardevolle culturele goederen en aan de breder beschouwde situatie op het gebied van de desbetreffende diensten. Bijgevolg onderstelt een regeling van het verhuurrecht logischerwijze dat ook het uitleenrecht wordt geregeld.

Voorts leidt het feit dat op het ogenblik slechts in vier lidstaten een openbaar-uitleenrecht bestaat, tot een distorsie van de mededinging tussen auteurs en houders van verwante rechten in de verschillende lidstaten. Zij moeten hun werkzaamheden en diensten op in de hele Gemeenschap uniforme voorwaarden kunnen verrichten en uitoefenen. Bovendien moeten in beginsel voor auteurs en houders van verwante rechten gelijke economische en sociale voorwaarden worden geschapen. In de interne markt kan niet worden aanvaard dat auteurs en houders van verwante rechten in een gedeelte van de markt, bijvoorbeeld in

31 — Toelichting bij het voorstel voor de richtlijn, aangehaald in voetnoot 10.

één lidstaat, een vergoeding voor het gebruik van hun werken en prestaties ontvangen en dus over een zekere economische basis voor verder creatief werk beschikken, terwijl dit in andere gedeelten van de markt niet het geval is." [32]

47. Deze uiteenzetting lijkt mij duidelijk en dwingend aan te geven, waarom het gevolgen voor de interne markt zou hebben, wanneer niet werd voorzien in zowel een openbare-uitleen- als een verhuurrecht. Het betoog van Portugal doet in geen enkel opzicht hieromtrent twijfels rijzen.

48. Portugal betoogt in de derde plaats dat de verplichting tot betaling van een vergoeding voor de openbare uitlening ongepast is. De betrokken rechthebbenden hebben door hun verveelvoudigings- en verspreidingsrechten reeds een gepaste vergoeding ontvangen.

49. Dit argument gaat evenwel uit van een onjuiste opvatting van de aard en het doel van het openbare-uitleenrecht. Het is weliswaar juist dat de auteurs reeds inkomsten zullen hebben ontvangen uit hun verveelvoudigings- en verspreidingsrechten, maar deze inkomsten zullen boeken die uitgeleend en niet verkocht zijn niet weerspiegelen. [33] Het is natuurlijk juist dat niet eenieder die boeken uit een openbare bibliotheek leent (of deze ter plekke inziet), indien deze mogelijkheid niet zou bestaan, elke uitgeleend boek zou kopen; er bestaat evenwel een algemeen patroon. [34] Hoe dan ook vormt de richtlijn de neerslag van een duidelijke beleidsbeslissing om zowel een uitsluitend uitleenrecht als een recht op vergoeding toe te kennen wanneer de lidstaten in een afwijking hiervan voorzien.

50. Ten slotte beweert Portugal dat artikel 5 voorwerp was van bijzonder levendige gedachtenwisselingen tussen de Commissie en de lidstaten; de vastgestelde tekst — met name die van artikel 5, lid 3 — was een compromis: open geformuleerd, onduidelijk en ambigu.

51. De uiteindelijke formulering van artikel 5 weerspiegelt inderdaad, zoals Portugal betoogt, de verdeeldheid tussen de lidstaten op dit gebied. [35] Dit betekent evenwel niet noodzakelijkerwijs dat deze vaag en onnauwkeurig is. Het is juist dat artikel 5 de lidstaten

32 — Punt 44.

33 — Ik noem als voorbeeld boeken, maar het openbare-uitleenrecht kan uiteraard ook van toepassing zijn op beeld- en geluidsdragers, waarop uitvoeringen zijn vastgelegd of kopieën van films of andere audiovisuele werken (hoewel videogrammen waarschijnlijk vaker gehuurd dan geleend worden).

34 — Zie naar analogie punt 44 van de toelichting bij het voorstel voor de richtlijn (aangehaald in voetnoot 10), weergegeven in punt 46 hierboven. Zie ook het verslag van de Commissie van 12 september 2002 aan de Raad, het Europees Parlement en het Economisch en Sociaal Comité over het openbare-uitleenrecht in de Europese Unie [COM(2002) 502 def., deel 2].

35 — Zie Reinbothe en von Lewinski, op. cit. voetnoot 12, blz. 77-82.

op verschillende gebieden een zekere mate van discretionaire bevoegdheid laat — of de afwijking al dan niet wordt toegepast, zo ja, of boeken, geluidsdragers en/of films hieronder dienen te vallen, hoe de vergoeding moet worden vastgesteld, wie de vergoeding moet betalen (bijvoorbeeld de staat, de betrokken bibliotheek enzovoort of een andere instelling), wie de inning en betaling van de vergoeding beheert (bijvoorbeeld incassobureaus), of bepaalde categorieën instellingen van de betaling van de vergoeding worden vrijgesteld en zo ja, welke categorieën — maar dat is iets anders.

52. Mijns inziens kunnen veel, zo niet alle, onderliggende vragen die Portugal in zijn verweer heeft opgeworpen, juist langs de weg van die gebieden worden beantwoord waarop artikel 5 de lidstaten *daadwerkelijk* een zekere mate van discretionaire bevoegdheid laat. Deze bevoegdheid reikt evenwel niet zover dat bepaald zou kunnen worden dat alle betrokken instellingen in het geheel van de betaling van een vergoeding voor de openbare uitlening zijn vrijgesteld. Zoals ik hierboven heb uiteengezet[36], lijkt mij de betekenis van artikel 5, en in het bijzonder van artikel 5, lid 3, duidelijk.

36 — Zie punten 34-38 hierboven.

53. Ik ben daarom van mening dat Portugal zijn verplichtingen krachtens artikel 5 juncto artikel 1 van de richtlijn niet is nagekomen.

Een laatste opmerking

54. Tot besluit wil ik een opmerking maken over de stijl van de schriftelijke opmerkingen van de Commissie in beide zaken. In ieder van de zaken hanteert de Commissie in repliek een taalgebruik dat mijns inziens kennelijk niet gepast is voor een orgaan dat zich tot het Hof en — uiteindelijk — tot een lidstaat wendt. In zaak C-53/05 merkt de Commissie op dat Portugal de richtlijn niet kon lezen en beschuldigt zij deze lidstaat van piraterij, omdat hij auteurs zou onteigenen en hun intellectueel eigendom zou confisqueren. In zaak C-61/05 beschuldigt de Commissie Portugal van schaamteloosheid en van „flessentrekkerij" en vraagt zij of Portugal kan lezen. In beide schrifturen slaat de Commissie in het algemeen een sarcastische en spottende toon aan. Los van de vraag wat in de niet-nakomingsprocedure recht en onrecht is, acht ik een dergelijke taal en toon onaanvaardbaar.

Conclusie

55. Bijgevolg geef ik het Hof in overweging:

— in zaak C-53/05 te verklaren dat Portugal zijn verplichtingen krachtens artikel 5 juncto artikel 1 van richtlijn 92/100/EEG van de Raad van 19 november 1992 betreffende het verhuurrecht, het uitleenrecht en bepaalde naburige rechten op het gebied van intellectuele eigendom, niet is nagekomen;

— in zaak C-61/05 te verklaren dat Portugal zijn verplichtingen krachtens de artikelen 2 en 4 van richtlijn 92/100/EEG van de Raad van 19 november 1992 betreffende het verhuurrecht, het uitleenrecht en bepaalde naburige rechten op het gebied van intellectuele eigendom, niet is nagekomen;

— Portugal in beide zaken in de kosten te verwijzen.