FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT ELEANOR SHARPSTON

föredraget den 4 april 2006 [1]

1. I dessa två mål har kommissionen med stöd av artikel 226 EG väckt talan om fastställelse [2] av att Portugal har underlåtit att på ett korrekt sätt införliva artiklarna 2, 4 och 5 (jämförd med artikel 1) 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). [3]

Direktivet

2. Direktivet antogs bland annat på grundval av artikel 95 EG. Det syftar till att undanröja olikheterna i medlemsstaternas rättsskydd för upphovsrättsligt skyddade verk och alster som omfattas av närstående rättigheter [4] vad beträffar uthyrning och utlåning. [5] Målsättningarna för direktivet var att föreskriva att medlemsstaterna skall införa uthyrnings- och utlåningsrättigheter för vissa grupper av rättighetsinnehavare, och att fastställa rättigheter avseende upptagning, [6] mångfaldigande, spridning, radio- och TV-utsändning och återgivning till allmänheten för vissa grupper av rättighetsinnehavare inom området närstående rättigheter. [7] Det första kapitlet i direktivet, som förevarande talan gäller, innehåller bestämmelser om uthyrnings- och utlåningsrättigheter i överensstämmelse med den första av dessa målsättningar.

1 — Originalspråk: engelska.

2 — Mål C-53/05 gäller ett påstått åsidosättande av artikel 5 jämförd med artikel 1. Mål C-61/05 gäller ett påstått åsidosättande av artiklarna 2 och 4.

3 — EGT L 346, s. 61.

4 — Inom ramen för EG-rätten omfattar upphovsrätt ("droit d'auteur") den ensamrätt som tillerkänns upphovsmän, kompositörer, konstnärer etcetera, medan närstående rättigheter ("droits voisins") omfattar de motsvarande rättigheter som tillerkänns utövande konstnärer (musiker, skådespelare etcetera) och företagare (förläggare, filmproducenter etcetera). För enkelhetens skull kommer jag emellertid endast att hänvisa till "upphovsrättsligt skyddade verk" i stället för det mer komplicerade begrepp som används i direktivet, nämligen "upphovsrättsligt skyddade verk och upphovsrätten närstående rättigheter", eftersom denna åtskillnad är ovidkommande i förevarande mål.

5 — Första skälet.

6 — Detta olämpligt valda ord (*fixation*), som tyvärr ständigt återkommer i EG:s lagstiftning om harmonisering av upphovsrätt (och förvisso även i internationella konventioner), förefaller endast att betyda "inspelning" (*recording*).

7 — Elfte skälet.

3. I direktivets ingress anges följande skäl:

"med beaktande av följande:

[1.] Det finns olikheter i det rättsskydd som lagstiftning och rättspraxis i de olika medlemsstaterna erbjuder för upphovsrättsligt skyddade verk och alster som omfattas av närstående rättigheter vad beträffar uthyrning och utlåning. Sådana olikheter skapar hinder för handeln och snedvrider konkurrensen, och hindrar därmed att den inre marknaden genomförs och fungerar väl.

[2.] Dessa olikheter i rättsskyddet kan mycket väl bli större genom att olika medlemsstater inför ny, skiljaktig lagstiftning eller genom att den rättspraxis som tolkar den befintliga lagstiftningen utvecklas olika.

[3.] Olikheterna bör därför undanröjas för att tillgodose syftet att införa en marknad utan inre gränser så som detta har angetts i artikel 8a i fördraget för att, i enlighet med artikel 3 f i fördraget, införa ett system som säkerställer att konkurrensen på den gemensamma marknaden inte blir snedvriden.

[4.] Uthyrning och utlåning av upphovsrättsligt skyddade verk och alster som omfattas av närstående rättigheter spelar en allt större roll, särskilt för upphovsmän, utövande konstnärer, fonogramframställare och filmproducenter. ...

...

[7.] 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.

...

[15.] Det är nödvändigt att tillförsäkra upphovsmän och utövande konstnärer en skälig ersättning som de inte kan avstå ifrån.

...

[17.] När den skäliga ersättningen fastställs måste hänsyn tas till i vilken grad upphovsmännen och de utövande konstnärerna bidragit till fonogrammet eller filmen i fråga.

[18.] Det är också nödvändigt att skydda åtminstone upphovsmännens rättigheter vad gäller utlåning till allmänheten genom särskilda regler ...".

4. Enligt artikel 1.1 skall medlemsstaterna 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 2.2 föreskrivs att huvudregissören till ett filmverk eller ett audiovisuellt verk skall betraktas som dess upphovsman eller en av dess upphovsmän.

8. I artikel 2.4 föreskrivs att de rättigheter som avses i artikel 2.1 kan överlåtas, upplåtas eller bli föremål för licensavtal.

9. I relevanta delar av artikel 4 föreskrivs följande:

"1. När en upphovsman eller utövande konstnär har överlåtit eller upplåtit sin uthyrningsrättighet avseende ett fonogram eller ett original eller ett annat exemplar av en film till en fonogramframställare eller en filmproducent, behåller upphovsmannen eller den utövande konstnären rätten att erhålla skälig ersättning för uthyrningen.

2. Upphovsmannen eller den utövande konstnären kan inte avstå från sin rätt till skälig ersättning.

...

4. Medlemsstaterna får införa regler om ... från vem ersättningen kan utkrävas eller inkasseras."

10. I relevanta delar av artikel 5 föreskrivs 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 [punkt 1]."

11. Enligt artikel 15.1 i direktivet skall medlemsstaterna införliva direktivet senast den 1 juli 1994.

Tillämpliga nationella bestämmelser

12. Portugal har sökt införliva direktivet genom lagdekret 332/97 av den 27 november 1997.

13. I artikel 5 i den lagen föreskrivs följande:

"1. När en upphovsman överlåter eller upplåter sina uthyrningsrättigheter för ett fonogram, ett videogram eller ett original eller ett annat exemplar av en film till en fonogramframställare eller filmproducent, har han en omistlig rätt till skälig ersättning för uthyrningen.

2. För tillämpningen av punkt 1 är framställaren eller producenten ansvarig för att betala ersättningen, vilken i avsaknad av avtal fastställs genom skiljedom och i enlighet med lagstiftningen."

14. I artikel 6.1 föreskrivs att en upphovsman har rätt till ersättning för offentlig utlåning av original eller andra exemplar av hans verk.

15. I artikel 6.3 föreskrivs följande:

"Denna artikel är inte tillämplig på offentliga bibliotek, skol- eller universitetsbibliotek, museer, offentliga arkiv, offentliga stiftelser och privata icke-vinstdrivande organisationer."

16. Enligt artikel 7.2 tillkommer uthyrnings- och utlåningsrättigheter

"— ... den utövande konstnären, vad gäller upptagningar av hans framförande,

— ... fonogram- eller videogramframställaren, vad gäller hans fonogram eller videogram, och

— ... den som producerat första upptagningen av en film, vad avser original och andra exemplar av filmen."

17. I artikel 7.4 definieras "film" som "ett filmverk, ett audiovisuellt verk eller rörliga bilder, med eller utan åtföljande ljud".

rättigheterna till originalet och till andra exemplar, eller endast till andra exemplar, till en annan person — videogramframställaren. I portugisisk lagstiftning behandlas videogramframställare på motsvarande sätt som fonogramframställare.

Mål C-61/05: det påstådda åsidosättandet av artikel 2

20. Enligt min mening är kommissionens talan välgrundad till den del som den gäller åsidosättande av artikel 2 i direktivet.

18. Kommissionen har hävdat att enligt artikel 7 i lagdekret 332/97 är det inte nödvändigtvis så att den som har producerat första upptagningen av en film kan medge eller förbjuda uthyrning av exemplar av filmen, inbegripet videogram eller DVD-inspelningar av den. Han har absolut inte ensamrätt att göra det, såsom det krävs enligt artikel 2.1 i direktivet. [8]

19. Portugal har hävdat att förteckningen i artikel 2.1 inte är uttömmande, och att den vaga definitionen av begreppet "film" i den bestämmelsen kan leda till att den som har producerat den första upptagningen av en film själv kan vara den som framställer andra exemplar av filmen, och också kan upplåta

21. För det första, även om jag instämmer i att förteckningen i artikel 2.1 i direktivet kanske inte nödvändigtvis är fullständigt uttömmande, innebär inte detta att en medlemsstat får lägga till en kategori av rättighetsinnehavare till den. Som domstolen konstaterade i domen i målet Warner Brothers [9] kan rätten att förbjuda uthyrning av videogram påverka handeln med videogram i en medlemsstat och följaktligen även indirekt handeln med dessa varor inom gemenskapen. Syftet med direktivet är, som det framgår av ingressen, att undanröja olikheter i rättsskyddet för upphovsrättsligt skyddade verk vad beträffar uthyrning och utlåning i syfte att minska hindren för handeln och snedvridningen av konkurrensen. Denna målsättning kan uppenbarligen

8 — Kommissionen har också hänvisat till definitionerna av "videogram" och "videogramframställare" i artikel 176.3 i den portugisiska lagen om upphovsrätt och närstående rättigheter. Den bestämmelsen förefaller emellertid inte att tillföra bedömningen något. Jag föreslår därför att den inte skall behandlas.

9 — Dom av den 17 maj 1988 i mål 158/86, Warner Brothers (REG 1988, s. 2605; svensk specialutgåva, volym 9, s. 465), punkt 10.

inte uppnås om det står medlemsstaterna fritt att tillerkänna olika kategorier av personer rättigheten att kontrollera uthyrningen av videogram.

22. Denna tolkning stämmer dessutom överens med förarbetena. I motiveringen till det första förslaget till direktiv [10] anges att även om artikel 2.1 (som överlevde lagstiftningsprocessen utan större ändringar) "omfattar alla de viktigaste grupperna av rättighetsinnehavare vilkas verk och skyddade alster hyrs ut eller lånas ut", hindrar dess ordalydelse inte "medlemsstaterna från att utvidga uthyrnings- och utlåningsrättigheterna till ytterligare grupper som innehar angränsande rättigheter, såsom innehavare av rättigheten till vanliga fotografier". [11] Kommissionen tillade emellertid att eftersom "fallen i fråga är av liten ekonomisk betydelse vad gäller uthyrning och utlåning, hotas inte harmoniseringen". [12] Det är uppenbart att detta inte är fallet när det gäller uthyrning av videogram. I motiveringen anges också, [13] med avseende på artikel 2.1, att "genom [begränsningen till första upptagningen] skall framställare av enkla kopior av filmen utestängas från skyddet. Detta gäller till exempel kopior som görs av biofilmer och anpassas för videodistribution".

23. För det andra ger artikel 2.1 uttryckligen den som har producerat första upptagningen av en film ensamrätt att kontrollera uthyrningen av originalet och andra exemplar av filmen. Om framställaren av ett videogram av filmen dessutom ges rätt att kontrollera uthyrningen av videogrammet i fråga, är det uppenbart att filmproducenten inte har ensamrätt.

24. För det tredje innebär den rätt som Portugal har gett videogramframställare inte endast att en ytterligare kategori av rättighetsinnehavare fogas till förteckningen i artikel 2.1 i direktivet. I stället skär de beviljade rättigheterna tvärs igenom, och till och med undergräver, den särskilda ensamrätt som avses i artikel 2.1.

25. För det fjärde framgår det tydligt av ingressen (där, kan det tilläggas, videogramframställare lyser med sin frånvaro, till

10 — Förslag till rådets direktiv om uthyrnings- och lånerättigheter och vissa upphovsrätten närstående rättigheter av den 24 januari 1991, KOM(90) 586 slutlig.

11 — Punkterna 2.1.3 och 2.1.4.

12 — Punkt 2.1.4. J. Reinbothe och S. von Lewinski säger i *The EC Directive on Rental and Lending Rights and on Piracy* (1993) att förteckningen i artikel 2.1 i princip *är* uttömmande, men att "det förefaller att ha funnits ett allmänt samförstånd mellan kommissionen och medlemsstaterna om att avsikten med direktivet inte är att, när det gäller befintliga system för rättigheter vid offentlig utlåning, avskaffa de befintliga rättigheterna för vissa grupper av rättighetsinnehavare, särskilt när det rör sig om fall av mindre ekonomisk betydelse. Mot denna bakgrund får fotografer, vetenskapliga redaktörer och förläggare ha kvar sina befintliga angränsande rättigheter vad gäller utlåning" (s. 50).

13 — I punkt 2.1.2.2. Se även Reinbothe och von Lewinski (ovan fotnot 12), s. 48–50.

skillnad från upphovsmän, utövande konstnärer, fonogramframställare och filmproducenter [14]) att skälet till att skydda utlåningsrättigheterna för fonogramframställare och filmproducenter är att man vill säkerställa att de särskilt stora och riskfyllda investeringar som krävs kan återfås. [15] Det har inte påstått att det behövs "särskilt stora och riskfyllda" investeringar för att framställa videogram.

26. Domstolen har tvärtom konstaterat att det är synnerligen lätt att mångfaldiga upptagningar. [16] Även om det konstaterandet gjordes med avseende på ljudupptagningar, gäller det lika väl för videoupptagningar.

27. Jag anser mot denna bakgrund att Portugal har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 2 i direktivet.

Mål C-61/05: det påstådda åsidosättandet av artikel 4

28. Kommissionen har hävdat att eftersom begreppet "film" i artikel 7.4 i lagdekret 332/97 definieras så att det omfattar videogram, kan videogramframställare också omfattas av definitionen av begreppet filmproducent i den mening som avses i artikel 5.2 i lagdekretet. Det finns således två personer som omfattas av denna definition och som därför kan vara skyldiga att betala ersättning vid uthyrning. Detta har lett till oklarheter som hindrar portugisiska utövande konstnärer från att få den ersättning som de är berättigade till, eftersom de inte vet vilken producent som är ansvarig för att betala dem. Direktivet är däremot entydigt: endast den som har producerat första upptagningen av en film har den skyldigheten.

29. Portugal har svarat att i princip, och om bevis saknas om motsatt förhållande, skall den som producerat första upptagningen av en film fullgöra skyldigheten att betala ersättning. Eventuella oklarheter härrör inte endast från den portugisiska lagstiftningen utan också från själva direktivet. Definitionen av "film" i artikel 2.1 förefaller omfatta både

14 — De omnämns inte heller i artikel 14 i avtalet om handelsrelaterade aspekter av immaterialrätter, som återges i bilaga 1C till WTO-avtalet, och som på Europeiska gemenskapens vägnar godkändes som en fråga inom dess behörighetsområde genom rådets beslut 94/800/EG av den 22 december 1994 om ingående, på Europeiska gemenskapens vägnar — vad beträffar frågor som omfattas av dess behörighet — av de avtal som är resultatet av de multilaterala förhandlingarna i Uruguayrundan (1986–1994) (EGT L 336, s. 1; svensk specialutgåva, område 11, volym 38, s. 3) ("TRIPS-avtalet") (under rubriken "Skydd för utövande konstnärer, framställare av ljudupptagningar (ljudinspelningar) och radio- och televisionsföretag") eller i Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/29/EG av den 22 maj 2001 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället (EGT L 167, s. 10), där det anges att medlemsstaterna skall föreskriva en ensamrätt att tillåta eller förbjuda mångfaldigande för fem kategorier av rättighetsinnehavare — de fyra första speglar förteckningen i artikel 2.1 i direktiv 92/100 och den femte avser radio- och televisionsföretag.

15 — Se även dom av den 28 april 1998 i mål C-200/96, Metronome Musik (REG 1998, s. I-1953), särskilt punkterna 24 och 25.

16 — Domen i målet Metronome Musik (ovan fotnot 15), punkt 24.

filmverk (och ge rättigheterna till den som har producerat den första upptagningen) och upptagningar av verk på videogram (och ge rättigheterna till videogramframställaren).

30. Jag har redan förklarat varför jag inte anser att artikel 2.1 kan tolkas så att medlemsstaterna får infoga videogramframställare i de kategorier av rättighetsinnehavare som förtecknas där.

31. Artikel 4 infördes för att säkerställa att upphovsmän (till exempel filmregissören (se artikel 2.2 i direktivet), författaren till den roman som filmen baserar sig på eller kompositören av filmmusiken) och utövande konstnärer skall ha nytta av de uthyrningsrättigheter som tillkommer dem enligt direktivet. Utan en uttrycklig bestämmelse skulle detta ofta inte vara fallet, eftersom upphovsmän och utövande konstnärer ofta upplåter sina rättigheter till filmproducenten eller fonogramframställaren. Detta medges enligt artikel 2.4 i direktivet. Om ersättning inte gavs för sådan upplåtelse, vore uthyrningsrättigheten värdelös. Eftersom upphovsmän och utövande konstnärer i allmänhet befinner sig i ett underläge vid förhandlingar jämfört med filmproducenter och fonogramframställare, har de inte alltid fått skälig ersättning när de har upplåtit sina rättigheter. Syftet med artikel 4 är att se till att de får det. [17] Det framgår tydligt av ordalydelsen att den har utformats med avseende på en situation där en filmproducent övertar de upplåtna uthyrningsrättigheterna till ett original eller ett annat exemplar av en film.

32. Portugal har medgett att dess införlivandelagstiftning är oklar. Även om artikel 4.4 tillåter att medlemsstaterna bestämmer vem som skall vara skyldig att betala ersättning, förutsätter principen om rättssäkerhet att det tydligt framgår vem som har den skyldigheten. Enligt min åsikt är införlivandelagstiftningen inte tillräckligt exakt. Mot denna bakgrund anser jag att Portugal har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 4 i direktivet.

Mål C-53/05: det påstådda åsidosättandet av artikel 5

33. Kommissionen har påpekat att artikel 5.3 i direktivet ger medlemsstaterna möjlighet att undanta "vissa kategorier" av inrättningar från att betala den ersättning som garanteras genom artikel 5.1 som en motvikt till undantaget från den ensamrätt vad gäller utlåning som anges i artikel 1. Enligt artikel

17 — Motiveringen till förslaget (ovan fotnot 10), punkt 3.1.1.

6.3 i lagdekret 332/97 undantas emellertid alla offentliga bibliotek, skol- och universitetsbibliotek, museer, offentliga arkiv, offentliga stiftelser och icke-vinstdrivande organisationer. Detta undantag omfattar således all statlig central förvaltning, alla organ som indirekt ingår i den statliga förvaltningen, såsom offentliga inrättningar och föreningar, all kommunal förvaltning och alla kommunala organ, samt alla privaträttsliga juridiska personer som fullgör uppgifter av offentlig natur och till och med privata skolor och universitet samt alla privata icke-vinstdrivande organisationer. Denna förteckning omfattar alla organ som sysslar med avgiftsfri utlåning och således alla organ som sysslar med "utlåning" i den mening som avses i artikel 1.3. Ett undantag som undantar alla är inte ett undantag, utan ett upphävande av den underliggande skyldigheten. Följden av Portugals införlivande av artikel 5 i direktivet är att ingen offentlig inrättning för utlåning är tvungen att betala den ersättning som föreskrivs i artikel 5.1. Detta utgör ett åsidosättande av ensamrätten vad gäller utlåning och av det skydd som ges genom direktivet.

34. Jag anser att kommissionens talan i mål C-53/05 är välgrundad. Enligt min mening framgår det tydligt av direktivets målsättningar samt utformningen av och ordalydelsen i artikel 5.3 att en medlemsstat inte har rätt att i praktiken undanta alla kategorier av inrättningar som avses i den bestämmelsen.

35. En av de viktigaste målsättningarna med direktivet är att säkerställa en tillräcklig inkomst som underlag för upphovsmännens skapande arbete. [18] I linje med den målsättningen föreskrivs i artikel 5.1 att upphovsmän skall få ersättning för utlåningen av deras verk även om en medlemsstat föreskriver 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 upphovsmän skall få ersättning som är förenlig med artiklarna 1 och 2 i direktivet.

36. 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. Som sådant skall den tolkas restriktivt. Ordvalet i artikel 5.3 tyder starkt på att endast ett begränsat antal kategorier av inrättningar [19] som potentiellt skulle vara

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

19 — Det förefaller som om artikel 5.3 infogades på begäran av två medlemsstater som ville ha möjlighet att undanta bibliotek vid utbildningsinrättningar och offentliga bibliotek från att betala ersättning till rättighetsinnehavarna vid offentlig utlåning, se Reinbothe och von Lewinski (ovan fotnot 12), s. 82.

skyldiga att betala ersättning enligt artikel 5.1 får undantas från den skyldigheten. Detta är också fallet i åtminstone de nederländska, franska, tyska, italienska, portugisiska och spanska versionerna av direktivet. [20]

37. Det stämmer 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' slag av skattefusk eller skatteflykt" kan knappast betyda att medlemsstaterna inte får förhindra alla slag av skattefusk. [21]

38. Domstolen har emellertid redan klargjort att den tolkar artikel 5.3 på ett begränsat sätt, och har konstaterat att "[o]m 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". [22]

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

40. Portugal har för det första anfört att i de flesta stater i världen reglerades inte utlåning vid den tidpunkt när direktivet offentliggjordes, inte heller var staterna ålagda att reglera den enligt de olika fördrag som var i kraft. [23] Kommissionens grönbok 1988 innehöll inget försök att reglera offentlig utlåning. [24]

41. Det är inte klart vad Portugal menar med detta. Artikel 5.1 innebär tt undantag från

20 — "Bepaalde categorieën", "certaines catégories", "bestimmte Kategorien", "alcune categorie", "determinadas categorias" respektive "determinadas categorias".

21 — Se punkt 17 i förslaget till avgörande av generaladvokaten Jacobs av den 13 juli 1995 i mål C-144/94, Italittica (REG 1995, s. I-3653).

22 — Dom av den 16 oktober 2003 i mål C-433/02, kommissionen mot Belgien (REG 2003, s. I-12191), punkt 20.

23 — Bernkonventionen för skydd av litterära och konstnärliga verk av den 9 september 1886, Romkonventionen om skydd för utövande konstnärer, framställare av fonogram och radioföretag av den 26 oktober 1961, WIPO-fördraget om framförande och fonogram samt WIPO-fördraget om upphovsrätt, båda av den 20 december 1996, samt TRIPS-avtalet (ovan fotnot 14).

24 — Grönbok av den 7 juni 1988, *Copyright and the challenge of technology — Copyright issues requiring immediate action* (KOM(88) 172 slutlig).

den ensamrätt att medge eller förbjuda utlåning som enligt artikel 2.1 tillkommer upphovsmän. Denna ensamrätt fanns med redan i kommissionens första förslag till direktiv.[25] I grönboken från 1988 anges faktiskt att det "har föreslagits ... att frågan om offentlig utlåning eller uthyrning av böcker och upphovsmannens möjliga rätt att få ersättning för denna användning av hans verk är en fråga som behöver lösas på gemenskapsnivå",[26] även om kommissionen den gången beslutade att en gemenskapsåtgärd inte var motiverad.[27] Tanken på att lagstifta om rättigheter vad gäller offentlig utlåning dök på nytt upp 1989 i ett meddelande från kommissionen.[28] Även om kommissionen i det skedet inte ansåg att det var motiverat att harmonisera lagstiftningen, angav den att "problemet med rättigheter vad gäller offentlig utlåning säkert kommer att bli allt mer akut" och att den skulle övervaka utvecklingen och vid behov lägga fram särskilda förslag.

42. Det förefaller därför som om det, även om det inte fanns någon faktisk eller planerad reglering på gemenskapsnivå (eller på internationell nivå[29]) vid den tidpunkten, från och med 1988 var allmänt känt att lagstiftning var trolig i framtiden. Bestämmelsen i kommissionens första förslag om ensamrätt för upphovsmän vad gäller utlåning var således knappast oväntad, såsom Portugal tycks anse.

43. För det andra har Portugal anfört att offentlig utlåning knappast är av tillräcklig ekonomisk betydelse för att förtjäna särskild lagstiftning på gemenskapsnivå: marknaden är i huvudsak nationell och utan ekonomisk betydelse. Av kulturella och ekonomiska skäl bör detta område omfattas av medlemsstaternas behörighet.

44. I den mån denna uppfattning utgör ett påstående om att direktivet eller artikel 5 har antagits på en felaktig rättslig grund eller i strid med subsidiaritetsprincipen, kan det naturligtvis inte beaktas.[30]

25 — Se ovan fotnot 10.

26 — Punkt 4.4.4. Detta förslag härrör tydligen från 1977 ("Community action in the cultural sector", Europeiska gemenskapernas bulletin, tillägg 6/77, punkt 26) och 1978 (A. Dietz, *Copyright Law in the European Community*, punkt 233): se grönboken (ovan fotnot 24), slutnot 19 till kapitel 4.

27 — Punkt 4.4.10.

28 — Böcker och läsning: kulturella insatser för Europa (*Books and Reading: a cultural challenge for Europe*) av den 3 augusti 1989, KOM(89) 258 slutlig, avsnitt I.B.3.

29 — Även om WIPO i januari 1991 tydligen hade infogat en bestämmelse om ensamrätt vad gäller uthyrning och en frivillig bestämmelse om rättigheter vad gäller offentlig utlåning i sitt utkast till fördrag inom området upphovsrätt, som då diskuterades, se motiveringen till det ursprungliga förslaget till direktiv (ovan fotnot 10).

30 — Se artikel 230 EG, femte stycket.

45. I alla händelser är Portugals argument enligt min åsikt inte väl underbyggda.

Om således endast uthyrningen reglerades, men inte utlåningen, skulle det finnas en risk för att en sådan lagstiftning skulle kringgås till den grad att uthyrningen i själva verket skulle ersättas med utlåning. Eftersom offentlig biblioteksverksamhet till sin natur har en mer kulturell dimension än kommersiella uthyrningsbutiker, skulle en reglering av enbart uthyrningsrättigheterna dessutom innebära att man oberättigat bortsåg från den ekonomiska situationen för skapare av särskilt värdefulla kulturföremål och den mer allmänna situationen inom detta område när det gäller sådana tjänster. Uthyrningsrättigheter kan därför inte behandlas på ett täckande sätt utan att också behandla utlåningsrättigheter.

46. I förarbetena gav kommissionen följande förklaring till de ekonomiska skälen för att reglera offentlig utlåning: [31]

"I den mån som uthyrningsbutiker och offentliga bibliotek har liknande verksamhetsområden konkurrerar dessa inrättningar med varandra. På grund av sina lägre utlåningsavgifter torde offentliga bibliotek i allmänhet ha långt större dragningskraft. Som bekant ledde utvecklingen av systemet med offentliga bibliotek i början av detta århundrade till att ett stort antal av de kommersiella bokuthyrningsbutiker som existerade vid den tidpunkten försvann. Eftersom offentliga bibliotek alltmer lånar ut inte endast böcker utan också andra media, särskilt fonogram och videogram, som hittills har kunnat hyras i butiker, kan en liknande utveckling för dessa media som för böcker inte uteslutas.

Det faktum att rättigheter vad beträffar offentlig utlåning för närvarande existerar i endast fyra medlemsstater, skapar dessutom en snedvridning av konkurrensen mellan upphovsmän och innehavare av angränsande rättigheter från de olika medlemsstaterna. De måste kunna grunda sin verksamhet och sina tjänster på enhetliga villkor i hela gemenskapen. Dessutom måste i princip likadana ekonomiska och sociala villkor skapas för upphovsmän och innehavare av angränsande rättigheter. På den inre marknaden kan det inte accepteras att upphovsmän och innehavare av angränsande rättigheter får ersätt-

31 — Motiveringen till det ursprungliga förslaget till direktiv (ovan fotnot 10).

ning för användningen av deras verk på en del av marknaden, till exempel i en medlemsstat, och därigenom får en viss ekonomisk grund för ytterligare skapande, medan detta inte är fallet på andra delar av denna marknad." [32]

47. Enligt min mening förklarar denna redogörelse på ett klart och övertygande sätt varför underlåtenhet att införa rättigheter vad beträffar offentlig utlåning och uthyrning påverkar den inre marknaden. Det finns inget i Portugals yrkanden som motsäger denna förklaring.

48. För det tredje hävdar Portugal att kravet att ersättning skall betalas vid offentlig utlåning är otillbörligt. Rättighetsinnehavarna i fråga har redan fått en lämplig ersättning genom sina reproduktions- och distributionsrättigheter.

49. Detta argument grundar sig emellertid på en missuppfattning om målsättningen med och karaktären av rättigheterna vad gäller offentlig utlåning och vad de innebär. Det är visserligen sant att upphovsmännen har en inkomst från sina reproduktions- och distributionsrättigheter, men den inkomsten speglar inte böcker som lånas ut i stället för att säljas. [33] Naturligtvis skulle inte alla de personer som lånar böcker från ett offentligt bibliotek (eller läser dem på plats) köpa alla dessa böcker, om det inte fanns möjlighet att låna dem, men det finns dock ett allmänt mönster. [34] 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.

50. Slutligen har Portugal anfört att artikel 5 var föremål för särskilt livliga diskussioner mellan kommissionen och medlemsstaterna. Den ordalydelse som antogs — särskilt i artikel 5.3 — var en kompromiss: vag, ofullständig och tvetydig.

51. Formuleringen av artikel 5 speglar faktiskt, som Portugal har hävdat, skiljaktigheten mellan medlemsstaterna inom detta område. [35] Detta innebär emellertid inte

32 — Punkt 44.

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

34 — Se punkt 44 i motiveringen till det ursprungliga förslaget (ovan fotnot 10) som återges i punkt 46 ovan. Se också rapporten från kommissionen till rådet, Europaparlamentet och Ekonomiska och sociala kommittén av den 12 september 2002 om rättigheter vad gäller offentlig utlåning i Europeiska unionen, KOM(2002) 502 slutlig, avsnitt 2.

35 — Se Reinbothe och von Lewinski (ovan fotnot 12), s. 77–82.

nödvändigtvis att den är vag och ofullständig. Det är sant att artikel 5 ger medlemsstaterna viss bestämmandefrihet inom flera områden — huruvida undantaget alls skall tillämpas och, i så fall, huruvida böcker, fonogram och/eller filmer skall omfattas av det, hur ersättningen skall bestämmas, vem som skall betala ersättningen (till exempel staten eller det berörda biblioteket eller någon annan enhet), vem som skall administrera insamlingen och utbetalningen av ersättningen (till exempel upphovsrättsorganisationer), huruvida vissa kategorier av inrättningar skall undantas från att betala ersättning och, i så fall, vilka kategorier — men det är en annan sak.

52. Enligt min mening kan många, om än inte alla, av de grundläggande frågeställningar som Portugal har lagt fram till sitt försvar lösas just inom de områden där artikel 5 faktiskt ger medlemsstaterna en viss bestämmandefrihet. Denna bestämmandefrihet utsträcker sig emellertid inte till att ge alla berörda inrättningar möjlighet att undantas helt och hållet från att betala ersättning för offentlig utlåning. Innebörden av artikel 5, som diskuteras ovan,[36] och särskilt artikel 5.3, förefaller enligt min mening att vara klar.

36 — Se punkterna 34–38 ovan.

53. Mot denna bakgrund anser jag att Portugal har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 5 jämförd med artikel 1 i direktivet.

Slutkommentar

54. Jag vill avsluta med en kommentar om stilen i kommissionens skriftliga yttranden i båda dessa mål. I sin replik i respektive mål använder kommissionen ett språk som jag anser är uppenbart olämpligt för en institution som vänder sig till domstolen och likaså till en medlemsstat. I mål C-53/05 har kommissionen sagt att Portugal inte klarar av att läsa direktivet och har anklagat Portugal för röveri och för att ha berövat upphovsmännen deras äganderätt och ha lagt beslag på deras immateriella rättigheter. I mål C-61/05 har kommissionen anklagat Portugal för fräckhet och att försöka luras, och undrar om de kan läsa. I båda handlingarna använder kommissionen en allmänt sarkastisk och hånfull ton. Oberoende av vem som har rätt och fel i denna talan om åsidosättande, anser jag att ett sådant språk och en sådan ton är oacceptabla.

Förslag till avgörande

55. Mot denna bakgrund anser jag att domstolen skall

— i mål C-53/05, fastställa att Portugal har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 5 jämförd med artikel 1 i rådets direktiv 92/100/EEG av den 19 november 1992 om uthyrnings- och utlåningsrättigheter avseende upphovsrättsligt skyddade verk och om upphovsrätten närstående rättigheter,

— i mål C-61/05, fastställa att Portugal har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artiklarna 2 och 4 i rådets direktiv 92/100/EEG av den 19 november 1992 om uthyrnings- och utlåningsrättigheter avseende upphovsrättsligt skyddade verk och om upphovsrätten närstående rättigheter,

— i båda målen besluta att Portugal skall ersätta rättegångskostnaderna.