



# Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT  
VERICA TRSTENJAK  
föredraget den 29 juni 2011<sup>1</sup>

**Mål C-162/10**

**Phonographic Performance (Ireland) Ltd  
mot  
Irland m.fl.**

(begäran om förhandsavgörande från High Court (Commercial Division) (Irland))

”Upphovsrätter och närstående rättigheter — Direktiv 92/100 och direktiv 2006/115 — Rättigheter för utövande konstnärer och fonogramframställare — Artikel 8.2 — Överföring till allmänheten respektive återgivning för allmänheten — Indirekt återgivning för allmänheten av fonogram inom ramen för sändningar som mottas på hotellrum via radio- och TV-apparater — Återgivning för allmänheten genom ställande till förfogande av uppselningsapparater och fonogram på hotellrum — Användare — Skälig ersättning — Artikel 10.1 a — Begränsning av rättigheterna — Enskilt bruk”

## Innehållsförteckning

I	– Inledning .....	3
II	– Tillämpliga bestämmelser .....	4
	A – Folkrätt .....	4
	1. Romkonventionen .....	4
	2. WPPT .....	5
	B – Unionsrätt .....	7
	1. Direktiv 92/100 .....	7
	2. Direktiv 2006/115 .....	8
	3. Direktiv 2001/29 .....	10
	C – Nationell rätt .....	11

<sup>1</sup> – Originalspråk: tyska; rättegångsspråk: engelska.

III – Omständigheter i målet .....	13
IV – Förfarandet i det nationella målet och tolkningsfrågorna .....	13
V – Förfarandet vid domstolen .....	14
VI – Inledande synpunkter .....	14
VII – Den första och den andra tolkningsfrågan .....	14
A – Parternas huvudsakliga argument .....	15
B – Rättslig bedömning .....	17
1. Tolkningen av begreppet ”överföring till allmänheten” i artikel 3.1 i direktiv 2001/29 .....	18
2. Tolkningen av artikel 8.2 i direktiv 2006/115 .....	19
a) Självständiga unionsrättsliga begrepp .....	19
b) Folkrättsligt och unionsrättsligt sammanhang .....	20
c) Begreppet återgivning för allmänheten .....	20
i) Begreppet återgivning .....	20
ii) Begreppet allmänheten .....	22
iii) Slutsats .....	24
d) Begreppet användare .....	24
e) Skyldigheten att erlagga en enda skälig ersättning .....	25
i) Innebörden av orden ”eller” och ”enda” .....	25
ii) Huruvida en ytterligare betalning är skälig .....	26
iii) Medlemsstaternas utrymme för skönsmässig bedömning .....	26
iv) Inverkan av en radio- och TV-avgift .....	28
v) Slutsats .....	28
3. Slutsats .....	28
VIII – Den tredje tolkningsfrågan .....	28
A – Parternas huvudsakliga argument .....	28
B – Rättslig bedömning .....	29
IX – Den fjärde tolkningsfrågan .....	30
A – Parternas huvudsakliga argument .....	30
B – Rättslig bedömning .....	30

1. Begreppet återgivning .....	31
2. Begreppet allmänheten .....	31
3. Begreppet användare .....	32
4. Slutsats.....	32
X – Femte tolkningsfrågan .....	32
A – Parternas huvudsakliga argument .....	33
B – Rättslig bedömning .....	33
XI – Slutsats.....	35

## I – Inledning

1. Liksom Gutenbergs uppfinnande av boktryckarkonsten i slutändan ledde till ett upphovsrättsligt skydd för skriftliga verk, har Edisons uppfinnande av fonografen inte bara stärkt den ekonomiska betydelsen av det upphovsrättsliga skyddet för musikaliska verk, utan också jämnat marken för ett införande av närstående rättigheter för utövande konstnärer och fonogramframställare. När ett fonogram används berör detta inte endast upphovsmannens rätt till det återgivna upphovsrättsliga verket, utan också de närstående rättigheterna för utövande konstnärer och fonogramframställare.

2. Förevarande begäran om förhandsavgörande från High Court of Ireland (nedan kallad den hänskjutande domstolen) avser ett krav på skälig ersättning enligt artikel 8.2 i rådets direktiv 92/100/EEG av den 19 november 1992 om uthyrnings- och utlåningsrättigheter och vissa upphovsrätten närstående rättigheter inom det immaterialrättsliga området<sup>2</sup> och artikel 8.2 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/115/EG av den 12 december 2006 om uthyrnings- och utlåningsrättigheter avseende upphovsrättsligt skyddade verk och om upphovsrätten närstående rättigheter (kodifierad version)<sup>3</sup>, som ska erläggas vid återgivning av fonogram som har utgivits i kommersiellt syfte.

3. Den hänskjutande domstolen önskar för det första få klarhet i huruvida ett sådant anspråk även uppkommer när ett hotell eller en gästrumsupplåtare installerar TV- eller radioapparater på hotellrummen och överför en signal till dessa. Svaret på denna fråga avgörs av om hotellet i ett sådant fall använder de fonogram som nyttjas i radio- och TV-sändningarna för återgivning för allmänheten.

4. För det andra har den hänskjutande domstolen frågat om ett sådant hotell, även i det fallet att det inte ställer radio- och TV-apparater utan uppspelningsapparater och därtill hörande fonogram till förfogande i hotellrummen, använder dessa fonogram för återgivning för allmänheten.

5. För det tredje önskar den hänskjutande domstolen få klarhet i huruvida en medlemsstat, som i sådana fall inte föreskrivit att någon skälig ersättning ska erläggas, kan åberopa undantaget i artikel 10.1 a i direktiv 92/100, respektive artikel 10.1 a i direktiv 2006/115, enligt vilka medlemsstaterna får inskränka rätten till skälig ersättning vid enskilt bruk.

2 — EGT L 346, s. 61.

3 — EUT L 376, s. 28.

6. Dessa frågor har ett nära innehållsmässigt samband med domen i målet SGAE mot Rafael Hoteles<sup>4</sup>. I det målet slog domstolen inledningsvis fast att en överföring till allmänheten i den mening som avses i artikel 3.1 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<sup>5</sup> föreligger, när ett hotell sänder en signal via TV-apparater i hotellrummen, oberoende av vilken teknik som används för sändningen. Domstolen slog vidare fast att hotellrummens privata beskaffenhet inte hindrar att överföringen anses utgöra överföring till allmänheten. I förevarande fall uppkommer särskilt frågan om denna rättspraxis, som meddelats med avseende på överföring av upphovsrättsligt skyddade verk till allmänheten enligt artikel 3.1 i direktiv 2001/29, kan överföras på begreppet ”överföring till allmänheten” i den mening som avses i artikel 8.2 i direktiv 92/100, och på begreppet ”återgivning för allmänheten” i artikel 8.2 i direktiv 2006/115, vilka avser närstående rättigheter för utövande konstnärer och fonogramframställare.

7. Dessutom uppvisar förevarande mål ett nära samband med målet C-135/10, SCF, i vilket jag presenterar mitt förslag till avgörande samma dag som mitt förslag till avgörande i förevarande mål. I målet SCF uppkommer särskilt frågan om en tandläkare, som via en radioapparat som vederbörande placerat i sin praktik gör radiosändningar hörbara för sina patienter, ska erlägga en skälig ersättning enligt artikel 8.2 i direktiv 92/100 respektive artikel 8.2 i direktiv 2006/115, på grund av att tandläkaren för allmänheten indirekt återger de fonogram som spelas i radioprogrammet.

## II – Tillämpliga bestämmelser

### A – Folk rätt

#### 1. Romkonventionen

8. I artikel 12 i Romkonventionen av den 26 oktober 1961 om skydd för utövande konstnärer, framställare av fonogram och radioföretag (nedan kallad Romkonventionen)<sup>6</sup>, föreskrivs följande:

”Om fonogram, som utgivits i kommersiellt syfte, eller mångfaldigat exemplar av sådant fonogram användes direkt för radioutsändning eller för offentlig återgivning, skall den som använder fonogrammet utbetala ett enda, skäligt ersättningsbelopp till de utövande konstnärerna eller till fonogramframställarna eller till båda. Villkoren för uppdelningen av detta belopp kunna, om parterna icke komma överens därom, bestämmas av den nationella lagstiftningen.”

9. I artikel 15.1 a i Romkonventionen föreskrivs följande:

”1. Fördragsslutande stat äger i sin lagstiftning föreskriva undantag från det genom denna konvention tillförsäkrade skyddet i följande fall:

a) utnyttjande för enskilt bruk”

4 — Dom av den 7 december 2006 i mål C 306/05, SGAE mot Rafael Hoteles (REG 2006, s. I-11519).

5 — EGT L 167, s. 10.

6 — Den svenska textversion som här återges är hämtad från SÖ 1962:68. Den tyska textversionen som använts är hämtad från tyska *Bundesgesetzblatt* 1965 II, s. 1245.

10. I artikel 16.1 a i Romkonventionen föreskrivs följande:

”1. Stat, som blir medlem av denna konvention, godkänner därmed alla de förpliktelser och blir delaktig av alla de förmåner som föreskrivas i konventionen. Stat må dock när som helst, genom meddelande som deponeras hos Förenta Nationernas generalsekreterare, förklara:

a) i fråga om artikel 12:

- (i) att den icke kommer att tillämpa någon av bestämmelserna i sagda artikel;
- (ii) att den icke kommer att tillämpa bestämmelserna i sagda artikel såvitt avser vissa utnyttjanden;
- (iii) att den icke kommer att tillämpa bestämmelserna i sagda artikel såvitt avser fonogram vilkas framställare ej är medborgare i annan fördragsslutande stat;
- (iv) att den, såvitt angår fonogram vilkas framställare är medborgare i annan fördragsslutande stat, kommer att begränsa omfattningen och varaktigheten av det i sagda artikel föreskrivna skyddet till vad som sistnämnda stat härutinnan föreskriver för fonogram, som för första gången upptagits av medborgare i den stat som avgivit förklaringen. Dock skall den omständigheten, att den fördragsslutande stat, i vilken framställaren är medborgare, såsom skyddsberättigade icke erkänner samma grupp av personer eller samma grupper av personer som den stat som avgivit förklaringen, icke anses som en skiljaktighet i omfattningen av skyddet;

...”

11. Republiken Irland är avtalspart i Romkonventionen, men har dock avgett en förklaring enligt artikel 16.1 a, ii.

12. Unionen är inte medlem av Romkonventionen då sådant medlemskap är förbehållet stater.

2. WPPT

13. WIPO-fördraget om framföranden och fonogram (nedan kallat WPPT) av den 20 september 1996<sup>7</sup> innehåller folkrättsliga bestämmelser om upphovsrätten närstående rättigheter som går längre än Romkonventionen.

14. I artikel 1 WPPT föreskrivs följande:

”Förhållandet till andra konventioner

1. Ingenting i detta fördrag skall innebära ett avsteg från gällande förpliktelser som fördragsparterna har gentemot varandra enligt den internationella konventionen om skydd för utövande konstnärer, framställare av fonogram samt radioföretag, upprättad i Rom den 26 oktober 1961 (nedan kallad ’Romkonventionen’).

<sup>7</sup> — Se rådets beslut 2000/278/EG av den 16 mars 2000 om godkännande på Europeiska gemenskapens vägnar av WIPO:s fördrag om upphovsrätt och WIPO:s fördrag om framföranden och fonogram – WIPO:s fördrag om upphovsrätt (WCT) – WIPO:s fördrag om framföranden och fonogram (WPPT) (EGT L 89, s. 6).

2. Det skydd som ges enligt detta fördrag skall lämna oberört och på intet sätt påverka skyddet för upphovsrätten till litterära och konstnärliga verk. Följaktligen skall ingen bestämmelse i detta fördrag tolkas så att den skulle skada detta skydd.

3. Detta fördrag skall inte ha något samband med eller påverka rättigheter och skyldigheter som föreligger enligt andra fördrag.”

15. I artikel 2 WPPT återfinns begreppsbestämningar och i punkterna f och g däri föreskrivs följande:

I detta fördrag används följande definitioner:

- f) *ljudradio- eller televisionsutsändning*: överföring på trådlös väg för allmänhetens mottagande av ljud eller bilder eller av framställningar därav.
- g) *överföring till allmänheten* av ett framförande eller ett fonogram: överföring till allmänheten med vilket medium som helst, dock inte ljudradio- eller televisionsutsändning, av ljuden i ett framförande eller ljuden eller en framställning av ljud upptagna på ett fonogram. För de syften som avses i artikel 15 omfattar termen överföring till allmänheten att ljuden eller en framställning därav som är upptagna på ett fonogram görs hörbara för allmänheten.”

16. I kapitel II WPPT återfinns utövande konstnärers rättigheter och i kapitel III behandlas fonogramframställares rättigheter. Kapitel IV innehåller gemensamma bestämmelser för utövande konstnärer och fonogramframställare. I artikel 15, som återfinns i det kapitlet, regleras rätten till ersättning för utsändning i ljudradio och television och överföring till allmänheten. Där föreskrivs följande:

”1. Utövande konstnärer och fonogramframställare skall ha rätt till en enda ersättning för direkt eller indirekt användning av fonogram som utgivits för kommersiella ändamål för utsändning i ljudradio eller television eller för vilken överföring som helst till allmänheten.

2. Fördragsparterna får i sin nationella lagstiftning föreskriva att den skäligen ersättningen ska krävas in från användaren av den utövande konstnären eller av fonogramframställaren eller av båda. Fördragsparterna får införa nationell lagstiftning som, i avsaknad av en överenskommelse mellan den utövande konstnären och fonogramframställaren, anger villkoren för hur de utövande konstnärerna och fonogramframställarna skall fördela den skäligen ersättningen.

3. En fördragspart får genom ett meddelande till WIPO:s generaldirektör förklara att den avser tillämpa bestämmelserna i punkt 1 endast med avseende på vissa utnyttjanden, att den avser begränsa tillämpningen av bestämmelserna på annat sätt eller att den inte alls avser tillämpa dem.

4 För de syften som avses i denna artikel skall fonogram som har gjorts tillgängliga för allmänheten på trådburen eller trådlös väg på ett sådant sätt att enskilda kan få tillgång till dem från en plats och vid en tidpunkt som de själva väljer anses vara utgivna för kommersiella ändamål.”

17. I artikel 16 WPPT, med rubriken ”Inskränkningar och undantag”, föreskrivs följande:

”1. Fördragsparterna får i sin nationella lagstiftning ha samma slags inskränkningar i eller undantag från skyddet för utövande konstnärers och fonogramframställares rättigheter som finns i deras nationella lagstiftning för skydd av litterära och konstnärliga verk.

2. Fördragsparterna skall begränsa de inskränkningar i eller undantag från de rättigheter som föreskrivs i detta fördrag till vissa särskilda fall som inte strider mot det normala utnyttjandet av framförandet eller fonogrammet eller oskäligt inkräktar på den utövande konstnärers eller fonogramframställarens legitima intressen.”

18. Republiken Irland och unionen är fördragsparter i WPPT. Varken Republiken Irland eller unionen har avgett någon förklaring enligt artikel 15.3 WPPT.

B – Unionsrätt<sup>8</sup>

1. Direktiv 92/100

19. 20. Skälen 5, 7–10, 15–17 och 20 i direktiv 92/100 har följande lydelse:

”5. Tillfredsställande skydd av upphovsrättsligt skyddade verk och närstående rättighetshavares alster i form av uthyrnings- och utlåningsrättigheter samt skyddet för rätten till upptagning, mångfaldigande, spridning, ljudradio- eller TV-utsändning och återgivning för allmänheten kan därför anses ha grundläggande betydelse för gemenskapens ekonomiska och kulturella utveckling.

...

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.

8. Skapande, konstnärliga och affärsmässiga verksamheter utförs i stor utsträckning av egenföretagare. Sådana verksamheter ska underlättas genom att ett enhetligt rättsskydd föreskrivs inom gemenskapen.

9. I den mån dessa verksamheter huvudsakligen består i att tillhandahålla tjänster ska deras tillhandahållande likaledes underlättas genom ett enhetligt rättsskydd i gemenskapen.

10. Medlemsstaternas lagstiftning bör tillnärmas på ett sätt som inte strider mot de internationella överenskommelser som många medlemsstaters lagstiftning om upphovsrätt och närstående rättigheter bygger på.

...

15. Det är nödvändigt att tillförsäkra upphovsmän och utövande konstnärer en skälig ersättning som de inte kan avstå från; rättighetshavarna måste även fortsättningsvis ha möjlighet att uppdra förvaltningen av denna rättighet till insamlingsorganisationer.

16. Den skäliga ersättningen kan erläggas i form av en eller flera betalningar när avtalet ingås eller när som helst därefter.

17. Denna skäliga ersättning ska ta hänsyn till i vilken grad upphovsmännen och de utövande konstnärerna bidragit till fonogrammet eller filmen i fråga.

...

20. Medlemsstaterna får föreskriva mera långtgående skydd för innehavare av närstående rättigheter än det som föreskrivs i artikel 8 i detta direktiv.”

8 — Med stöd av de i FEU och FEUF använda beteckningarna används begreppet unionsrätt som gemensamt begrepp för gemenskapsrätt och unionsrätt. I den mån det i det följande handlar om enskilda primärrättsliga bestämmelser kommer den i tiden tillämpliga (*ratione temporis*) gällande föreskriften att anges.

20. Artikel 8 i direktiv 92/100 har rubriken ”Radio- och TV-utsändning och återgivning för allmänheten”. I artikeln föreskrivs följande:

”1. Medlemsstaterna skall föreskriva att utövande konstnärer har ensamrätt att medge eller förbjuda trådlös radio- och TV-utsändning och återgivning för allmänheten av sina framföranden, utom när framförandet i sig självt sker vid en radio- eller TV-utsändning eller härrör från en upptagning.

2. Medlemsstaterna skall föreskriva rätt till en enda skälig ersättning från användaren när ett fonogram som har utgivits i kommersiellt syfte används i original eller kopia för trådlös utsändning eller eljest för återgivning för allmänheten. De skall säkerställa att denna ersättning fördelas mellan de berörda utövande konstnärerna och fonogramframställarna. Medlemsstaterna får fastställa villkoren för hur ersättningen skall fördelas mellan dem när det saknas avtal emellan.

3. Medlemsstaterna skall föreskriva att radio- och TV-företag har ensamrätt att medge eller förbjuda trådlös återutsändning av sina trådlösa utsändningar liksom återgivning för allmänheten av sina utsändningar om sådan återgivning sker på platser till vilka allmänheten har tillträde mot erläggande av inträdesavgift.”

21. I artikel 10 i direktiv 92/100 föreskrivs följande:

”Inskränkningar i rättigheterna

1. Medlemsstaterna får föreskriva inskränkningar i de rättigheter som avses i detta kapitel vad gäller följande utnyttjanden:

a) Enskilt bruk

...

2. Oavsett vad som föreskrivs i punkt 1 får varje medlemsstat föreskriva samma slags inskränkningar i skyddet för utövande konstnärer, fonogramframställare, radio- och TV-företag och den som producerat första upptagningen av filmer, som den föreskriver när det gäller skyddet för upphovsrätten till litterära och konstnärliga verk. Tvångslicenser får dock föreskrivas endast i den mån de är förenliga med Romkonventionen.

3. Punkt 1 a inverkar inte på gällande eller framtida bestämmelser om ersättning för mångfaldigande för enskilt bruk.”

2. Direktiv 2006/115

22. Direktiv 92/100 har konsoliderats genom direktiv 2006/115. Skälen 3, 5–7, 12, 13 och 16 i direktiv 2006/115 har följande lydelse:

”3. Tillfredsställande skydd av upphovsrättsligt skyddade verk och närstående rättighetshavares alster i form av uthyrnings- och utlåningsrättigheter samt skyddet för rätten till upptagning, spridning, ljudradio- eller TV-utsändning och återgivning för allmänheten kan därför anses ha grundläggande betydelse för gemenskapens ekonomiska och kulturella utveckling.

...



5. 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.
6. Skapande, konstnärliga och affärsmässiga verksamheter utförs i stor utsträckning av egenföretagare. Sådana verksamheter bör underlättas genom att ett enhetligt rättsskydd föreskrivs inom gemenskapen. I den mån dessa verksamheter huvudsakligen består i att tillhandahålla tjänster bör deras tillhandahållande likaledes underlättas genom ett enhetligt rättsskydd i gemenskapen.
7. Medlemsstaternas lagstiftning bör tillnärmas på ett sätt som inte strider mot de internationella överenskommelser som många medlemsstaters lagstiftning om upphovsrätt och närstående rättigheter bygger på.
- ...
12. Det är nödvändigt att tillförsäkra upphovsmän och utövande konstnärer en skälig ersättning som de inte kan avstå från; rättighetshavarna måste även fortsättningsvis ha möjlighet att uppdra förvaltningen av denna rättighet till insamlingsorganisationer.
13. Den skäliga ersättningen kan erläggas i form av en eller flera betalningar när avtalet ingås eller när som helst därefter. Hänsyn bör tas till i vilken grad upphovsmännen och de utövande konstnärerna bidragit till fonogrammet eller filmen i fråga.
- ...
16. Medlemsstaterna bör ha rätt att föreskriva mera långtgående skydd för innehavare av närstående rättigheter än det som föreskrivs i detta direktiv i fråga om radio- och TV-utsändning och återgivning för allmänheten.”
23. I kapitel 2 i direktivet regleras upphovsrätten närstående rättigheter. I artikel 8 i direktivet, som avser radio- och TV-utsändning och återgivning för allmänheten, föreskrivs följande:
  - ”1. Medlemsstaterna skall föreskriva att utövande konstnärer har ensamrätt att medge eller förbjuda trådlös utsändning och återgivning för allmänheten av sina framföranden, utom när framförandet i sig självt sker vid en utsändning eller härrör från en upptagning.
  2. Medlemsstaterna skall föreskriva rätt till en enda skälig ersättning från användaren när ett fonogram som har utgivits i kommersiellt syfte används i original eller kopia för trådlös utsändning eller eljest för återgivning för allmänheten. De skall säkerställa att denna ersättning fördelas mellan de berörda utövande konstnärerna och fonogramframställarna. Medlemsstaterna får fastställa villkoren för hur ersättningen skall fördelas mellan dem när det saknas avtal dem emellan.
  3. Medlemsstaterna skall föreskriva att radio- och TV-företag har ensamrätt att medge eller förbjuda trådlös återutsändning av sina trådlösa utsändningar liksom återgivning för allmänheten av sina utsändningar om sådan återgivning sker på platser till vilka allmänheten har tillträde mot erläggande av inträdesavgift.”
24. Artikel 10 i direktivet, med rubriken ”Inskränkningar i rättigheterna”, har följande lydelse:
  - ”1. Medlemsstaterna får föreskriva inskränkningar i de rättigheter som avses i detta kapitel vad gäller följande utnyttjanden.

a) Enskilt bruk.

...

2. Oavsett vad som föreskrivs i punkterna 1 får varje medlemsstat föreskriva samma slags inskränkningar i skyddet för utövande konstnärer, fonogramframställare, radio- och TV-företag och den som producerat första upptagningen av filmer, som den föreskriver när det gäller skyddet för upphovsrätten till litterära och konstnärliga verk.

Tvångslicenser får dock föreskrivas endast i den mån de är förenliga med Romkonventionen.

De inskränkningar som avses i punkt 1 och 2 får endast tillämpas i vissa särskilda fall som inte strider mot det normala utnyttjandet av alstret och inte oskäligt inkräktar på rättsinnehavarens legitima intressen.”

25. I artikel 14 i direktivet, med rubriken ”Upphävande”, föreskrivs följande:

”Direktiv 92/100/EEG skall upphöra att gälla, utan att det påverkar medlemsstaternas skyldigheter vad gäller de tidsfrister för införlivande med nationell lagstiftning av direktiven som anges i bilaga I del B.

Hänvisningar till det upphävda direktivet ska anses som hänvisningar till det här direktivet och ska läsas i enlighet med jämförelsetabellen i bilaga II.”

3. Direktiv 2001/29

26. Skälen 9–12, 15, 23, 24 och 27 i direktiv 2001/29 har följande lydelse:

- ”9. Utgångspunkten för en harmonisering av upphovsrätt och närstående rättigheter måste vara en hög skyddsnivå, eftersom dessa rättigheter har en avgörande betydelse för det intellektuella skapandet. Skyddet av dem bidrar till att bevara och utveckla kreativiteten och gagnar upphovsmän, utövande konstnärer, producenter, konsumenter, kultur, näringsliv och allmänhet. Immaterialrätt har därför erkänts som en integrerad del av äganderätten.
10. För att uphovsmännen och de utövande konstnärerna skall kunna fortsätta med sin skapande och konstnärliga verksamhet måste de få en skälig ersättning för utnyttjandet av sina verk och detsamma gäller producenterna som måste kunna finansiera denna verksamhet. De investeringar som krävs för att producera varor, t.ex. fonogram, filmer eller multimedieprodukter, och tjänster, t.ex. sådana som tillhandahålls på begäran, är betydande. Ett tillfredsställande rättsligt skydd av immateriella rättigheter är nödvändigt för att säkerställa sådan ersättning och för att möjliggöra en tillfredsställande avkastning på investeringarna.
11. Ett effektivt och strikt system för skydd av upphovsrätten och närstående rättigheter är ett av de viktigaste sätten för att se till att det europeiska kulturskapandet och den europeiska kulturproduktionen får nödvändiga resurser och för att värna om skapande och utövande konstnärers självständighet och värdighet.
12. Ett tillfredsställande skydd för upphovsrättsliga verk och alster som omfattas av närstående rättigheter är även av stor betydelse kulturellt sett.

...

15. Den diplomatkonferens som hölls under ledning av Världsoorganisationen för den intellektuella äganderätten (WIPO) i december 1996 utmynnade i att två nya fördrag antogs, WIPO-fördraget om upphovsrätt och WIPO-fördraget om framföranden och fonogram, som behandlar skydd för upphovsmän respektive skydd för utövande konstnärer och fonogramproducenter. Genom dessa fördrag uppdateras det internationella skyddet av upphovsrätt och närstående rättigheter i betydande utsträckning, inte minst i fråga om den så kallade digitala agendan, och möjligheterna för att bekämpa piratkopieringen runt om i världen förbättras. Gemenskapen och en majoritet av medlemsstaterna har redan undertecknat fördragen, och förberedelseprocessen för gemenskapens och medlemsstaternas ratificering av fördragen pågår. Genom detta direktiv uppfylls också ett antal av dessa nya internationella förpliktelser.

...

23. I detta direktiv bör upphovsmannens rätt till överföring till allmänheten harmoniseras ytterligare. Denna rätt bör förstås i vid mening och omfatta all överföring till allmänheten som inte är närvarande på den plats varifrån överföringen sker. Denna rätt bör omfatta all sådan sändning eller vidare-sändning av ett verk till allmänheten på trådbunden eller trådlös väg, inklusive radio- och televisionssändningar. Denna rätt omfattar inga andra åtgärder.

24. Rätten som avses i artikel 3.2, att göra andra alster tillgängliga för allmänheten, bör anses omfatta alla åtgärder varigenom sådana alster görs tillgängliga för den del av allmänheten som inte är närvarande på den plats varifrån tillgängliggörandet sker och omfattar inte några andra åtgärder.

...

27. Enbart tillhandahållandet av de fysiska förutsättningarna för att möjliggöra eller genomföra en överföring skall inte i sig betraktas som överföring i den mening som avses i detta direktiv.”

27. I artikel 3.1 och 3.2 i direktiv 2001/29 föreskrivs följande:

”1. Medlemsstaterna skall ge upphovsmän en ensamrätt att tillåta eller förbjuda varje överföring till allmänheten av deras verk, på trådbunden eller trådlös väg, inbegripet att verken görs tillgängliga för allmänheten på ett sådant sätt att enskilda kan få tillgång till dessa verk från en plats och vid en tidpunkt som de själva väljer.

2. Medlemsstaterna skall ge ensamrätt att tillåta eller förbjuda tillgängliggörandet för allmänheten, på trådbunden eller trådlös väg, på ett sådant sätt att enskilda kan få tillgång till dem från en plats och vid en tidpunkt som de själva väljer,

a) för utövande konstnärer: av upptagningar av deras framföranden,

b) för fonogramframställare: av deras fonogram,

...

d) för radio- och televisionsföretag: av upptagningar av deras utsändningar, trådöverförda såväl som luftburna, inklusive kabel- och satellitsändningar.”

### C – Nationell rätt

28. Tillämpliga bestämmelser i nationell rätt återfinns i *Copyright and Related Rights Act 2000–2007* (nedan kallad 2000 års lag).

29. Andra delen av 2000 års lag har rubriken "Upphovsrätt".

30. När det gäller fonogram föreskrivs i Section 17.2 b att fonogram omfattas av upphovsrätt. Enligt Section 21 a och Section 23 l är producenten av en ljudinspelning upphovsman och är som sådan första innehavare av upphovsrätten till en ljudinspelning.

31. Fjärde kapitlet i 2000 års lag har rubriken "Upphovsmannens rättigheter".

32. Enligt Section 37.1 b i det kapitlet har innehavaren av upphovsrätten (inklusive framställaren av en ljudinspelning) ensamrätt att "göra verket tillgängligt för allmänheten". En fonogramframställare har alltså en i viss mån längre gående rätt enligt irländsk rätt än enligt direktiv 92/100 och direktiv 2006/115.

33. I Section 37.2 i 2000 års lag anges att intrång i upphovsrätten för ett verk sker när en person, utan licens från innehavaren av upphovsrätten, företar handlingar eller ger någon annan rätt att företa handlingar vilka begränsas av upphovsrätten.

34. I Section 38 i 2000 års lag föreskrivs emellertid att rätten att låta allmänheten ta del av ljudinspelningar och att inkludera ljudinspelningar i en sändning eller en kabeltjänst får licenseras. En person har rätt att göra detta om vederbörande åtar sig att utge en skälig ersättning för sådana spelningar eller för att de inkluderas i en sändning eller i en kabeltjänst, och anpassar sig till kraven i Section 38 i 2000 års lag.

35. I kapitel 6 i 2000 års lag regleras vilka handlingar avseende upphovsrättsligt skyddade verk som är tillåtna.

36. Section 97 i det kapitlet har följande lydelse:

"1. Med förbehåll för vad som föreskrivs i punkt 2 utgör det inte ett intrång i upphovsrätten till en ljudinspelning, en sändning eller ett kabelprogram när dessa görs tillgängliga för åhörare eller åskådare där dessa lyssnar eller tittar på dem

- a) i den del av fastigheten där de boende sover, och
- b) som en del av den service som uteslutande eller huvudsakligen erbjuds de boende.

2. Subsection 1 är inte tillämplig på de delar av fastigheten som omfattas av den bestämmelsen om en separat avgift tas ut för tillträde till den del av fastigheten där allmänheten kan ta del av en ljudinspelning, en sändning eller ett kabelprogram."

37. Tredje delen av 2000 års lag avser rättigheter för den som framför verket. Section 246 i 2000 års lag återfinns i denna del och innehåller ett undantag som kan jämföras med Section 97 avseende rättigheter för den som framför verket.

38. Det finns inte något undantag motsvarande det som finns i Section 97 och Section 246 i när det gäller upphovsmannens rätt till litterära eller konstnärliga verk, teaterstycken eller musikaliska verk i den mening som avses i direktiv 2001/29.

### III – Omständigheter i målet

39. Käranden i det nationella målet är en upphovsrättsorganisation vars medlemmar utgörs av fonogramframställare vilka innehar närstående rättigheter till fonogram. Klaganden tillvaratar på uppdrag av sina medlemmar deras rättigheter till följd av återgivning för allmänheten av deras fonogram.

40. Svarande i det nationella målet är irländska staten.

41. Käranden i det nationella målet anser att irländska staten har införlivat direktiv 92/100 och direktiv 2006/115 felaktigt. Section 97.1 i 2000 års lag är inte förenlig med vare sig artikel 8.2 i direktiv 92/100 eller artikel 8.2 i direktiv 2006/115, i den mån det i denna föreskrivs att anspråk på skälig ersättning inte får framställas för återgivning av fonogram, via radio- och TV-apparater samt ljudanläggningar, i rum i irländska hotell och pensionat som en del av deras tjänster.

42. Käranden i det nationella målet har stämt irländska staten med yrkande om fastställelse av att denna genom att införa Section 97.1 i 2000 års lag har underlåtit att uppfylla sin skyldighet att införliva artikel 8.2 i direktiv 92/100 respektive artikel 8.2 i direktiv 2006/115 och åsidosatt artikel 10 EG.

### IV – Förfarandet i det nationella målet och tolkningsfrågorna

43. Den hänskjutande domstolen önskar få klarhet i huruvida det enligt Sections 97.1 a och 246 i 2000 års lag gällande undantaget från skyldigheten att erlagga skälig ersättning är förenligt med artikel 8.2 i direktiv 92/100, respektive artikel 8.2 i direktiv 2006/115, i den mån detta undantar återgivning av fonogram, radio- och TV-utsändning eller kabelprogram i hotellrum eller gästrum från skyldigheten att erlagga skälig ersättning. Mot denna bakgrund har den hänskjutande domstolen i sin begäran om förhandsavgörande ställt följande frågor:

1. Är ett hotell, som i hotellrummet installerat TV- och/eller radioapparater till vilka det överförs en signal, en "användare" som "återg[er ett fonogram som får spelas i en sändning] ... för allmänheten", enligt artikel 8.2 i direktiv 2006/115?
2. För det fall fråga 1 ska besvaras jakande, är då medlemsstaterna enligt artikel 8.2 i direktiv 2006/115 skyldiga att föreskriva en rätt till en skälig ersättning från hotellet utöver den skäliga ersättningen från radio/TV-sändningsföretaget för spelningen av fonogrammet?
3. För det fall fråga 1 ska besvaras jakande, har då medlemsstaterna enligt artikel 10 i direktiv 2006/115 rätt att undanta hotell från skyldigheten att utge "en enda skälig ersättning" med anledning av att det är fråga om "enskilt bruk" i den mening som avses i artikel 10.1 a i direktiv 2006/115?
4. Är ett hotell, som i hotellrum tillhandahåller apparater (dock inte TV- eller radioapparater) och fonogram i fysisk eller digital form vilka kan spelas upp eller avlyssnas med hjälp av nämnda apparater, en "användare" som "återg[er fonogrammen] för allmänheten", i den mening som avses i artikel 8.2 i direktiv 2006/115?
5. För det fall fråga 4 ska besvaras jakande, har då medlemsstaterna enligt artikel 10 i direktiv 2006/115 rätt att undanta hotell från skyldigheten att utge "en enda skälig ersättning" med anledning av att det är fråga om "enskilt bruk" i den mening som avses i artikel 10.1 a i direktiv 2006/115?

44. Enligt uppgift från den nationella domstolen avser förfarandet inte de delar av hotell och pensionat som är tillgängliga för allmänheten, utan enbart hotell- och gästrum. Vidare avser förfarandet inte några interaktiva överföringar eller överföringar *on demand*.

#### V – Förfarandet vid domstolen

45. Begäran om förhandsavgörande inkom till domstolens kansli den 7 april 2010.

46. Käranden i det nationella målet, den irländska och den grekiska regeringen samt kommissionen har yttrat sig under det skriftliga förfarandet.

47. I den gemensamma muntliga förhandling som hölls den 7 april 2011 i förevarande mål och i mål C-135/10, SCF, deltog ombud för käranden i det nationella målet, för SCF, för Marco del Corso, för den italienska, den irländska, den grekiska och den franska regeringen liksom för kommissionen.

#### VI – Inledande synpunkter

48. Käranden har i det nationella målet yrkat skadestånd av irländska staten för dess åsidosättande av unionsrätten. Enligt EU-domstolens praxis ska ett sådant yrkande i princip bifallas enligt unionsrätten om det föreligger en tillräckligt klar och allvarlig överträdelse av en unionsrättslig bestämmelse, som ger rättigheter åt enskilda, om överträdelsen förorsakar en direkt skada.<sup>9</sup> Den hänskjutande domstolen har medvetet begränsat sina tolkningsfrågor till att avse huruvida irländska staten har åsidosatt sin skyldighet att införliva artikel 8.2 i direktiv 92/100 respektive artikel 8.2 i direktiv 2006/115. Om den till följd av nedan redovisade anvisningar om hur dessa bestämmelser ska tolkas besvarar denna fråga jakande, ska den – i den mån den avser grunda sitt resonemang på det unionsrättsliga anspråket på ansvar för staten – också pröva huruvida även dessa ytterligare förutsättningar är uppfyllda.

49. Jag påpekar vidare att jag av för enkelhetens skull endast kommer att behandla direktiv 2006/115. Frågan om en överträdelse av unionsrätten rör visserligen såväl artikel 8.2 i direktiv 92/100, som artikel 8.2 i direktiv 2006/115. Direktiv 2006/115 utgör emellertid endast en konsolidering av direktiv 92/100, varför artikel 8.2 i direktiv 2006/115 är identisk med artikel 8.2 i direktiv 92/100. Jag kommer därför enbart att pröva artikel 8.2 i direktiv 2006/115, även om mina slutsatser angående denna artikel även gäller för artikel 8.2 i direktiv 92/100. För enkelhetens skull kommer jag i det följande även att uteslutande behandla hotell, men mina slutsatser angående dessa gäller även är giltiga för gästrum.

#### VII – Den första och den andra tolkningsfrågan

50. Den hänskjutande domstolen har ställt sina första två frågor för att få klarhet i huruvida artikel 8.2 i direktiv 2006/115 ska tolkas så att ett hotell, som i hotellrummen installerat TV- och/eller radioapparater till vilka hotellet överför en signal, ska erlagga en skälig ersättning för den indirekta återgivning av fonogrammet som inkluderas i utsändningarna.

51. I artikel 8.2 i direktiv 2006/115 föreskrivs att skälig ersättning ska erläggas för det fall att ett fonogram som har utgivits i kommersiellt syfte används i original eller kopia för trådlös utsändning eller eljest för återgivning för allmänheten. I det följande kommer jag för enkelhetens skull endast att behandla fallet med fonogram som har utgivits i kommersiellt syfte, dock att denna bedömning även kommer att gälla för kopior av sådana fonogram.

<sup>9</sup> — Dom av den 19 november 1991 i de förenade målen C-6/90 och C-9/90, Francovich m.fl. (REG 1991, s. I-5357; svensk specialutgåva, volym 11, s. 435), punkt 35, av den 5 mars 1996 i de förenade målen C-46/93 och C-48/93, Brasserie du pêcheur och Factortame (REG 1996, s. I-1029), punkt 31, och av den 9 december 2010 i mål C-568/08, Combinatie Spijker Infrabouw mot De Jonge Konstruktie m.fl. (REU 2010, s. I-12655), punkt 87.

52. Den nationella domstolen önskar för det första få klarhet i huruvida ett hotell i ett fall som det förevarande bedriver "återgivning för allmänheten" i den mening som avses i denna bestämmelse och huruvida hotellet utgör en "användare" enligt denna bestämmelse. Domstolen önskar vidare få klarhet i huruvida en sådan skyldighet även kan föreligga när TV- eller radiosändningsföretaget redan har erlagt skälig ersättning för att använda fonogrammen i sina sändningar.

#### A – Parternas huvudsakliga argument

53. Enligt *käranden i det nationella målet* och den *franska regeringen* ska artikel 8.2 i direktiv 2006/115 tolkas så, att ett hotell i ett fall som det förevarande är skyldigt att erlægga skälig ersättning.

54. För det första är det fråga om återgivning för allmänheten i den mening som avses i artikel 8.2 i direktiv 2006/115. Detta begrepp utgör ett självständigt unionsrättsligt begrepp som ska tolkas som begreppet överföring till allmänheten i artikel 3.1 i direktiv 2001/29. För detta talar att samma ordalydelse\* används i båda bestämmelserna. [\*På tyska används "öffentliche Wiedergabe" i båda direktiven. På svenska används däremot "återgivning för allmänheten" respektive "överföring till allmänheten". Övers. anm.] Att skydds nivåerna är olika för upphovsrätter och närstående rättigheter talar inte emot att begreppen "återgivning för allmänheten" respektive "överföring till allmänheten" tolkas lika. Enligt ändamålet med bestämmelserna ska inte endast upphovsmannen utan även utövande konstnärer och fonogramframställare erhålla skäligt skadestånd, varvid den senare ska beviljas en skälig ersättning för de riskfyllda investeringarna på området för fonogramframställning. Den franska regeringen har i detta sammanhang hänvisat till att även ändamålet med direktiv 2001/29, att undvika snedvridning genom avvikande bestämmelser, talar för att begreppen "återgivning för allmänheten" respektive "överföring till allmänheten" ska tolkas lika. De snedvridningar som uppstår, genom att medlemsstaterna påstås ha möjlighet att föreskriva om undantag och begränsningar, skulle förstärkas om tolkningen av begreppen "återgivning för allmänheten" respektive "överföring till allmänheten" överläts på medlemsstaterna. En enhetlig tolkning av begreppen "återgivning för allmänheten" respektive "överföring till allmänheten" påkallas också av att den, enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/116/EG av den 12 december 2006 om skyddstiden för upphovsrätt och vissa närstående rättigheter<sup>10</sup> har betydelse för skyddstiden för upphovsrätt och vissa närstående rättigheter. Käranden i det nationella målet har hänvisat till att även indirekta överföringar omfattas. I domen i det ovannämnda målet SGAE mot Rafael Hoteles slog domstolen i ett jämförbart fall fast att det var fråga om överföring till allmänheten i den mening som avses i artikel 3.1 i direktiv 2001/29. Det är tillräckligt att radio- eller TV-programmet görs tillgängligt genom att radio- eller TV-apparater har installerats, vilka sedan används för att sända en signal vidare. Huruvida hotellgästerna faktiskt hade använt apparaterna saknade betydelse. Genom att dessa gav tillgång till radio- och TV-program tillhandahöll hotellet nämligen en extra tjänst i kommersiellt syfte.

55. Enligt *käranden i det nationella målet* och den *franska regeringen* gäller för det andra att en skyldighet att erlægga skälig ersättning inte hindrar att endast en skälig ersättning ska erläggas enligt artikel 8.2 i direktiv 2006/115. Detta betyder nämligen inte att ett hotell undkommer skyldigheten att erlægga ersättning för en återgivning för allmänheten när radio- eller TV-sändningsföretaget redan har erlagt en ersättning. Snarare ska skälig ersättning erläggas för varje enligt artikel 8.2 i direktivet relevant nyttjande, och detta oberoende av huruvida det är fråga om direkt eller indirekt användning. I den mån bestämmelsen avser en enda skälig ersättning, innebär detta endast att hotellet inte ska erlægga mer än en ersättning, vilken därefter ska fördelas mellan framställarna och de utövande konstnärerna. En sådan tolkning strider inte heller mot domstolens dom i det ovannämnda målet SENA<sup>11</sup>, eftersom domstolen endast prövade de unionsrättsliga bestämmelserna om ersättningens storlek i den domen.

10 — EUT L 372, s. 12.

11 — Dom av den 6 februari 2003 i mål C-245/00, SENA (REG 2003, s. I-1251).

56. Den *irländska* och den *grekiska* regeringen anser att artikel 8.2 i direktiv 2006/115 inte kan tolkas så, att ett hotell i ett fall som det förevarande är skyldigt att erlagga skälig ersättning.

57. För det första ska enligt den irländska regeringen frågan om huruvida det är fråga om en återgivning för allmänheten besvaras enligt nationell rätt.

58. Enligt den irländska och den grekiska regeringen föreligger för det andra inte någon återgivning för allmänheten i den mening som avses i artikel 8.2 i direktiv 2006/115. Därmed avses endast återgivning i ett diskotek, vid en konsert eller i en bar. Den irländska regeringen har i detta sammanhang hänvisat till att begreppet "återgivning för allmänheten" i artikel 8.2 i direktiv 2006/115 inte kan tolkas på det sätt som domstolen tolkade begreppet "överföring till allmänheten", i den mening som avses i artikel 3.1 i direktiv 2001/29, i domen i det ovannämnda målet SGAE mot Rafael Hoteles. Först och främst föreskrivs i artikel 3.1 i direktiv 2001/29 en ensamrätt för upphovsmän. För framställaren av fonogram föreskrivs däremot i artikel 3.2 i direktiv 2001/29 en ensamrätt endast i fråga om att göra alster tillgängliga för allmänheten, medan det med avseende på återgivningen för allmänheten enligt artikel 8.2 i direktiv 2006/115 endast föreskrivs en ekonomisk rätt. Vidare återfinns dessa rättigheter i ett annat folkrättsligt sammanhang. Inte minst är det i artikel 2 g WPPT definierade begreppet överföring till allmänheten snävare än det i artikel 8 WCT använda begreppet. Den irländska regeringen har i detta sammanhang hänvisat till att enligt artikel 2 g WPPT måste fonogrammet göras hörbart, vilket endast kan vara fallet om en radio- eller TV-apparat faktiskt slås på. Dessutom grundade domstolen sin tolkning av begreppet "överföring till allmänheten" i artikel 3.1 i direktiv 2001/29 på den omständigheten att även rätten att göra alster tillgängliga för allmänheten omfattas av detta begrepp. I artikel 8.2 i direktiv 2006/115 föreskrivs däremot inte någon rätt till en skälig ersättning när ett fonogram "tillgängliggörs för allmänheten". Vidare talar skälen i å ena sidan direktiv 2001/29 och, å andra sidan, direktiv 2006/115 emot att begreppen "återgivning för allmänheten" respektive "överföring till allmänheten" tolkas lika. Inte heller hänvisades det vid kodifieringen av direktiv 92/100 i direktiv 2006/115 till artikel 3.1 i direktiv 2001/29 eller klargjordes det att även indirekt överföring omfattades. I övrigt ska undantagsmöjligheterna i Romkonventionen och WPPT beaktas. Slutligen talar den omständigheten att medlemsstaterna kunde föreskriva mera långtgående rättigheter emot en likformig tolkning. Den grekiska regeringen har tillagt att en alltför vid tolkning av begreppen "återgivning för allmänheten" respektive "överföring till allmänheten" skulle leda till oönskade resultat, då nämligen installationen av en centralantenn i ett böningshus, och uthyrning av radio- och TV-apparater skulle kunna anses som "återgivning för allmänheten" respektive "överföring till allmänheten". I förevarande fall rör det sig nämligen endast om en grundlagsskyddad mottagning av en sändning. Dessutom måste turistnäringens intressen beaktas.

59. För det tredje anser den grekiska och den irländska regeringen att ett hotell i ett fall som det förevarande inte utgör någon användare i den mening som avses i artikel 8.2 i direktiv 2006/115. Den irländska regeringen har till att börja med hänvisat till att hotellet endast tillhandahåller apparaterna och det tekniska stödet för att ta emot motsvarande signaler. Så länge hotellet inte kopplar på dessa apparater utgör det inte någon användare. Det ska vidare beaktas att artikel 8.2 i direktiv 2006/115 i motsats till artikel 3.1 i direktiv 2001/29 avser användare. Enligt den grekiska regeringen utgör endast radio- eller TV-sändningsföretaget en användare medan hotellet endast möjliggör mottagandet av sändningarna. Denna mottagning skyddas såsom en grundläggande rättighet och är därmed inte relevant i upphovsrättsligt hänseende.

60. För det fjärde anser den grekiska och den irländska regeringen att ett anspråk på skälig ersättning kan avfärdas även med hänvisning till att ett hotell inte är skyldigt enligt artikel 8.2 i direktiv 2006/115 att erlagga förnyad ersättning om radio- eller TV-sändningsföretaget redan har erlagt skälig ersättning för användandet. Enligt den irländska regeringen följer detta av orden "eller" och "en enda" samt av det systematiska sambandet mellan de enskilda punkterna i artikel 8 i direktivet. Ytterligare ett skäl till varför en sådan betalning inte kan anses skälig är att sändningsföretaget redan har ålagts att erlagga ersättning. Enligt den grekiska regeringen omfattar denna ersättning, som radio- eller TV-kanalen har



erlagt, även mottagning av sändningarna med radio- och TV-apparaterna i hotellrummen. Det ska vidare beaktas att det i vissa medlemsstater, såsom i Grekland, redan existerar en avgift som måste erläggas för att mottagning av radio- och TV-sändningar ska vara möjlig. Även hotell erlägger denna avgift därmed även indirekt hotellgästerna via priset för hotellrummen.

61. Även *kommissionen* anser att artikel 8.2 i direktiv 2006/115 inte ska tolkas så, att en medlemsstat i ett fall som det förevarande är skyldig att föreskriva en skälig ersättning.

62. Domstolens praxis avseende artikel 3.1 i direktiv 2001/29 kan inte utan vidare överföras på artikel 8.2 i direktiv 2006/115. Snarare ska hänsyn tas till skillnaderna mellan dessa båda bestämmelser. Medan upphovsmannen omfattas av den högsta skydds nivån och har ensamrätt, åtnjuter fonogramframställaren endast en svagare rätt till skälig ersättning. Vidare hänför sig de båda bestämmelserna till olika folkrättsliga sammanhang.

63. Trots dessa skillnader ska utgångspunkten i ett fall som det förevarande enligt kommissionen vara att det är fråga om återgivning för allmänheten i den mening som avses i artikel 8.2 i direktiv 2006/115. Till att börja med omfattar denna bestämmelse även indirekta återgivningar. Vidare framgår det av artikel 2 g WPPT att det för en överföring i den mening som avses i artikel 15.1 WPPT är tillräckligt att fonogrammet görs hörbart. Vidare sker återgivningen för allmänheten. Huruvida återgivningen sker för allmänheten avgörs av om den plats där fonogrammet spelas upp är privat eller offentlig, om återgivningen har ett ekonomiskt värde och hur stor lyssnarskaran är. Enligt dessa kriterier ska utgångspunkten i förevarande fall, i överensstämmelse med domen i det ovannämnda målet SGAE mot Rafael Hoteles, vara att det är fråga om en återgivning för allmänheten.

64. Kommissionen anser visserligen att det inte är skäligt att ett hotell ska erlägga ytterligare en ersättning. För det första har medlemsstaterna enligt artikel 8.2 i direktiv 2006/115 ett utrymme för skönsmässig bedömning. Detta följer av de på folkrättslig nivå föreskrivna möjligheterna för medlemsstaterna att föreskriva begränsningar och undantag. De kan därmed fastställa när en ersättning är att anse som skälig, men också huruvida en sådan över huvud taget kan anses skälig. För det andra vore det oförenligt med de olika skyddsnivåerna i å ena sidan artikel 3.1 i direktiv 2001/29 och, å andra sidan, artikel 8.2 i direktiv 2006/115 att det även i ett fall som det förevarande, där sändningsföretaget redan har erlagt en skälig ersättning, att ytterligare en ersättning ska erläggas av hotellet. Däremot saknar det betydelse huruvida publiken har ett intresse av återgivningen eller inte.

## B – Rättslig bedömning

65. Bakgrunden till dessa tolkningsfrågor är domstolens dom i det ovannämnda målet SGAE mot Rafael Hoteles<sup>12</sup>. I den domen klargjorde domstolen att ett hotell som via TV-apparater i hotellrummen sprider de verk som används i TV-sändningen överför dessa till allmänheten i den mening som avses i artikel 3.1 i direktiv 2001/29. Denna bestämmelse reglerar upphovsmannens ensamrätt att tillåta eller förbjuda överföring till allmänheten av sina verk. I förevarande mål tvistar parterna särskilt om huruvida den tolkning som gjorts av begreppet ”överföring till allmänheten” i artikel 3.1 i direktiv 2001/29 kan överföras på begreppet ”återgivning för allmänheten” i artikel 8.2 i direktiv 2006/115. Mot denna bakgrund ämnar jag inledningsvis behandla domen i det ovannämnda målet SGAE mot Rafael Hoteles (1), innan jag går in på tolkningen av artikel 8.2 i direktiv 2006/115 (2).

12 — Ovan fotnot 4.

1. Tolkningen av begreppet ”överföring till allmänheten” i artikel 3.1 i direktiv 2001/29

66. I domen i det ovannämnda målet SGAE mot Rafael Hoteles slog domstolen fast att ett hotells sändning till hotellets rumsgäster av en signal via TV-apparater på hotellrummen utgör en överföring till allmänheten i den mening som avses i artikel 3.1 i detta direktiv, oberoende av vilken teknik som används för sändningen. Domstolen motiverade detta på följande sätt:

67. Domstolen behandlade inledningsvis skälen i direktiv 2001/29. Till att börja med hänvisade den till skäl 23 däri, enligt vilket begreppet ”överföring till allmänheten” ska förstås i vid mening.<sup>13</sup> Domstolen konstaterade vidare att det ändamål med direktivet som anges i skälen 9 och 10 däri endast kan uppnås genom att det införs en hög skyddsnivå till förmån för upphovsmannen och genom att denne erhåller en skälig ersättning för utnyttjandet av hans eller hennes verk.<sup>14</sup>

68. Domstolen hänvisade för det andra till sin praxis avseende andra unionsrättsliga bestämmelser.<sup>15</sup>

69. För det tredje behandlade domstolen de kumulativa verkningarna av att hotellgästerna vanligtvis avlöser varandra i snabb takt i hotellrummen, varför spridningen av verken skulle kunna få stor omfattning.<sup>16</sup>

70. För det fjärde slog domstolen fast att det enligt artikel 11bis punkt 1 ii i Bernkonventionen i reviderad lydelse (nedan kallad Bernkonventionen) föreligger en oberoende offentlig återgivning när sändningen överförs av ett ursprungligt sändningsföretag och vidare sänds av ytterligare ett sändningsföretag. Därmed överförs nämligen verket indirekt till en ny publik genom återgivningen av radio- eller TV-sändningen.<sup>17</sup>

71. För det femte definierade domstolen i detta sammanhang när en indirekt överföring ska anses ske till allmänheten och hänvisade därvid till den av WIPO utarbetade förklaringen till Bernkonventionen när det gäller det tillstånd som upphovsmannen redan erhållit. Domstolen betonade att upphovsmannens tillstånd för radiosändning av sina verk endast omfattar direkta lyssnare, det vill säga innehavare av radioapparater som mottar signalen enskilt eller i sin privata sfär eller familjekrets. Om sändningen sker i syfte att underhålla en större krets, i många fall mot vederlag, kan ytterligare en del av allmänheten givetvis ta del av verket. Överföringen av sändningen via högtalare eller en liknande anordning utgör därmed inte längre endast en mottagning av sändningen i sig, utan en oberoende överföring av det sända verket till ytterligare en del av allmänheten.<sup>18</sup>

72. För det sjätte slog domstolen fast att gästerna på ett hotell utgör en sådan ny del av allmänheten. Hotellet agerade med full kännedom om följderna av sitt handlande för att ge sina gäster tillgång till det skyddade verket.<sup>19</sup>

13 — Ibidem, punkt 36.

14 — Ibidem, punkt 36.

15 — Ibidem, punkt 37. I detta sammanhang hänvisade domstolen inledningsvis till dom av den 2 juni 2005 i mål C-89/04, Mediakabel (REG 2005, s. I-4891), punkt 30, där den i samband med artikel 1 a i rådets direktiv 89/552/EEG av den 3 oktober 1989 om samordning av vissa bestämmelser som fastställts i medlemsstaternas lagar och andra författningar om utförandet av sändningsverksamhet för television (EGT L 298, s. 23; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 3) tolkade begreppet allmänhetens mottagande av TV-program så, att det krävs ett obestämt antal potentiella TV-tittare. Domstolen hänvisade vidare till sin dom av den 14 juli 2005 i mål C-192/04, Lagardère Active Broadcast (REG 2005, s. I-7199), punkt 31, i vilken den i samband med artikel 1.2 a i rådets direktiv 93/83/EEG av den 27 september 1993 om samordning av vissa bestämmelser om upphovsrätt och närstående rättigheter avseende satellitsändningar och vidare sändning via kabel (EGT L 248, s. 15; svensk specialutgåva, område 13, volym 25, s. 33) tolkade begreppet ”överföring till allmänheten via satellit” så, att det krävs ett obestämt antal potentiella lyssnare.

16 — Ibidem, punkt 38 och följande punkt.

17 — Ibidem, punkt 40.

18 — Ibidem, punkt 41.

19 — Ibidem, punkt 42.

73. För det sjunde hänvisade domstolen till att en överföring till allmänheten endast förutsätter att verket görs tillgängligt för allmänheten på ett sådant sätt att medlemmarna av denna allmänhet kan få tillgång till verket.<sup>20</sup>

74. För det åttonde tog domstolen hänsyn till att tillgängliggörandet av de sända verken utgör ett tillhandahållande av en extra tjänst i syfte att dra en viss fördel därav. I ett hotell tjänar detta rentav ett vinstsyfte, eftersom nämnda tjänst inverkar på hotellets standard och följaktligen på rumpriserna.<sup>21</sup>

75. För det nionde gjorde domstolen det förbehållet att blotta tillhandahållandet av mottagningsapparater som sådant inte utgör någon överföring i den mening som avses i artikel 3.1 i direktiv 2001/29. Däremot utgör en sändning av en signal via TV-apparater i hotellrummen, som hotellet ombesörjer, en överföring till allmänheten i den mening som avses i denna bestämmelse, och detta oberoende av vilken teknik som används för sändningen.<sup>22</sup>

## 2. Tolkningen av artikel 8.2 i direktiv 2006/115

76. Innan jag går in på tolkningen av de i artikel 8.2 i direktiv 2006/115 använda begreppen "återgivning för allmänheten" (c) och "användare" (d) samt på skyldigheten att erlagga skälig ersättning (e), vill jag att klargöra att det i fråga om dessa begrepp rör sig om självständiga unionsrättsliga sådana (a), vilka ska tolkas mot bakgrund av sitt folkrättsliga sammanhang (b).

### a) Självständiga unionsrättsliga begrepp

77. Några av parterna har hänvisat till att unionsrätten inte innehåller några bestämmelser om att vissa begrepp i artikel 8.2 i direktiv 2006/115, såsom begreppet "återgivning för allmänheten", ska tolkas enhetligt. Därmed ankommer det på medlemsstaterna att definiera dessa begrepp.

78. Det ska i detta sammanhang påpekas att det i fråga om de i artikel 8.2 i direktivet tillämpade begreppen, i avsaknad av hänvisning till medlemsstaternas rättsordningar, handlar om självständiga unionsrättsliga begrepp. För att unionsrätten ska tillämpas enhetligt i alla medlemsstater och med iakttagande av likhetsprincipen inom hela unionen, ska dessa tolkas enhetligt.<sup>23</sup> Endast på detta sätt kan det i skäl 6 i direktiv 2006/115 angivna ändamålet uppnås, nämligen att utövandet av skapande, konstnärliga och affärsmässiga verksamheter underlättas genom att ett enhetligt rättsskydd föreskrivs inom gemenskapen.

79. Trots att det i vissa fall existerar ett självständigt unionsrättsligt begrepp kan det i dessa fall endast ske en mycket begränsad harmonisering, varför begreppet är synnerligen knapphändigt reglerat. I sådana fall anges i unionsrättsligt hänseende endast en väl tilltagen lagstiftningsram som medlemsstaterna därefter har att fylla ut.<sup>24</sup> Detta var domstolens utgångspunkt med avseende på begreppet skälig ersättning i den mening som avses i artikel 8.2 i direktiv 2006/115.<sup>25</sup> Eftersom bedömningen av i vilken utsträckning ett begrepp har reglerats ska ske för varje begrepp i en bestämmelse, går det inte av detta att dra några slutsatser för de ytterligare begrepp som används i artikel 8.2 i direktiv 2006/115.

20 — Ibidem, punkt 43.

21 — Ibidem, punkt 44.

22 — Ibidem, punkt 45 och följande punkt.

23 — Ibidem, punkt 31.

24 — Domen i målet SENA (ovan fotnot 11), punkt 34.

25 — Ibidem, punkterna 34–38.

b) Folkrättsligt och unionsrättsligt sammanhang

80. Det ska vidare beaktas att bestämmelsen om rätten till skälig ersättning enligt artikel 8.2 i direktiv 2006/115 ska tolkas med hänsyn till dess folkrättsliga sammanhang.

81. Rätten till skälig ersättning regleras nämligen på folkrättslig nivå i artikel 12 i Romkonventionen och i artikel 15 i WPPT. Artikel 8.2 i direktiv 2006/115 ska därmed tolkas med hänsyn till dessa folkrättsliga bestämmelser.

82. Såvitt gäller WPPT följer detta redan av att unionen själv är part i avtalet. Enligt fast rättspraxis ska de unionsrättsliga bestämmelserna nämligen tolkas mot bakgrund av ett folkrättsligt avtal just i ett fall där unionen är part i avtalet och önskar genomföra avtalet med hjälp av dessa unionsrättsliga bestämmelser.<sup>26</sup>

83. Vad beträffar Romkonventionen utgör EU visserligen inte själv någon part i denna konvention. Av skäl 7 i direktiv 2006/115, enligt vilket det inte får ske någon harmonisering som står i strid med bestämmelserna i Romkonventionen, framgår dock att bestämmelserna i Romkonventionen ska beaktas.

c) Begreppet återgivning för allmänheten

84. Begreppet låter sig enligt sin ordalydelse uppdelas i två beståndsdelar. För det första ska det vara fråga om en återgivning. För det andra ska återgivningen ske för allmänheten.

i) Begreppet återgivning

85. Vad som ska förstås med återgivning i den mening som avses i artikel 8.2 i direktiv 2006/115 definieras visserligen inte uttryckligen i det direktivet. Bestämmelsens ordalydelse, och det sammanhang i vilken den återfinns, kan dock ge ledning för hur detta begrepp ska tolkas.

86. Som redovisats ovan,<sup>27</sup> ska tolkningen av begreppet återgivning i denna bestämmelse ske med hänsyn till vad som föreskrivs i artikel 12 i Romkonventionen och i artikel 15 WPPT. För begreppet återgivning är särskilt artikel 15.1 jämförd med artikel 2 g WPPT av betydelse. I artikel 15.1 föreskrivs att utövande konstnärer och fonogramframställare vid direkt eller indirekt nyttjande för en sändning eller återgivning för allmänheten har rätt till en enda skälig ersättning. I artikel 2 g WPPT definieras begreppet "överföring till allmänheten" av ett fonogram som en överföring till allmänheten av ljuden eller en framställning av ljud upptagna på ett fonogram, dock inte ljudradio- eller televisionsutsändning. Där preciseras även att för de syften som avses i artikel 15 omfattar termen överföring till allmänheten att ljuden eller en framställning därav som är upptagna på ett fonogram görs hörbara för allmänheten.

26 — Dom av den 10 september 1996 i mål C-61/94, kommissionen mot Tyskland (REG 1996, s. I-3989), punkt 52, och domen i målet SGAE mot Rafael Hoteles (ovan fotnot 4), punkt 35. Se, angående detta, Rosenkranz, F., "Die völkerrechtliche Auslegung des EG-Sekundärrechts dargestellt am Beispiel der Urheberrechts", *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2007, s. 238 och följande sidor, s. 239 och följande sida.

27 — Punkt 81 i detta förslag till avgörande.

87. Härav kan följande slutsatser dras avseende begreppet ”återgivning för allmänheten” i den mening som avses i artikel 8.2 i direktiv 2006/115:

88. För det första omfattar artikel 8.2 i direktiv 2006/115 såväl direkta som indirekta återgivningar. För detta talar till att börja med själva ordalydelsen och bakgrunden till bestämmelsens införande. Av bakgrunden till direktiv 92/100 framgår nämligen att en ytterligare konkretisering av begreppet överföring inte ansågs kräva något tillägg av formuleringen ”direkt eller indirekt”, eftersom det vid användningen av begreppet överföring var uppenbart att även indirekta överföringar omfattas.<sup>28</sup> För en sådan tolkning talar numera, sedan dess ikraftträdande, även artikel 15 WPPT, enligt vilken rätt till ersättning även föreligger för indirekta överföringar.<sup>29</sup>

89. För det andra är det tillräckligt för en återgivning att ljud som upptagits på fonogrammet görs hörbara. Huruvida en gäst faktiskt har hört tonerna är irrelevant. För detta talar till att börja med artikel 2 g WPPT, som inriktas på hörbarheten. Vidare torde det enligt ändamålet med direktiv 2006/115 vara tillräckligt att gästen har rättslig och praktisk möjlighet att ta del av fonogrammet.<sup>30</sup> En sådan tolkning har också den fördelen att den i detta hänseende överensstämmer med tolkningen av begreppet ”överföring till allmänheten” i den mening som avses i artikel 3.1 i direktiv 2001/29.

90. Med tillämpning av dessa bestämmelser ska det fastställas att begreppet återgivning i den mening som avses i artikel 8.2 i direktiv 2006/115 ska tolkas så, att en sådan är förhållandevis när ett hotell i hotellrummen installerar TV- och/eller radioapparater i hotellrummen och överför en signal till dessa. I detta fall är det nämligen fråga om en indirekt återgivning och det saknar härvid betydelse huruvida gästerna faktiskt har tagit emot TV- eller radioprogrammen.

91. Kommissionen har i detta sammanhang anfört att begreppet ”återgivning för allmänheten” i den mening som avses i artikel 8.2 i direktiv 2006/115 i princip inte får ges en vidare tolkning än begreppet ”överföring till allmänheten” i artikel 3.1 i direktiv 2001/29. Det måste beaktas att unionslagstiftaren har önskat införa en högre skyddsnivå för upphovsrätter än för närstående rättigheter för fonogramframställare och utövande konstnärer, varför det vore systemvidrigt att ge fonogramframställare och utövande konstnärer enligt artikel 8.2 i direktiv 2006/115 längre gående rättigheter än de som gäller för upphovsmän enligt artikel 3.1 i direktiv 2001/29. Av denna anledning ska skäl 23 och 27 i direktiv 2001/29 beaktas.

92. Skäl 27 i direktiv 2001/29 hindrar visserligen inte att det antas att det i förevarande fall är fråga om en överföring. Det ska nämligen förstås så, att personer som ställer uppspelningsapparater till förfogande utan att samtidigt ha kontrollen över upphovsrättsligt skyddade verk, inte därmed genomför någon återgivning för allmänheten. Detta är därmed fallet när TV- eller radioapparater säljs eller hyrs ut, eller när en Internet Service Provider endast ställer en tillgång till internet till förfogande. I ett fall som det förevarande begränsar sig hotellet emellertid inte till att endast ställa uppspelningsapparaterna till förfogande. Tvärtom ger hotellet hotellgästen en visserligen endast indirekt men ändå riktad tillgång till fonogrammen.<sup>31</sup>

93. I den mån kommissionen med hänvisning till skäl 23 i direktiv 2001/29 anfört uppfattningen att redan mottagningen av signalen med hjälp av självtagande apparater inte kan utgöra någon återgivning i den mening som avses i artikel 8.2 i direktiv 2006/115, kan detta lämnas åt sidan när det gäller besvarandet av förevarande fråga. Den hänskjutande domstolen har nämligen klargjort att hotellet i det nu aktuella fallet inte har begränsat sig till att ta emot signalen, utan det har självt överfört den på nytt.<sup>32</sup>

28 — Reinbothe, J., Lewinski, S., *The E.C. Directive on Rental and Lending Rights and on Piracy*, Sweet & Maxwell 1993, s. 97.

29 — I artikel 12 i Romkonventionen föreskrivs sådan rätt endast för indirekta överföringar. Avtalsparterna i WPPT har i detta avseende medvetet gått längre än Romkonventionen.

30 — Se, i detta sammanhang, generaladvokaten E. Sharpstons förslag till avgörande av den 13 juli 2006 i målet SGAE mot Rafael Hoteles (ovan fotnot 4), punkt 67, samt generaladvokaten La Pergolas förslag till avgörande av den 9 september 1999 i mål C-293/98, Egeda (REG 2000, s. I-629).

31 — Domen i målet SGAE mot Rafael Hoteles (ovan fotnot 4), punkt 45 och följande punkt.

32 — Här hänvisar jag till punkterna 90–109 och 114–125 i mitt förslag till avgörande i mål C-135/10, SCF, där jag behandlar denna rättsfråga.

ii) Begreppet allmänheten

94. Vad som ska förstås med återgivning för allmänheten definieras inte i direktiv 2006/115.

95. Till skillnad från definitionen av begreppet återgivning, är legaldefinitionen av överföring till allmänheten i artikel 2 g WPPT inte till någon ytterligare hjälp. Där sker nämligen inte någon ytterligare konkretisering av elementet allmänheten som nu ska definieras. Där anges endast att ljuden eller en framställning därav som är upptagna på ett fonogram görs hörbara för allmänheten, och legaldefinitionen saknar i det avseendet substans.

96. Här inställer sig visserligen frågan om ovan domstolens redovisade praxis<sup>33</sup> i detta sammanhang kan användas för tolkningen av begreppet överföring till allmänheten i den mening som avses i artikel 3.1 i direktiv 2001/29, enligt vilken en överföring i ett hotellrum kan ske till allmänheten när hotellgästernas snabba avlösande av varandra leder till att användningen av skyddade verk får stor omfattning.

97. Enligt min mening ska denna fråga besvaras nekande.<sup>34</sup>

98. För detta talar för det första att samma begrepp används i artikel 3.1 i direktiv 2001/29 och i artikel 8.2 i direktiv 2006/115. Häremot har emellertid den irländska regeringen anfört att det, efter det att domen i målet SGAE mot Rafael Hoteles meddelades, inom ramen för konsolideringen av direktiv 92/100 i direktiv 2006/115 inte skett något klagande som innebär att begreppet "återgivning för allmänheten" i artikel 8.2 ska förstås på samma sätt som begreppet "överföring till allmänheten" i artikel 3.1 i direktiv 2001/29. Denna invändning övertygar dock inte mig. Snarare synes den omständigheten, att begreppet "återgivning för allmänheten" i artikel 8.2 i direktiv 2006/115 bibehålls utan ytterligare hänvisningar efter det att domen i målet SGAE mot Rafael Hoteles meddelades, tala just för att dessa begrepp i de båda bestämmelserna ska tolkas lika.

99. För det andra förefaller det som om det nära innehållsmässiga och rättsliga sambandet mellan upphovsrätten och de närstående rättigheterna för utövande konstnärer och fonogramframställare talar för att de båda begreppen ska tolkas lika.

100. För det första ska det nämligen beaktas att det finns ett samband mellan direktiv 2006/115 och direktiv 2001/29 genom att rättigheterna för de utövande konstnärerna och fonogramframställarna regleras såväl i direktiv 2006/115 som i artikel 3.2 i direktiv 2001/29. I sistnämnda bestämmelse föreskrivs nämligen en ensamrätt för konstnärer och fonogramframställare i det speciella fall som avser tillgängliggörande för allmänheten när plats och tidpunkt väljs fritt, medan den förra endast innebär en rätt till skälig ersättning vid återgivning för allmänheten. Mot denna bakgrund framstår det som föga troligt att de båda begreppen i dessa direktiv ska tolkas olika.

101. Vidare ska det innehållsmässiga sambandet mellan å ena sidan upphovsrätten och, å andra sidan, de närstående rättigheterna för utövande konstnärer och fonogramframställare beaktas. Upphovsrättsligt skyddade musikaliska verk görs i många fall tillgängliga för den breda allmänheten först genom tolkning via ett på ett fonogram lagrat uppförande av en utövande konstnär. Om det beaktas att detta bidrag av den utövande konstnären och fonogramframställaren ska arvoderas just genom rätten till skälig ersättning enligt artikel 8.2 i direktivet, talar mycket för att begreppet "överföring till allmänheten" i artikel 3.1 i direktiv 2001/29 och begreppet "återgivning för allmänheten" i artikel 8.2 i direktiv 2006/115 ska tolkas lika.

33 — Se punkterna 66–75 i detta förslag till avgörande.

34 — Se, för ett liknande resonemang, Walter, M., Lewinsky, S., *European Copyright Law*, Oxford University Press 2010, s. 989.

102. För det tredje talar härför även skäl fem i direktiv 2006/115, enligt vilket utövande konstnärer ska garanteras en tillräcklig inkomst och fonogramframställare ska kunna göra de investeringar som krävs. Det går inte att med hänsyn till det ovannämnda nära sambandet mellan upphovsrätten och närstående rättigheter se varför upphovsmannen ska ha en ensamrätt enligt artikel 3.1 i direktivet vid en överföring till allmänheten av ett fonogram, medan den utövande konstnären och fonogramframställaren däremot ska gå tomhänta och inte erhålla någon skälig ersättning enligt artikel 8.2 i direktiv 2006/115.

103. Däremot övertygar inte de invändningar som anförts mot en sådan likalydande tolkning.

104. Jag kan för det första inte se varför den omständigheten att det i artikel 3.1 i direktiv 2001/29 föreskrivs en ensamrätt för upphovsmannen, medan det i artikel 8.2 i direktiv 2006/115 endast föreskrivs en ekonomisk rätt till skälig ersättning för utövande konstnärer och fonogramframställare, ska ge upphov till olika tolkningar av begreppet allmänheten.

105. Vad som utmärker beviljandet av en ensamrätt enligt artikel 3.1 i direktiv 2001/29 är att denna gör det möjligt för upphovsmannen att förbjuda att vederbörandes musik används av icke-berättigade personer. Så långt har unionslagstiftaren inte önskat gå beträffande fonogram vilka har utgivits i kommersiellt syfte, när det gäller de i dessa fonogram förkroppsligade närstående rättigheterna för fonogramframställaren och den utövande konstnären. I gengäld erhöll dessa visserligen av lagstiftaren en rätt till skälig ersättning. Bestämmelsen i artikel 8.2 i direktivet kan därmed förstås som ett slags tvångslicens.<sup>35</sup> Tas dessa tankar om gottgörelse och tvångslicens i beaktande ligger det nära till hands att i ett fall av återgivning av ett fonogram för allmänheten ge fonogramframställare och utövande konstnärer en rätt till skälig ersättning i samtliga fall där en upphovsman besitter en ensamrätt.

106. För det andra innebär inte den omständigheten att upphovsmannen enligt skäl 9 i direktiv 2001/29 ska åtnjuta en hög skyddsnivå, medan den utövande konstnären och fonogramframställaren enligt skäl 5 i direktiv 2006/115 endast åtnjuter en tillfredsställande skyddsnivå, nödvändigtvis att "allmänheten" vid en överföring ska tolkas snävare när det gäller närstående rättigheter. För mig ligger det närmre till hands att tolka detta som en hänvisning till att artikel 3.1 i direktiv 2001/29 innebär en ensamrätt för upphovsmannen, medan artikel 8.2 i direktiv 2006/115 inte innebär någon ensamrätt för utövande konstnärer och fonogramframställare utan endast en rätt till skälig ersättning.

107. För det tredje har det gjorts gällande att domstolen har grundat sin tolkning av begreppet överföring till allmänheten i den mening som avses i artikel 3.1 i direktiv 2001/29 på skäl 23 i direktiv 2001/29, enligt vilket rätten till överföring till allmänheten bör förstås i vid mening. Eftersom direktiv 2006/115 saknar motsvarande skäl, ska begreppet återgivning för allmänheten i det direktivet tolkas snävt.

108. Slutsatsen blir att inte heller denna invändning kan godtas.

109. Det ska visserligen tillstås att domstolen i sin dom i det ovannämnda målet SGAE mot Rafael Hoteles vid tolkningen av begreppet överföring till allmänheten faktiskt stödde sig på detta skäl och att det i direktiv 2006/115 saknas ett likalydande skäl.

110. Detta motiverar dock inte att begreppet återgivning för allmänheten i artikel 8.2 i direktiv 2006/115 tolkas mera restriktivt. Ovannämnda skäl och de i skälen 3, 4 och 5 i direktiv 2006/115 nämnda målen avseende skälig ersättning till den som innehar rättigheterna utgör i sig stöd för att begreppet allmänheten i artikel 3.1 i direktiv 2001/29 och artikel 8.2 i direktiv 2006/115 ska tolkas likalydande. Domstolen har dessutom härlett behovet av en vid tolkning även ur den omständigheten att upphovsmannen ska erhålla skälig ersättning enligt skäl 10 i direktiv 2001/29. Sätillvida finns ett motsvarande skäl i skäl 5 i direktiv 2006/115, enligt vilket innehavare av närstående rättigheter också ska erhålla en tillräcklig inkomst respektive ett säkerställande av de investeringar som krävs.

35 — WIPO, *WIPO Intellectual Property Handbook*, 2004, s. 318.

111. Slutsatsen blir i denna del att begreppet återgivning för allmänheten i artikel 8.2 i direktiv 2006/115 i princip<sup>36</sup> ska tolkas på samma sätt som begreppet överföring till allmänheten i den mening som avses i artikel 3.1 i direktiv 2001/29. Att återgivningen sker för allmänheten följer därmed i ett fall som det förevarande av att hotellgästernas snabba avlösande av varandra kan leda till ett nyttjande i stor omfattning av de skyddade verken.

### iii) Slutsats

112. Av det ovan redovisade följer att begreppet återgivning för allmänheten i den mening som avses i artikel 8.2 i direktiv 2006/115 ska tolkas så att ett hotell, som i hotellrummen har installerat radio- och TV-apparater till vilka det överför en signal, indirekt för allmänheten återger fonogram som används i radio- och TV-sändningar.

113. Jag kan i detta sammanhang inte underlåta att nämna att frågan huruvida en återgivning för allmänheten kan föreligga även när återgivningen sker utan vinstsyfte var föremål för diskussion under den muntliga förhandlingen. Eftersom det i förevarande fall är fråga om en situation där den omständigheten att fonogrammet görs hörbart för lyssnarna innebär ett ytterligare tillhandahållande av en tjänst, som inverkar på hotellets standard och priset på hotellrummet, föreligger det emellertid ett vinstsyfte, varför denna punkt inte behöver utredas när det gäller det här aktuella förfarandet.<sup>37</sup>

### d) Begreppet användare

114. Den hänskjutande domstolen önskar vidare få klarhet i huruvida ett hotell utgör en "användare" i den mening som avses i artikel 8.2 i direktiv 2006/115. I artikel 8.2 i direktivet föreskrivs nämligen att det är användaren som ska utge skäligen ersättning vid nyttjande av ett fonogram för återgivning för allmänheten.

115. Användare i den mening som avses i artikel 8.2 i direktivet är den som trådlöst utsänder eller för allmänheten återger fonogrammet.

116. I motsats till vad den irländska regeringen har hävdad, kan inte den omständigheten att artikel 8.2 i direktiv 2006/115, men däremot inte artikel 3.1 i direktiv 2001/29 innehåller begreppet användare, inte leda till slutsatsen att artikel 8.2 i direktiv 2006/115 ska tolkas restriktivt. Grunden för denna skillnad i ordalydelsen i de båda bestämmelserna är nämligen den följande: I artikel 3.1 i direktivet medges en ensamrätt som upphovsmannen kan åberopa mot vem som helst. Därmed behöver den, mot vilken ensamrätten åberopas inte nämnas i denna bestämmelse. I artikel 8.2 i direktiv 2006/115 medges däremot inte någon ensamrätt utan där erkänns endast ett anspråk på skäligen ersättning. Således måste i denna bestämmelse även anges vem anspråket riktas mot.

117. Slutsatsen i denna del blir därmed att ett hotell som indirekt återger fonogram för allmänheten, utgör en användare i den mening som avses i artikel 8.2 i direktiv 2006/115 och är därmed den mot vilken anspråket på skäligen ersättning enligt denna bestämmelse riktas.

36 — För en diskussion avseende frågorna hur begreppet allmänheten i den mening som avses i artikel 3.1 i direktiv 2001/29 ska tolkas när det gäller en mottagande apparat, och om denna tolkning kan överföras på begreppet allmänheten i den mening som avses i artikel 8.2 i direktiv 2006/115, se punkterna 114–125 i mitt förslag till avgörande i mål C-135/10, SCF.

37 — Jag hänvisar vidare till punkterna 128–135 i mitt förslag till avgörande i mål C-135/10, SCF, där denna rättsfråga diskuteras.



e) Skyldigheten att erlægga en enda skälig ersättning

118. Den hänskjutande domstolen önskar få klarhet i huruvida artikel 8.2 i direktiv 2006/115 ska tolkas så, att även ett hotell som ger sina gäster tillgång till radio- och TV-sändningar på hotellrummen så att de i sändningarna använda fonogrammen indirekt återges för allmänheten, i det fall där ett radio- eller TV-företag redan har erlagt skälig ersättning för användningen av fonogrammet, i sändningen ska erlægga skälig ersättning för användningen av fonogrammet.

119. I artikel 8.2 i direktiv 2006/115 föreskrivs att användaren ska erlægga en enda skälig ersättning när ett fonogram som har utgetts i kommersiellt syfte används i original eller kopia för trådlös utsändning eller eljest för återgivning för allmänheten, och att denna ersättning ska fördelas mellan de berörda utövande konstnärerna och fonogramframställarna. Medlemsstaterna får fastställa villkoren för hur ersättningen ska fördelas mellan dem när det saknas avtal dem emellan.

120. Av ordalydelsen i bestämmelsen och bestämmelsens systematik framgår att hotellet i ett sådant fall också ska erlægga en skälig ersättning.

121. I motsats till den irländska regeringens uppfattning går det nämligen inte att av orden "eller" och "enda" utläsa att ett hotell inte behöver erlægga någon ersättning i ett sådant fall (i). Inte heller övertygar den irländska regeringens och kommissionens uppfattning att det vore oskäligt att erlægga ytterligare en ersättning (ii), eller kommissionens hänvisning till medlemsstaternas utrymme för skönmässig bedömning (iii). Slutligen kan inte den grekiska regeringens påpekande att vissa medlemsstater tillämpar ett system med radio- och TV-avgifter i sig motivera något undantag från skyldigheten att erlægga skälig ersättning (iv).

i) Innebörden av orden "eller" och "enda"

122. Enligt den irländska regeringen följer av orden "eller" och "enda" i artikel 8.2 i direktiv 2006/115, att ett hotell inte behöver erlægga någon ersättning för indirekt återgivning för allmänheten av fonogram, om ett radio- eller TV-företag redan har erlagt skälig ersättning för användningen av fonogrammet i sina sändningar.

123. Denna invändning övertygar inte.

124. Tillämpningen av ordet "enda" i artikel 8.2 första meningen i direktiv 2006/115 är endast ett sätt för unionslagstiftaren att uttrycka att ersättning inte ska erläggas både till de utövande konstnärerna och till fonogramframställaren, utan att en enda ersättning ska erläggas som sedan ska fördelas mellan de utövande konstnärerna och fonogramframställarna.

125. För detta talar för det första bestämmelsens ordalydelse och sammanhang, i synnerhet sambandet med artikel 8.2 andra meningen i direktiv 2006/115, där det anges hur den enda skäliga ersättningen ska fördelas inbördes mellan fonogramframställarna och de utövande konstnärerna.

126. För det andra är denna tolkning förenlig med ovan redovisade uppfattning endast om anspråket på skälig ersättning enligt artikel 8.2 första meningen i direktiv 2006/115 ska förstås som ett slags tvångslicens. Med denna uppfattning som grundval måste ingreppet i rättigheterna alltid kompenseras när ett fonogram används i den mening som avses i denna bestämmelse, såväl vid sändning som vid en anslutande återgivning för allmänheten, vilket innebär att det alltid uppstår ett anspråk på skälig ersättning.

127. För det tredje talar enligt min mening även den folkrättsliga bestämmelsen i artikel 15 WPPT mot den irländska regeringens uppfattning. Av denna artikel framgår att artikel 8.2 i direktiv 2006/115 även ska omfatta indirekt återgivning. I fall av indirekt återgivning uppkommer anspråket på skälig ersättning som regel mot den som sänt fonogrammet eller direkt återgett det. Om det i detta fall inte skulle uppstå någon skyldighet för den som indirekt återger fonogrammet, av det skälet att det skälig ersättning redan har erlagts för sändningen eller den indirekta återgivningen, skulle det vid indirekt återgivning för allmänheten normalt inte uppkomma något anspråk på ersättning. Detta är enligt min mening inte förenligt med den folkrättsliga bestämmelse som anges i artikel 15 WPPT.

128. Orden "eller" och "enda" i artikel 8.2 i direktiv 2006/115 utgör alltså i ett fall som det förevarande inte något hinder för skyldigheten för ett hotell att erlagga skälig ersättning.

ii) Huruvida en ytterligare betalning är skälig

129. Den irländska regeringen och kommissionen har åberopat att det inte är skäligt i den mening som avses i artikel 8.2 i direktiv 2006/115 att i ett fall som det förevarande föreskriva en ytterligare ersättning från ett hotell. Fonogramframställarna och de utövande konstnärerna har ju hur som helst ett anspråk mot sändningsföretagen.

130. Detta argument övertygar inte.

131. För det första är det nämligen inte förenligt med tanken bakom artikel 8.2 i direktiv 2006/115, att en ersättning alltid ska utgå när ytterligare en del av allmänheten ges möjlighet att ta del av fonogrammet. Den skäliga ersättningen som erläggs för användningen av fonogrammet i en radio- eller TV-sändning omfattar nämligen endast mottagandet av sändningen i den privata kretsen eller familjekretsen. Invigs en ny lyssnarkrets, såsom hotellgäster, överskrids denna användning, och därmed föreligger en ytterligare användning i form av en indirekt återgivning för allmänheten. För denna ytterligare användning erläggs i enlighet med hur artikel 8.2 i direktiv 2006/115 ska förstås ytterligare en skälig ersättning som ett slags kompenserande tvångslicens.

132. För det andra tycks mig en sådan uppfattning vara oförenlig med de folkrättsliga bestämmelserna i artikel 15 WPPT. Som redan har konstaterats,<sup>38</sup> föreskrivs i denna bestämmelse att skälig ersättning ska erläggas även i ett fall av indirekt återgivning för allmänheten av ett fonogram. Uppfattningen att erläggandet av en skälig ersättning för en indirekt återgivning ska anses oskälig eftersom skälig ersättning ska erläggas redan för den direkta återgivningen, framstår för mig som oförenlig med dessa folkrättsliga bestämmelser.

133. För det tredje anser jag att den irländska regeringens och kommissionens uppfattning kan leda till motstridiga bedömningar. Exempelvis ska en bar, en restaurang eller ett diskotek som själv spelar upp fonogram erlagga en skälig ersättning för detta. Samma person behöver däremot inte erlagga någon ersättning när vederbörande förmedlar radioprogram som endast omfattar uppspelningar av fonogram.

iii) Medlemsstaternas utrymme för skönsmässig bedömning

134. Kommissionen har vidare anfört att medlemsstaterna själva kan välja om de i ett fall som det förevarande, vid sidan av anspråk på skälig ersättning mot sändningsföretaget, även ska införa bestämmelser om anspråk på ersättning mot hotellet.

135. Detta resonemang kan inte godtas.

38 — Se punkt 127 i detta förslag till avgörande.

136. Det ska för det första fastställas att något sådant utrymme för skönsmässig bedömning inte kan utläsas av ordalydelsen i artikel 8.2 i direktiv 2006/115. Visserligen förfogar medlemsstaterna tack vare den knapphändiga regleringen av begreppet skälighet<sup>39</sup> över ett stort utrymme för skönsmässig bedömning när det gäller frågan vilken ersättning de anser vara skälig. Bestämmelsen ger dem dock inte något utrymme för att avgöra om en ersättning ska föreskrivas. I artikel 8.2 i direktiv 2006/115 anges i stället att medlemsstaterna ska föreskriva en skälig ersättning såväl för det fallet att ett fonogram används för radio- och TV-sändningar, som i det fallet att användningen sker för en återgivning för allmänheten.

137. För det andra torde en tolkning enligt vilken medlemsstaterna visserligen ska föreskriva en ersättning, vilken de i normalfallet dock kan bestämma till noll, svårigen kunna inrymmas i bestämmelsens ordalydelse. Mot en sådan tolkning torde dessutom ändamålet med artikel 8.2 i direktiv 2006/115 tala, som är att säkerställa att fonogramframställarna och de utövande konstnärerna ges en rimlig kompensation för det ytterligare ingrepp i deras rättigheter som en indirekt återgivning av fonogrammet medför.

138. För det tredje övertygar inte heller kommissionens argument att bestämningen på unionsnivå av medlemsstaternas utrymme för skönsmässig bedömning ska ske med beaktande även av deras motsvarande utrymme på folkrättslig nivå.

139. En medlemsstat kan nämligen inte åberopa ett folkrättsligt utrymme för skönsmässiga bedömningar, när den har att iaktta strängare bestämmelser på unionsrättslig nivå. Kommissionens uppfattning kan därför enligt min mening inte tillmätas någon betydelse.

140. Vidare är unionen själv avtalspart i WPPT, och den är därför skyldig att uppfylla sina folkrättsliga skyldigheter enligt det fördraget. Enligt lojalitetsprincipen ska en medlemsstat avstå från att vidta alla åtgärder som skulle kunna leda till att unionen inte uppfyller sina folkrättsliga skyldigheter.

141. Unionen är bunden av artikel 15 WPPT i vilken det föreskrivs en rätt till skälig ersättning för indirekta överföringar. Unionen kan inte åberopa något undantag eller någon inskränkning med avseende på denna bestämmelse. Artikel 15.3 WPPT är inte tillämplig. I denna bestämmelse föreskrivs att en fördragspart genom meddelande till WIPO:s generaldirektör får förklara att den avser tillämpa bestämmelserna om rätt till skälig ersättning i artikel 15.1 WPPT endast med avseende på vissa utnyttjanden, eller att den avser att begränsa tillämpningen av bestämmelserna på annat sätt eller att den inte alls avser att tillämpa dem. Inte heller artikel 16 WPPT kan åberopas. Punkt 1 i denna bestämmelse ger endast fördragsparterna möjlighet att ha samma inskränkningar i eller undantag från skyddet för rättigheter som de som finns i deras nationella lagstiftning för skydd av upphovsrätt. Det är alltså inte en bestämmelse som möjliggör en självständig inskränkning och undantag endast för närstående rättigheter. Inte heller punkt 2 i denna bestämmelse kan i sig utgöra grund för inskränkningar eller undantag, då den nämligen inte innehåller någon sådan möjlighet, utan snarare begränsar fördragsparternas utrymme för skönsmässiga bedömningar beträffande undantag och inskränkningar som föreskrivs i WPPT.

142. Slutsatsen i denna del blir att även kommissionens argument avseende medlemsstaternas utrymme för skönsmässiga bedömningar ska avfärdas.

39 — Se ovan punkt 78 i detta förslag till avgörande.

iv) Inverkan av en radio- och TV-avgift

143. Vad slutligen gäller den grekiska regeringens hänvisning till att en radio- och TV-avgift måste erläggas i vissa medlemsstater, bland annat av hotell, övertygar inte detta argument som sådant. I den mån en sådan avgift inte bidrar till den skäliga ersättningen till utövande konstnärer och fonogramframställare, utan andra ändamål, såsom exempelvis finansieringen av offentligrättsliga radio- och TV-erbjudanden, kan ett åberopande av en sådan avgift nämligen inte vara till men för utövande konstnärer och fonogramframställare.

v) Slutsats

144. Artikel 8.2 i direktiv 2006/115 ska därmed tolkas så, att i ett fall där en radio- eller TV-kanal redan har erlagt en skälig ersättning för att använda fonogrammet i sändningen måste hotellet, som ger sina gäster tillgång till radio- och TV-sändningar på hotellrummen och därmed indirekt återger de i sändningarna använda fonogrammen för allmänheten, också erlægga en skälig ersättning för användningen av fonogrammet.

3. Slutsats

145. Jag konstaterar sammanfattningsvis att artikel 8.2 i direktiv 2006/115 ska tolkas så att ett hotell, som i hotellrummen installerat TV- och/eller radioapparater till vilka hotellet överför en signal, är skyldigt att erlægga skälig ersättning på grund av sin indirekta återgivning för allmänheten av de fonogram som används i sändningarna, även när radio- och TV-sändningsföretagen för sin del redan har erlagt en skälig ersättning för sin användning av dessa fonogram.

## VIII – Den tredje tolkningsfrågan

146. Den nationella domstolen har ställt sin tredje tolkningsfråga för att få klarhet i huruvida medlemsstaterna har rätt enligt artikel 10.1 a i direktiv 2006/115 att undanta hotell från skyldigheten att erlægga ”en enda skälig ersättning”. Detta skulle förutsätta att det vid den indirekta återgivningen för allmänheten av fonogram via radio- och TV-apparater rör sig om ”enskilt bruk” i den mening som avses i denna bestämmelse.

### A – Parternas huvudsakliga argument

147. Enligt *klagandens i det nationella målet* uppfattning är artikel 10.1 a i direktiv 2006/115 inte tillämplig i ett fall som det förevarande. Som framgår av domstolens praxis i domen i det ovannämnda målet SGAE mot Rafael Hoteles är det i ett sådant fall inte fråga om något enskilt bruk i den mening som avses i denna bestämmelse. Hotellet använder dessa fonogram i näringsverksamheten eftersom det återger dem för allmänheten i kommersiellt syfte. Huruvida hotellgästens användning sker för enskilt bruk, och var användningen sker är irrelevant. Artikel 10 i direktiv 2006/115, vilken i egenskap av undantagsbestämmelse ska tolkas snävt, medger hursomhelst endast inskränkningar i anspråket på skälig ersättning och utgör därmed inte ett så omfattande undantag som den irländska bestämmelsen. Vidare uppfyller denna bestämmelse inte förutsättningarna enligt det i artikel 10.3 i direktivet föreskrivna trestegstestet.

148. Enligt den *irländska* och den *grekiska regeringen* samt *kommissionen* tillåter artikel 10.1 a i direktiv 2006/115 att en medlemsstat föreskriver ett sådant undantag som det i den irländska bestämmelsen. Den irländska och den grekiska regeringen har inledningsvis hänvisat till att hotellgästens användning av radio- och TV-apparater på hotellrummet sker för enskilt bruk, eftersom hotellrummet hör till den grundlagsskyddade privata sfären. Enligt den irländska regeringen ska sikte tas på de enskilda tittarna i de enskilda rummen. Domen i det ovannämnda målet SGAE mot Rafael Hoteles är inte tillämplig

på förevarande fall. Domstolen fann under alla omständigheter i den domen att hotellrummet mycket väl kan vara av privat natur samtidigt som det sker en återgivning för allmänheten. Kommissionen har i det sammanhanget anfört att direktiv 2006/115 saknar en definition av begreppet enskilt bruk, varför det står en medlemsstat fritt att definiera vissa platser som privata i den mening som avses i artikel 10.1 i direktiv 2006/115. Enligt den irländska regeringen och kommissionen utgör inte heller trestegstestet enligt artikel 10.3 i direktiv 2006/115 något hinder för en tillämpning av artikel 10.1 a.

## B – Rättslig bedömning

149. I artikel 10.1 a i direktiv 2006/115 föreskrivs att medlemsstaterna får föreskriva inskränkningar i de rättigheter som avses i kapitel 2 i direktivet, till vilka även rätten till skälig ersättning enligt artikel 8.2 i direktiv 2006/115 hör, när det gäller enskilt bruk.

150. Denna bestämmelse ska tolkas så, att skyldigheten enligt artikel 8.2 i direktiv 2006/115 för ett hotell att erlagga en skälig ersättning för återgivning för allmänheten av fonogram inte får inskränkas i ett fall som det förevarande.

151. Inom ramen för artikel 10.1 a i direktiv 2006/115 kommer det nämligen an på den aktuella användningen. Avgörande är vidare om den aktuella användningen sker för enskilt bruk eller för allmänheten, medan det saknar betydelse huruvida platsen för denna användning är offentlig eller privat.<sup>40</sup>

152. Den användning av fonogrammet som här föranlett anspråket på skälig ersättning enligt artikel 8.2 i direktiv 2006/115 avser hotellets användning i form av återgivning för allmänheten. Jag kan därför inte se att denna användning skulle kunna omfattas av undantaget i artikel 10.1 a i direktiv 2006/115, eftersom hotellets användning i form av en återgivning för allmänheten svårigen samtidigt skulle kunna anses som hotellets utnyttjande för enskilt bruk. Begreppen ”enskilt” och ”allmänheten” utgör nämligen utan tvivel varandras motsatser.<sup>41</sup>

153. Huruvida hotellgästens beteende på hotellrummet ska anses utgöra användning för enskilt bruk saknar betydelse i förevarande fall. Här rör det sig inte om tillämpningen av artikel 10.1 a i direktivet på en hotellgästs utnyttjande, utan om hotellets utnyttjande. I ett fall som det förevarande kan nämligen hotellets utnyttjande av fonogrammet utgöra en återgivning för allmänheten, medan det däremot för hotellgästen är fråga om enskilt bruk. Så tycks även domstolens resonemang i domen i det ovan nämnda målet SAGE mot Rafael Hoteles vara att förstå, där den trots hänvisningen till att hotellrummen var av privat karaktär ändå fann att det var fråga om en överföring till allmänheten.<sup>42</sup>

154. Mot en sådan tolkning av artikel 10.1 a i direktiv 2006/115 kan inte anföras att denna bestämmelse därmed förlorar all betydelse i praktiken. Bestämmelsen behåller snarare ett självständigt tillämpningsområde, särskilt beträffande utnyttjanden som inte består i återgivning för allmänheten, utan i annat utnyttjande såsom exempelvis upptagning i den mening som avses i artikel 7 i direktiv 2006/115.

155. Slutligen avfärdas även kommissionens ståndpunkt att avsaknaden av legaldefinition av begreppet utnyttjande för enskilt bruk i artikel 10.1 a i direktiv 2006/115 medför att medlemsstaterna fritt kan definiera vissa platser som privata i den mening som avses i denna bestämmelse. För det första handlar det i fråga om begreppet enskilt bruk i den mening som avses i artikel 10.1 a om ett

40 — Se Mahr, F. E., ”Die öffentliche Wiedergabe von Rundfunksendung im Hotelzimmer“, *Medien und Recht* 2006, s. 372 och följande sidor, s. 376, som hänvisar till att det inte är platsen för återgivningen som är avgörande, utan själva användningen. Huruvida platsen är privat eller offentlig bestäms nämligen av tekniska tillfälligheter i det enskilda fallet.

41 — Denna uppfattning företräds även i fråga om det begreppspar som är tillämpligt på folkrättslig nivå, se Ricketson, S., Ginsburg, J., *International Copyright and Neighbouring Rights*, band I, Oxford, 2:a upplagan 2006, punkt. 12.02, särskilt beträffande Bernkonventionen.

42 — (Ovan fotnot 4), punkterna 50–54.

självständigt unionsrättsligt begrepp som ska tolkas enhetligt inom hela unionen.<sup>43</sup> Avsaknaden av en legaldefinition i direktivet leder således inte utan vidare till att medlemsstaterna har ett utrymme för eget skön när det gäller fastställandet av innehållet i begreppet enskilt bruk. Som redovisats ovan är det här inte heller fråga om att bestämmelsen är så allmänt hållen att medlemsstaterna vid utfyllandet av den unionsrättsliga ramen har ett stort utrymme för skönmässiga bedömningar. Begreppet enskilt bruk är tvärtom lika skarpt avgränsat som begreppet återgivning för allmänheten, eftersom begreppen enskilt och allmänheten utesluter varandra.

156. Slutsatsen blir att artikel 10.1 a i direktiv 2006/115 ska tolkas så, att ett hotell, för det fall det återger fonogram för allmänheten, inte enligt denna bestämmelse kan undantas från sin skyldighet att erlagga skälig ersättning, eftersom hotellet i ett sådant fall inte utnyttjar fonogrammet för enskilt bruk.

## IX – Den fjärde tolkningsfrågan

157. Den nationella domstolen har ställt sin fjärde tolkningsfråga för att få klarhet i huruvida ett hotell som i hotellrummen tillhandahåller apparater (av annat slag än radio- och TV-apparater) och fonogram i fysisk eller digital form, vilka kan spelas upp med hjälp av en sådan apparat, utgör en "användare" som använder fonogrammet till "återgivning för allmänheten" i den mening som avses i artikel 8.2 i direktiv 2006/115.

### A – Parternas huvudsakliga argument

158. Enligt *klaganden i det nationella målet* ska denna fråga besvaras jakande. Enligt domstolens praxis genomför ett hotell i ett sådant fall en återgivning för allmänheten till hotellgästerna, vilka annars inte skulle ha haft tillgång till dessa fonogram. Det rör sig i detta fall inte om enbart ett tillhandahållande av de fysiska förutsättningarna för att möjliggöra en återgivning, vilka enligt skäl 27 i direktiv 2001/29 inte betraktas som någon överföring.

159. Enligt den *irländska* och den *grekiska regeringen* samt *kommissionen* ska denna fråga besvaras nekande. Den grekiska regeringen har hänvisat till vad den anfört beträffande den första tolkningsfrågan. Den irländska regeringen och kommissionen anser att det inte är fråga om återgivning för allmänheten när ett hotell tillhandahåller hotellgästerna uppspelningsapparater och fonogram och att vederbörande därmed inte utgör någon användare som ska erlagga ersättning enligt artikel 8.2 i direktiv 2006/115.

### B – Rättslig bedömning

160. Den nationella domstolen har ställt sin fjärde tolkningsfråga för att få klarhet i huruvida ett hotell, som ställer uppspelningsapparater för fonogram och därtill hörande fonogram i fysisk eller digital form till förfogande för sina gäster, ska erlagga skälig ersättning enligt artikel 8.2 i direktiv 2006/115. Nämnda domstol har i sin begäran om förhandsavgörande förklarat att det inte är fråga om fall av interaktiv överföring eller överföring *on demand*. Också i detta sammanhang blir frågan huruvida hotellet i det fallet använder fonogram för en återgivning för allmänheten. Jag ska i det följande inledningsvis behandla begreppet återgivning (1), innan jag befattar mig med begreppet allmänheten (2).

43 — Se punkt 78 och följande punkter i detta förslag till avgörande.

## 1. Begreppet återgivning

161. Som jag redovisat ovan,<sup>44</sup> föreligger en återgivning i den mening som avses i artikel 8.2 i direktiv 2006/115 när en direkt eller indirekt överföring av toner som registrerats i ett fonogram eller framställningen av toner på annan väg än genom sändning, varvid detta även omfattar att toner som registrerats i ett fonogram eller framställningar av toner görs hörbara.<sup>45</sup>

162. Dessa förutsättningar för en återgivning i den mening som avses i artikel 8.2 i direktiv 2006/115 tycks mig i ett fall som det förevarande, där hotellet tillhandahåller hotellgästerna såväl uppspelningsapparater som de därtill hörande fonogrammen, vara uppfyllda.

163. Kommissionen har i detta sammanhang anført att begreppet återgivning för allmänheten i den mening som avses i artikel 8.2 i direktiv 2006/115 i princip inte får ges en vidare tolkning än begreppet överföring till allmänheten i artikel 3.1 i direktiv 2001/29. Det ska beaktas att unionslagstiftaren hade velat införa en högre skyddsnivå för upphovsrätter än för fonogramframställarens och de utövande konstnärernas närstående rättigheter, varför det skulle strida mot systemet att ge fonogramframställare och utövande konstnärer enligt artikel 8.2 i direktiv 2006/115 längre gående rättigheter än upphovsmän enligt artikel 3.1 i direktiv 2001/29. Av denna anledning ska skälen 23 och 27 i direktiv 2001/29 beaktas.

164. Skäl 27 i direktiv 2001/29 utgör visserligen inte något hinder mot en återgivning i förevarande fall. Skälet ska nämligen förstås så, att personer som ställer uppspelningsapparater till förfogande, utan att samtidigt ha kontroll över tillgången till upphovsrättsligt skyddade verk, inte därmed genomför någon återgivning för allmänheten. Detta är exempelvis fallet vid försäljning av TV- eller radioapparater eller när en Internetleverantör endast tillhandahåller en tillgång till internet. I ett fall som det förevarande ställer hotellet dock inte endast uppspelningsapparater till förfogande utan även därtill hörande fonogram och ger därmed hotellgästerna riktad tillgång till de i fonogrammen lagrade tonerna.

165. Slutsatsen blir att ett hotell som förutom uppspelningsapparater även ställer därtill hörande fonogram till hotellgästernas förfogande, gör de i fonogrammen lagrade upphovsrättsligt skyddade verken tillgängliga och fonogrammen hörbara, varför en överföring till allmänheten enligt artikel 3.1 i direktiv 2001/29 respektive en återgivning för allmänheten enligt artikel 8.2 i direktiv 2006/115 föreligger.

## 2. Begreppet allmänheten

166. Som redovisats ovan,<sup>46</sup> ska begreppen allmänheten i artikel 3.1 i direktiv 2001/29 respektive artikel 8.2 i direktiv 2006/115 i princip tolkas lika, varför de kriterier som domstolen utarbetade i sin dom i det ovannämnda målet SGAE mot Rafael Hoteles är tillämpliga.

167. Också överlämnandet av uppspelningsapparater och fonogram i fysisk eller digital form innebär att fonogrammet återges för en ny publik, vilket med avseende på hotellgäster, vilka snabbt avlöser varandra, medför en kumulativ verkan och därmed leder till ett tillgängliggörande av stor omfattning.

168. Sakomständigheterna är också i övrigt jämförbara med de sakomständigheter som förelåg i det målet, eftersom ett hotell som har full kännedom om följderna av sitt handlande när det ger gästerna tillgång till de skyddade verken strävar efter att bereda en vidare krets underhållning. Vidare utgör även i förevarande fall tillgängliggörandet av verken en ytterligare tjänst som tillhandahålls för att vinna viss nytta därav, och som därmed kan inverka på priset för rummet.

44 — Se punkterna 85–89 i detta förslag till avgörande.

45 — Se punkt 89 i detta förslag till avgörande.

46 — Se punkterna 94–110 i detta förslag till avgörande.

169. Inte heller skäl 23 i direktiv 2001/29 kan åberopas som argument mot antagandet om återgivning för allmänheten i den mening som avses i artikel 8.2 i direktiv 2006/115.

170. Syftet med detta skäl är för det första endast att klargöra att direkta uppföranden och framföranden av verket inte ska omfattas av begreppet överföring till allmänheten i den mening som avses i artikel 3.1 i direktiv 2001/29.<sup>47</sup> Förevarande mål avser inte något direkt uppförande eller framförande av ett verk.

171. För det andra kan denna tanke i vilket fall som helst inte överföras på återgivningen av ett fonogram för allmänheten i den mening som avses i artikel 8.2 i direktiv 2006/115. Begreppet återgivning i den mening som avses i artikel 8.2 i direktiv 2006/115 ska nämligen tolkas med beaktande av det specifika sammanhang i vilket denna bestämmelse ingår och därmed med beaktande av artikel 15 jämförd med artikel 2 g WPPT. Enligt detta föreligger en återgivning av fonogram när de toner som registrerats i ett fonogram görs hörbara för allmänheten. Med denna definition har parterna i WPPT-fördraget sökt klargöra att en överföring till allmänheten i den mening som avses i artikel 15 WPPT även föreligger när återgivningen av fonogrammet sker för en allmänhet som befinner sig på den plats där fonogrammet överförs.<sup>48</sup>

172. För en mera ingående diskussion angående betydelsen av skäl 23 i direktiv 2001/29 för begreppet återgivning för allmänheten i den mening som avses i artikel 8.2 i direktiv 2006/115, hänvisar jag till punkterna 90–109 och 114–125 i mitt förslag till avgörande i mål C-135/10, SCF.

173. Därmed sker återgivningen för allmänheten även i ett fall som det förevarande.

### 3. Begreppet användare

174. Som redovisats ovan,<sup>49</sup> ska var och en som återger fonogrammet för allmänheten i den mening som avses i artikel 8.2 i direktiv 2006/115 anses som användare i den mening som avses i denna bestämmelse.

### 4. Slutsats

175. Slutsatsen blir därmed att ett hotell som ställer uppspelningsapparater för fonogram och därtill hörande fonogram i fysisk eller digital form till gästernas förfogande på hotellrummen, använder dessa fonogram för återgivning för allmänheten i den mening som avses i artikel 8.2 i direktiv 2006/115, varför vederbörande ska erläggas skälig ersättning för detta enligt artikel 8.2 i direktiv 2006/115.

## X – Femte tolkningsfrågan

176. Den nationella domstolen har ställt sin femte tolkningsfråga för att, för det fall den fjärde tolkningsfrågan ska besvaras jakande, få klarhet i huruvida medlemsstaterna har rätt enligt artikel 10 i direktiv 2006/115 att undanta ett hotell från skyldigheten att erlægga ”en enda skälig ersättning”, eftersom det är fråga om ”enskilt bruk” i den mening som avses i artikel 10.1 a i direktiv 2006/115.

47 — Se meddelande från kommissionen till Europaparlamentet enligt artikel 251.2 andra stycket i EG-fördraget om gemensam ståndpunkt antagen av rådet inför antagandet av Europaparlamentets och rådets direktiv om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället, SEK(2000) 1734 slutlig.

48 — Lewinsky, S., *International Copyright and Policy*, Oxford University Press 2008, s. 481.

49 — Se punkterna 114–117 i detta förslag till avgörande.



## A – Parternas huvudsakliga argument

177. *Klaganden i det nationella målet* anser att denna fråga ska besvaras nekande av samma skäl som dem som nämnts avseende den tredje tolkningsfrågan. Enligt den *irländska* och den *grekiska regeringen* ska denna fråga besvaras jakande. Den irländska regeringen har anfört att det i ett fall som det förevarande rör sig om enskilt bruk. Den grekiska regeringen har hänvisat till de argument som anförts inom ramen för den tredje frågan. Enligt *kommissionens* uppfattning saknas med hänsyn till svaret på den fjärde tolkningsfrågan skäl att behandla den sista frågan.

## B – Rättslig bedömning

178. Den femte tolkningsfrågan ska besvaras nekande. Redan av vad som anförts beträffande den tredje frågan framgår att begränsningen avseende enskilt bruk enligt artikel 10.1 a i direktiv 2006/115 inte kan bli tillämplig i det fallet där ett utnyttjande i form av en återgivning för allmänheten föreligger.

## XI – Förslag till avgörande

179. Mot bakgrund av vad som redovisats ovan föreslår jag att domstolen besvarar de tolkningsfrågor som ställts på följande sätt:

1. Artikel 8.2 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/115/EG av den 12 december 2006 om uthyrnings- och utlåningsrättigheter avseende upphovsrättsligt skyddade verk och om upphovsrätten närstående rättigheter (kodifierad version) och artikel 8.2 i rådets direktiv 92/100/EEG av den 19 november 1992 om uthyrnings- och utlåningsrättigheter och vissa upphovsrätten närstående rättigheter inom det immaterialrättsliga området ska tolkas så att ett hotell eller en gästrumsupplåtare, som i rummen installerar TV-apparater och/eller radioapparater till vilka vederbörande överför en signal, använder de fonogram som spelas upp i sändningarna för en indirekt återgivning för allmänheten.
2. I ett sådant fall är medlemsstaterna i samband med införlivandet av direktiv 2006/115 respektive direktiv 92/100 skyldiga att föreskriva en rätt till skälig ersättning från hotellet eller gästrumsupplåtaren även för det fall att radio- och TV-sändningsföretaget redan har erlagt en skälig ersättning för användningen av fonogrammet i sina sändningar.
3. Artikel 8.2 i direktiv 2006/115 respektive artikel 8.2 i direktiv 92/100 ska tolkas så, att ett hotell som i hotellrummen ställer andra slags uppspelningsapparater för fonogram än TV- eller radioapparater och därtill hörande fonogram i fysisk eller digital form till gästernas förfogande, vilka kan spelas upp eller avlyssnas med en sådan apparat, använder dessa fonogram för återgivning för allmänheten.
4. Artikel 10.1 a i direktiv 2006/115 respektive artikel 10.1 a i direktiv 92/100 ska tolkas så, att ett hotell eller en gästrumsupplåtare som använder ett fonogram för återgivning för allmänheten inte utnyttjar detta för enskilt bruk, och ett undantag från rätten till skälig ersättning enligt artikel 8.2 i direktiv 2006/115 kan inte heller göras när gästens användning på rummet utgör enskilt bruk.