



Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
PEDRO CRUZ VILLALÓN
föredraget den 9 januari 2014¹

Mål C-435/12

**ACI Adam BV,
Alpha International BV,
AVC Nederland BV,
BAS Computers & Componenten BV,
Despec BV,
Dexxon Data Media and Storage BV,
Fuji Magnetics Nederland,
Imation Europe BV,
Maxell Benelux BV,
Philips Consumer Electronics BV,
Sony Benelux BV,
Verbatim GmbH**

mot

**Stichting de Thuis kopie,
Stichting Onderhandelingen Thuis kopie vergoeding**

(begäran om förhandsavgörande från Hoge Raad der Nederlanden (Nederländerna))

”Immateriell rätt — Upphovsrätt och närstående rättigheter — Direktiv 2001/29/EG — Harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället — Ensamtillstånd till mångfaldigande — Artikel 5.2 b — Artikel 5.5 — Undantag och inskränkningar — Undantag för privatkopiering — Tillämpningsområde — Mångfaldigande från en olaglig källa — Avgift för privatkopiering — Direktiv 2004/48/EG — Säkerställande av skyddet för immateriella rättigheter — Artikel 14 — Kostnader för förfarandet — Tillämpningsområde”

1. Domstolen har i förevarande mål förelagts en rad nya tolkningsfrågor som främst rör tolkningen av Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/29/EG av den 22 maj 2001 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället² och särskilt artikel 5.2 b i det direktivet. Enligt denna bestämmelse har medlemsstaterna rätt att införa ett undantag för privatkopiering från den ensamtillstånd till mångfaldigande som innehavare av upphovsrätt och närstående rättigheter³ tillerkänns.

1 — Originalspråk: franska.

2 — L 167, s. 10. Se, bland annat, dom av den 21 oktober 2010 i mål C-467/08, Padawan (REU 2010, s. I-10055), av den 16 juni 2011 i mål C-462/09, Stichting de Thuis kopie (REU 2011, s. I-5331), av den 9 februari 2012 i mål C-277/10, Luksan, av den 26 april 2012 i mål C-510/10, DR och TV2 Danmark, och av den 27 juni 2013 i de förenade målen C-457/11-C-460/11, VG Wort m.fl.

3 — Nedan kallade rättighetsinnehavarna.

2. Den hänskjutande domstolens huvudfråga i begäran om förhandsavgörande avser närmare bestämt huruvida undantaget för privatkopiering kan tillämpas endast på mångfaldigande från lagliga källor och därutöver huruvida avgiften för privatkopiering endast kan beräknas och tas ut vad gäller mångfaldigande från lagliga källor.⁴

3. Det handlar således om en fråga om tolkningen av direktiv 2001/29⁵ som flera nationella domstolar har ställt, vilken i vissa medlemsstater har avgjorts av den nationelle lagstiftaren⁶ och i andra medlemsstater av den eller de nationella domstolarna.⁷ Frågan har ännu inte besvarats av domstolen,⁸ den är fortfarande kontroversiell i doktrinen⁹ och följaktligen betydelsefull.

4. Frågans betydelse ökar genom att undantaget för privatkopiering, av några av parterna i målet vid den nationella domstolen och av vissa författare, har beskrivits som ett sätt att kompensera de skador som orsakats rättsinnehavaren genom otillåten spridning av skyddade verk och alster på internet, åtminstone i avsaknad av tekniska möjligheter att på ett effektivt sätt bekämpa ”piratkopiering”.

I – Tillämpliga bestämmelser

A – Folkrätten

5. Tre internationella konventioner är relevanta för lösningen av tvisten vid den nationella domstolen. Den första och viktigaste av dem är Bernkonventionen för skydd av litterära och konstnärliga verk av den 9 september 1886, senast ändrad genom Parisakten av den 24 juli 1971, i ändrad version av den 28 juli 1979 (nedan kallad Bernkonventionen).^{10 11}

4 — Det bör understrykas att mycket likartade frågor har ställts i två andra mål som för närvarande är anhängiga vid domstolen, nämligen tolkningsfråga 2 i mål C-314/12, UPC Telekabel Wien och tolkningsfråga 1 f i mål C-463/12, Copydan Båndkopi. I det förstnämnda målet fann jag att det inte var nödvändigt att besvara denna fråga för att den hänskjutande domstolen skulle kunna avgöra tvisten vid den nationella domstolen. Förhandlingen i det andra målet kommer att äga rum den 16 januari 2014 och därefter åtföljas av mitt förslag till avgörande.

5 — Frågan har även väckts utanför Europeiska unionen. Se, exempelvis, dom meddelad av Federal Court of Canada den 31 mars 2004 i mål BMG Canada Inc mot Doe, 2004 FC 488, [2004] 3 FCR 241, i vilken denna domstol uttalade sig för en tillämpning av undantaget för enskilt bruk på fildelning på Internet och närmare bestämt på nedladdning av verk genom P2P-nätverk. Detta avgörande motsägs emellertid av Kanadas federala appellationsdomstols dom av den 19 maj 2005 i mål BMG Canada inc mot Doe, 2005 FCA 193, [2005] 4 RCF 81, § 50-52.

6 — I vissa medlemsstater (Konungariket Danmark, Förbundsrepubliken Tyskland, Konungariket Spanien, Republiken Italien, Republiken Portugal, Republiken Finland och Konungariket Sverige) utesluter nämligen den lag som säkerställer införlivandet av direktiv 2001/29 att undantaget för privatkopiering tillämpas på mångfaldigande från olagliga källor. Se Westkamp, G., *The Implementation of Directive 2001/29/EC in the Member States*, Part II, februari 2007 (http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/studies/infosoc-study-annex_en.pdf); Commission Staff Working Document, Report to the Council, the European Parliament and the Economic and Social Committee on the Application of Directive 2001/29/EC on the harmonization of certain aspects of copyright and related rights in the information society, 30 november 2007, SEC (2007) 1556. I Irland och Förenade kungariket existerar inte något undantag för privatkopiering. Angående situationen i Förenade kungariket, se Torremans, P. L. C., *L'exception de copie privée au Royaume-Uni*, i Lucas, A., m.fl. *Les exceptions au droit d'auteur - États des lieux et perspectives dans l'Union européenne*, Dalloz, 2012, s. 95.

7 — Angående Frankrike, se särskilt dom meddelad av Conseil d'État den 11 juli 2008 i mål nr 298779, Syndicat de l'industrie de matériels audiovisuels, ECLI:FR:CESSR:2008:298779.20080711; RIDA, juli 2008, nr 217, s. 279. Angående följderna av denna dom, se Sirinelli, P., *Chronique de jurisprudence*, RIDA, januari 2013, nr 235, s. 275. För en översikt av rättspraxis från tvistemålsdomstolar, se Thoumyre, L., *Peer-to-peer: l'exception pour copie privée s'applique bien au téléchargement*, *Revue Lam de l'immatériel*, juli-augusti 2005, s. 23.

8 — Se, emellertid, punkt 78 i förslag till avgörande av generaladvokat Trstenjak av den 11 maj 2010 i det ovan nämnda målet Padawan.

9 — För ett spektrum av ståndpunkter och argument se, bland annat, Colin, C., *Étude de faisabilité de systèmes de licences pour les échanges d'œuvres sur Internet, Rapport pour la SACD/SCAM* – Belgien 16 september 2011, CRIDS (http://www.crids.eu/recherche/publications/textes/synthese-sacd-scam.pdf/at_download/file), och More, K., *Les dérogations au droit d'auteur - L'exception de copie privée*, Presses universitaires de Rennes, 2009, s. 101.

10 — I synnerhet är artikel 9.1 och 9.2 i konventionen relevanta vilka definierar upphovsmannens ensamrätt att återge skyddade litterära och konstnärliga verk och undantagen härifrån.

11 — Enligt artikel 5.1 b i protokoll nr 28 om immaterialrätt till avtalet om Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (EGT L 1, 3.1.1994, s. 194, nedan kallat EES-avtalet) har de fördragsslutande parterna förbundit sig att före den 1 januari 1995 ansluta sig till Bernkonventionen. Se även punkt 1 i rådets resolution av den 14 maj 1992 om förbättring av skyddet för upphovsrätten och närstående rättigheter (EGT C 138, s. 1). Vad gäller domstolens konstaterande av ett åsidosättande av denna anslutningsskyldighet, se domstolens dom av den 19 mars 2002 i mål C-13/00, kommissionen mot Irland (REG 2002, s. I-2943).

6. De övriga två är dels avtalet om handelsrelaterade aspekter av immaterialrätter (TRIPS), vilket utgör bilaga 1 C till avtalet om upprättande av Världshandelsorganisationen (WTO) som ingicks i Marrakech och godkändes genom rådets beslut 94/800 EG av den 22 december 1994 om ingående, på Europeiska gemenskapens vägnar – vad beträffar frågor som omfattas av dess behörighet – av de avtal som är resultatet av de multilaterala förhandlingarna i Uruguayrundan (1986-1994)¹² och dels Världshandelsorganisationens för den intellektuella äganderätten fördrag om upphovsrätten som godkändes genom 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 fonogram¹³ vars bestämmelser hänvisar till Bernkonventionen.¹⁴

B – Unionsrätten

7. Den hänskjutande domstolens frågor avser tolkningen av artikel 5.2 b och 5.5 i direktiv 2001/29¹⁵, samt Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/48/EG av den 29 april 2004 om säkerställande av skyddet för immateriella rättigheter,¹⁶ särskilt artikel 14 i detta direktiv. De relevanta bestämmelserna kommer vid behov att citeras längre fram i denna framställning.

C – Nederländsk rätt

8. Artikel 1 i den nederländska upphovsrättslagen (Auteurswet) ger upphovsmannen till ett litterärt, vetenskapligt eller konstnärligt verk eller den som förvärvat dennes rätt uteslutande rätt att bland annat mångfaldiga verket, med förbehåll för de inskränkningar som föreskrivs i lagen. Upphovsrättslagen innehåller bestämmelser om ett undantag för privatkopiering och om en rimlig kompensation i form av en avgift för privatkopiering.

9. Artikel 16 c.1 i upphovsrättslagen som utgör införlivandet av artikel 5.2 b i direktiv 2001/29 har följande lydelse:

”Mångfaldigande helt eller delvis av ett verk via ett medium som är avsett att återge ett verk anses inte utgöra intrång i upphovsrätten till litterära, vetenskapliga och konstnärliga verk om mångfaldigandet sker utan att ett direkt eller indirekt kommersiellt syfte föreligger och uteslutande för egen övning, studier eller för enskilt bruk av den fysiska person som genomför mångfaldigandet”.

10. I artikel 16 c.2 i upphovsrättslagen föreskrivs följande:

”För sådant mångfaldigande som avses i [artikel 16 c.1] ska en rimlig kompensation erläggas till förmån för upphovsmannen eller dennes rättsinnehavare. Skyldigheten att erlagga kompensation åvilar tillverkaren eller importören av sådana medier som avses i första punkten”.

12 — EGT L 336, s. 1; svensk specialutgåva, område 11, volym 38 s. 3 (nedan kallat TRIPS-avtalet).

13 — EGT L 89, s. 6; svensk specialutgåva, område 5, volym 6, s. 60, nedan kallat WCT.

14 — Artikel 9.1 i TRIPS-avtalet hänvisar till Bernkonventionen och artikel 13 i TRIPS-avtalet återger väsentligen ordalydelsen i artikel 9 i Bernkonventionen. Artikel 1.4 i WCT hänvisar också till Bernkonventionen och artikel 10 i WCT återger innehållet i artikel 9 i Bernkonventionen. Se även, i bilagan till WCT, de gemensamma förklaringar som diplomatkonferensen antog den 20 december 1996.

15 — Som ska läsas särskilt mot bakgrund av skälen 21, 22, 32, 38, 39, 44 och 52 i samma direktiv.

16 — EUT L 157, s. 45, rättelser i EUT L 195, 2.6.2004, s. 16 och i EUT L 204, 4.8.2007, s. 27.

11. I artikel 1019 h i den nederländska civilprocesslagen som utgör ett införlivande av artikel 14 i direktiv 2004/48/EG anges följande:

”I den mån det behövs ska, med undantag från första boken, andra rubriken, tolfte avdelningen, andra punkten i artikel 843 a.1, den förlorande parten förpliktas att bära rimliga och proportionerliga kostnader för förfarandet och andra kostnader som har åsamkats den vinnande parten om det inte är oskäligt.”

II – Bakgrund till tvisten i målet vid den nationella domstolen

12. Motparter i målet vid den nationella domstolen (nedan kallade motparterna) är dels Stichting de Thuiskopie som är en stiftelse med uppdrag att uppbära och fördela avgiften för privatkopiering enligt artikel 16 c.2 i upphovsrättslagen, dels Stichting Onderhandelingen Thuiskopie vergoeding¹⁷ som är en stiftelse med uppdrag att fastställa beloppet på avgiften för privatkopiering.

13. Klagandebolagen i målet vid den nationella domstolen (nedan kallade klagandena) importerar och/eller tillverkar medier avsedda för mångfaldigande av verk i den mening som avses i artikel 16 c.1 i upphovsrättslagen och de ska följaktligen erlägga avgiften för privatkopiering.

14. Då klagandena i målet vid den nationella domstolen anser att avgiften för privatkopiering uteslutande är avsedd att uppväga den nackdel som rättsinnehavaren har av mångfaldigande som faller under artikel 16 c.1 i upphovsrättslagen, väckte de talan mot Stichting de Thuiskopie och SONT vid Rechtbank te ‘s-Gravenhage och gjorde gällande att avgiften för privatkopiering inte ska beräknas med beaktande av den skada som uppkommit till följd av kopiering av verk från en olaglig källa i strid med upphovsrätten.

15. Rechtbank te ‘s-Gravenhage ogillade talan i dom av den 25 juni 2008.¹⁸

16. Efter det att målet överklagats till Gerechtshof te ‘s-Gravenhage ogillade även denna domstol talan genom dom av den 15 november 2010¹⁹ och fastställde att den rimliga compensationen enligt artikel 16 c.1 i upphovsrättslagen är avsedd att uppväga den nackdel som rättsinnehavare har av mångfaldigande som omfattas av nämnda bestämmelses tillämpningsområde.

17. Noteras bör att det framgår av begäran om förhandsavgörande att Gerechtshof te ‘s-Gravenhage konstaterade att varken artikel 5.2 b i direktiv 2001/29 eller artikel 16 c i upphovsrättslagen gör någon åtskillnad beroende på varifrån det mångfaldigade verket hämtats. Det framgår emellertid av förarbetena till upphovsrättslagen att artikel 16 c ska tolkas så, att kopiering från olagliga källor är tillåten så länge det saknas tekniska möjligheter att bekämpa olaglig privatkopiering. Det ansågs nämligen att ett system som inte förbjuder mångfaldigande från olagliga källor samtidigt som det föreskriver att en avgift för privatkopiering ska tas ut, bättre tillvaratar rättsinnehavarens intressen och inte oskäligt inkräktar på dem i den mening som avses i artikel 5.5 i direktiv 2001/29.

18. Klagandena överklagade denna dom som meddelats av Gerechtshof te ‘s-Gravenhage till Hoge Raad der Nederlanden. Stichting de Thuiskopie ingav också ett anslutningsöverklagande till Hoge Raad der Nederlanden.

17 — Nedan kallad SONT.

18 — Mål 246698/HA ZA 05-2233, LJN BD5690.

19 — Mål 200.018.226/01, LJN BO3982.

III – Tolkningsfrågorna och förfarandet vid domstolen

19. Hoge Raad der Nederlanden har mot denna bakgrund beslutat att vilandeförklara målet och att ställa följande tre tolkningsfrågor till domstolen:

- ”1. Ska artikel 5.2 b i direktiv 2001/29, för sig eller jämförd med artikel 5.5 i direktivet, tolkas så att inskränkningen där av upphovsrätten gäller mångfaldigande som uppfyller kraven i artikeln, oavsett huruvida den berörda fysiska personen rättsenligt, det vill säga utan åsidosättande av rättsinnehavarens upphovsrätt, förfogat över de exemplar av verket som använts för mångfaldigandet, eller gäller inskränkningen enbart mångfaldigande utifrån exemplar som den berörda personen fått tillgång till utan upphovsrättsintrång?
- 2 a) Om svaret på fråga 1 är det senare alternativet, kan då en tillämpning av ’trestegstestet’ i artikel 5.5 i direktiv 2001/29 motivera att tillämpningsområdet för inskränkningen i artikel 5.2 i direktivet utvidgas, eller kan en tillämpning av detta test endast medföra att räckvidden av inskränkningen begränsas?
- 2 b) Om svaret på fråga 1 är det senare alternativet, utgör då artikel 5 i [det ovannämnda direktivet] eller någon annan unionsrättslig bestämmelse hinder för en nationell bestämmelse, enligt vilken mångfaldigande som genomförs av en fysisk person för enskilt bruk utan direkt eller indirekt kommersiellt syfte medför rätt till rimlig kompensation, oavsett huruvida mångfaldigandet enligt artikel 5.2 i direktivet är tillåtet och även om den nationella bestämmelsen inte inkräktar på rättsinnehavarens ensamrätt och dennes anspråk på ersättning för skada?

Har det någon betydelse för svaret på den frågan, mot bakgrund av ’trestegstestet’ i artikel 5.5 i direktiv 2001/29, att teknisk utrustning för att bekämpa olovlig privatkopiering (ännu) inte finns tillgänglig?

3. Är direktiv 2004/48 tillämpligt i ett mål som det förevarande, där – efter det att en medlemsstat med stöd av artikel 5.2 b i direktiv 2001/29 har ålagt tillverkare och importörer av lagringsmedier ägnade och avsedda för mångfaldigande av verk att erlagga den rimliga kompensation som stadgas i denna bestämmelse och har bestämt att denna kompensation ska erläggas till en av medlemsstaten anvisad organisation som har till uppdrag att uppbära och fördela kompensationen – betalningspliktiga parter yrkar att rätten till nackdel för organisationen och mot dennas bestridande fastställer vissa omtvistade omständigheter som är av betydelse när det gäller att bestämma en rimlig kompensation?”

20. Klagandena i målet vid den nationella domstolen, Stichting de Thuiskopie, den nederländska, den italienska, den litauiska och den österrikiska regeringen samt kommissionen har inkommit med skriftliga yttranden.

21. Klagandena i målet vid den nationella domstolen, Stichting de Thuiskopie, den nederländska och den spanska regeringen samt kommissionen har även yttrat sig muntligen vid den offentliga förhandlingen den 9 oktober 2013.

IV – Inledande anmärkningar

22. Den hänskjutande domstolens första och andra fråga som är nära förbundna med varandra²⁰ består i realiteten av flera frågor som kräver några inledande anmärkningar och förtjänar att omformuleras och indelas i grupper.

20 — Den hänskjutande domstolen har själv angett att svaret på den andra frågan är subsidiärt och underordnat svaret på den första frågan.

23. Hoge Raad har i sin första fråga begärt att domstolen ska tolka direktiv 2001/29. Hoge Raad har i huvudsak önskat få klarhet i om undantaget för privatkopiering i artikel 5.2 b i direktiv 2001/29 är tillämpligt på alla typer av mångfaldigande oavsett om det skett från lagliga källor eller ej (alternativ ett), eller om undantaget endast kan tillämpas på mångfaldigande från lagliga källor (alternativ två). Den hänskjutande domstolen vill även få klarhet i huruvida artikel 5.5 i direktiv 2001/29 har någon inverkan på tolkningen av artikel 5.2 b.

24. Den hänskjutande domstolen har därefter i samband med den andra tolkningsfrågan ställt två andrahandsfrågor för det fall domstolen skulle tolka artikel 5.2 b i direktiv 2001/29 så, att artikeln endast är tillämplig på mångfaldigande från lagliga källor (alternativ två).

25. Hoge Raad vill först och främst få klarhet i [fråga 2 a], huruvida artikel 5.5 i direktiv 2001/29 som beskriver "trestegstestet" kan göra det möjligt att utvidga räckvidden av undantaget för privatkopiering i artikel 5.2 b i samma direktiv eller om den tvärtom endast kan begränsa undantagets räckvidd.

26. Hoge Raad har därefter väsentligen frågat domstolen [fråga 2 b], huruvida det är förenligt med unionsrätten, direktiv 2001/29 i sig eller någon annan rättsregel, att en nationell bestämmelse föreskriver att en rimlig kompensation ska erläggas för mångfaldigande som utförs av en fysisk person för enskilt bruk och helt i avsaknad av direkt eller indirekt kommersiellt syfte, oavsett om mångfaldigandet är lagligt eller ej.

27. Av skäl som jag kommer att redogöra för nedan, kan emellertid fråga 1 och fråga 2 a endast bli föremål för en sammantagen bedömning, då artikel 5.2 b och artikel 5 i direktiv 2001/29 är formellt och ouplösligt förbundna och endast kan förstås och tolkas med hjälp av en dynamisk jämförelse.

28. Jag ska således börja med att studera frågan huruvida artikel 5 i direktiv 2001/29 i sin helhet kan tolkas så, att avgiften för privatkopiering kan tas ut för mångfaldigande från olagliga källor, det vill säga från en källa som inte skapats, spridits eller överförts till allmänheten med rättsinnehavarens samtycke [fråga 1 och fråga 2 a].

29. Eftersom svaret på denna fråga enligt min mening måste vara nekande, ska jag därefter helt kort studera frågan huruvida artikel 5 i direktiv 2001/29 kan tolkas så, att en medlemsstat *likväl*²¹ kan besluta att ta ut en avgift för privatkopiering på mångfaldigande från olagliga källor. Svaret på denna andra fråga kan nämligen med lätthet härledas ur svaret på den första frågan.

30. Jag kommer slutligen att mycket kortfattat besvara den tredje fråga som den hänskjutande domstolen har ställt, vilken rör tolkningen av artikel 14 i direktiv 2004/48.

V – Frågan huruvida en avgift för privatkopiering kan tas ut på mångfaldigande från olagliga källor [fråga 1 och fråga 2 a].

A – Sammanfattning av yttrandena

31. Klagandena i målet vid den nationella domstolen, den spanska, den italienska och den litauiska regeringen samt kommissionen är ense om att undantaget för privatkopiering i artikel 5.2 b i direktiv 2001/29, mot bakgrund av direktivets ordalydelse, anda och ändamål, inte kan tillämpas på mångfaldigande från olagliga källor.

21 — Min kursivering.

32. För det första anges inte någon sådan möjlighet i artikel 5.2 b i det ovannämnda direktivet och eftersom bestämmelsen utgör ett undantag från den ensamrätt till mångfaldigande som garanteras i artikel 2 i direktiv 2001/29, måste den tolkas strikt och i jämförelse med artikel 5.5 i detta direktiv.

33. För det andra motsvarar en sådan restriktiv tolkning ändamålet med direktiv 2001/29, då en motsatt lösning skulle rubba den jämvikt som måste upprätthållas mellan de olika rättigheter och intressen som är i fråga. Den rimliga kompensation som anges i bestämmelsen kan endast gottgöra den skada som rättsinnehavaren lidit ”till följd av att undantaget för privatkopiering införts” och inte den skada som denne åsamkats till följd av att mångfaldigande skett från olagliga källor och än mindre den skada som uppkommit till följd av en spridning i tidigare led av olagliga kopior av dennes verk.

34. Även om kommissionen för övrigt har erkänt att denna restriktiva tolkning, under vissa förhållanden, paradoxalt nog, kan visa sig vara ogynnsam för rättsinnehavarna anser den emellertid att detta inte kan leda till att tolkningen ifrågasätts.

35. Svarandena i målet vid den nationella domstolen samt den nederländska och den österrikiska regeringen anser däremot att varken ordalydelsen eller systematiken i direktiv 2001/29 utesluter att medlemsstaterna tillämpar undantaget för privatkopiering på mångfaldigande från olagliga källor. Enligt dem ingår det tvärtom i syftet med direktivet och möjliggör att jämvikten upprätthålls mellan de rättigheter och intressen som tillerkänns å ena sidan rättsinnehavarna och å andra sidan brukarna av de skyddade verken och alstren.

36. De har härvidlag gjort gällande att det inte finns någon teknisk möjlighet att bekämpa privatkopiering från olagliga källor och att uttaget av en avgift för privatkopiering på sådant mångfaldigande bidrar till ett normalt utnyttjande av verken i den mening som avses i artikel 5.5 i direktiv 2001/29 och således utgör det bästa sättet att utan att motverka trestegstestet säkerställa skyddet för rättsinnehavarnas legitima intressen.

B – *Bedömning*

37. Det är med hänsyn till de mycket olika ståndpunkter som intagits av klagandena i målet vid den nationella domstolen, medlemsstaterna och kommissionen, vad gäller det huvudproblem som den hänskjutande domstolens två första frågor tar upp, lämpligt att inledningsvis erinra om innebörden i det undantag för privatkopiering och tillhörande rimliga kompensation som införts i artikel 5.2 b i direktiv 2001/29. Det går emellertid inte att särskilja denna bestämmelses tolkning från tolkningen av artikel 5.5 i direktivet.

1. Undantaget för privatkopiering enligt direktiv 2001/29

38. Enligt artikel 2 i direktiv 2001/29 åläggs medlemsstaterna en skyldighet att föreskriva en ensamrätt för innehavare av upphovsrätt och närstående rättigheter som avses i denna artikel att tillåta eller förbjuda direkt eller indirekt, tillfälligt eller permanent mångfaldigande, oavsett metod och form, helt eller delvis av skyddade alster, det vill säga deras verk, fonogram, filmer och utsändningar.

39. Artikel 5.2 b i samma direktiv öppnar emellertid en möjlighet för medlemsstaterna att föreskriva ett undantag från den ensamrätt till mångfaldigande som anges i artikel 2.

40. När en medlemsstat genomför undantaget för privatkopiering tillåter²² den att *fysiska* personer som innehar upphovsrätt eller närstående rättigheter till skyddade verk och alster mångfaldigar dem för *enskilt bruk*, varvid syftet *varken direkt eller indirekt får vara kommersiellt*.²³ I typfallet ska undantaget för privatkopiering göra det möjligt för förvärvaren av en CD-skiva att göra en kopia som han exempelvis kan lyssna till med hjälp av en portabel musikspelare.

41. Undantaget för privatkopiering påverkar i motsvarande mån rättsinnehavarnas monopol på mångfaldigande genom att dessa åsamkas en skada som de anses samtycka till mot en rimlig kompensation. Denna kompensation bedöms vara en adekvat ersättning för den skada som upphovsmännen till de skyddade verken lider till följd av att deras skyddade verk och alster mångfaldigas,²⁴ snarare än en inkomst.

42. Undantaget för privatkopiering måste således i dess egenskap av ”undantag förenat med skadestånd” innebära en skyldighet för medlemsstaterna att inte endast införa en rimlig kompensation för rättsinnehavaren utan även att säkerställa en effektiv uppbörd av den²⁵ och definitivt en skyldighet att fördela den mellan rättsinnehavarna.

43. Denna rimliga kompensation ska finansieras av den fysiska person som förorsakat skada för den som innehar ensamrätten till mångfaldigande, genom att för privat bruk utan kommersiellt syfte mångfaldiga ett skyddat verk eller alster utan föregående tillstånd från rättsinnehavaren.²⁶ Av praktiska skäl kan emellertid medlemsstaterna ta ut en avgift för privatkopiering av personer som i likhet med klagandena ställer de medier som de använder för att mångfaldiga verk och alster till förfogande för fysiska avgiftspliktiga personer. Emellertid måste det göras en ”skälig avvägning” mellan rättigheter och intressen hos å ena sidan upphovsmännen, vilka uppbär den rimliga kompensationen, och å andra sidan användarna av skyddade alster, så att den reella kostnaden för avgiften kan övervältras på användarna²⁷ och den inte enbart belastar de medier som ställs till dessas förfogande för deras privata bruk.²⁸

44. I ett sådant system bygger den rimliga kompensationen i själva verket på presumtionen att användarna av medier för mångfaldigande använder dessa för privatkopiering av skyddade verk och alster.

2. Inledande överväganden om artikel 5.2 b och 5.5 i direktiv 2001/29

45. Det är nödvändigt att, innan de frågor som väckts i detta mål får konkreta svar, undersöka sambandet mellan artikel 5.2 b och artikel 5.5 i direktiv 2001/29, eftersom den hänskjutande domstolen uttryckligen har frågat om de ska jämföras med varandra eller ej.

22 — Direktiv 2001/29 använder inte uttrycket ”rätt” till privatkopiering och avstår således från att ge sig in i doktrinen polemik om karaktären hos undantaget för privatkopiering. Se, bland annat, Sirinelli, P., *La reconnaissance d'une garantie d'exception privée*, *Revue Lamy Droit de l'immatériel*, oktober 2006, s. 21. Se även den redogörelse för denna som görs av More, K., anført arbete, s. 85 och följande sidor där det föreslås att undantaget för privatkopiering ska förstås som ett legitimt, rättsligt skyddat intresse. Här ska det anmärkas att direktiv 2001/29 under vissa förutsättningar ålägger de medlemsstater som valt att införa undantaget för privatkopiering en skyldighet att inom rimlig tid vidta åtgärder som gör det möjligt för fysiska personer att utnyttja det. Se skäl 52 och artikel 6.4 i direktiv 2001/29.

23 — Min kursivering.

24 — Se skäl 32 i direktiv 2001/29 och domen i det ovannämnda målet Padawan, punkterna 41 och 42.

25 — Skyldigheten att ta ut en avgift är en skyldighet att uppnå ett visst resultat. Se domen i det ovannämnda målet Stichting de Thuiskopie, punkt 34.

26 — Se domen i det ovannämnda målet Padawan, punkterna 43 och 44.

27 — Se domen i det ovannämnda målet Padawan, punkterna 46-49.

28 — Se domen i det ovannämnda målet Padawan, punkterna 51-59.

46. I artikel 5.5 i direktiv 2001/29²⁹ är de undantag som införts i artikel 5.1–5.4, däribland undantaget för privatkopiering i artikel 5.2 b, föremål för tre villkor, nämligen att de endast tillämpas i vissa särskilda fall, att de inte strider mot det normala utnyttjandet av verket och slutligen att de inte oskäligt inkräktar på rättsinnehavarens legitima intressen.³⁰

47. Dessa tre villkor som inte definieras på något annat sätt i direktiv 2001/29 motsvarar, enligt vad som framgår av skäl 44 i direktiv 2001/29, medlemsstaternas och unionens internationella förpliktelser, närmare bestämt de villkor för alla slags inskränkningar i upphovsrätten som fastställts i artikel 9.2 i Bernkonventionen, mera kända under beteckningen ”trestegstestet”³¹ vilket den hänskjutande domstolen har använt sig av i sin begäran om förhandsavgörande. Trestegstestet återfinns i artikel 13 i TRIPS-avtalet och artikel 10 i WCT.

48. Tvärtemot vad den hänskjutande domstolen verkar föreslå i sin första tolkningsfråga, kan det inte finnas något alternativ till en sammantagen tolkning av artikel 5.2 b och artikel 5.5 i direktiv 2001/29. De nationella lagstiftarnas genomförande av undantaget för privatkopiering ska i vart fall vara förenligt med föreskrifterna i artikel 5.2 b i det ovannämnda direktivet, men likaledes och samtidigt uppfylla kraven i artikel 5.5 i direktiv 2001/29, under iakttagande av internationella förpliktelser.³² Detsamma gäller de nationella domstolarnas tillämpning av undantaget för privatkopiering. Tvärtemot vad den nederländska regeringen har hävdat, riktar sig artikel 5.5 i direktiv 2001/29 inte endast till den nationelle lagstiftaren.

49. Vidare kan, med hänvisning till den hänskjutande domstolens fråga 2 a, artikel 5.5 i direktiv 2001/29 inte tolkas så, att det är möjligt att utvidga räckvidden av det i artikel 5.2 b införda undantaget för privatkopiering på ett sådant sätt att tillämpningsområdet och räckvidden tvärtom oundvikligen begränsas.

50. Den mycket precisa regleringen av undantagen från och inskränkningarna i rätten till mångfaldigande i artikel 5 i direktiv 2001/29 kan i flera avseenden betraktas som själva genomförandet av trestegstestet.³³

51. Definitionen av undantagen från och inskränkningarna i rätten till mångfaldigande i artikel 5 i direktiv 2001/29, däribland undantaget för privatkopiering, utgör i vart fall ett försök att uppfylla det första villkoret i trestegstestet vilket gäller begränsningen av undantagen till att enbart avse särskilda fall. Det kan härvidlag noteras att begränsningen i artikel 5.2 b i direktiv 2001/29 av rätten till privatkopiering till att enbart avse fysiska personer som handlar i privat och inte kommersiellt syfte förstärker detta krav.

52. I samma avseende preciseras i skäl 38 i direktiv 2001/29 vidare att även om medlemsstaterna bör ges möjlighet att besluta om undantag från mångfaldiganderätten för vissa former av mångfaldigande av ljudmaterial, bildmaterial och audiovisuellt material för privat bruk, förutsatt att vederlag lämnas, bör vederbörlig hänsyn tas till skillnaderna mellan digital privatkopiering och analog privatkopiering, och det bör i vissa avseenden göras åtskillnad mellan dessa, eftersom digital privatkopiering kan bli vanligare och få större ekonomisk betydelse.

29 — Se även artikel 10.3 i rådets direktiv 92/100/EEG av den 19 november 1992 om uthyrnings- och utlåningsrättigheter och vissa upphovsrätten närstående rättigheter inom det immaterialrättsliga området (EGT L 346, s. 61) i dess lydelse enligt artikel 11.1 b i direktiv 2001/29.

30 — Se domen i det ovannämnda målet *Stichting de Thuiskopie*, punkterna 19–21.

31 — Villkoren fanns redan i kommissionens förslag. Se förslag av den 10 december 1997 till Europaparlamentets och rådets direktiv om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället, KOM(1997) 628 slutlig (EGT C 108, 1998, s. 6) och ändrat förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället, KOM (1999) 250 slutlig (EGT C 180, 1999, s. 6).

32 — Detta samband mellan de båda bestämmelserna framgår även av artikel 6.4 andra stycket och skäl 52 i direktiv 2001/29.

33 — Se, för ett liknande resonemang, More, K., anförut arbete, s. 48 och följande sidor, samt Senftleben, M., *Ni flexibilité ni sécurité juridique – Les exceptions au regard du triple test*, i Lucas, A., m.fl., *Les exceptions au droit d'auteur – État des lieux et perspectives dans l'Union européenne*, A., Dalloz, 2012, s. 63.

53. Undantaget för privatkopiering vilket definitivt utgör ett av undantagsfallen från den ensamrätt till mångfaldigande som föreskrivs i artikel 2 i direktiv 2001/29 ska således utformas av medlemsstaterna och tillämpas av de nationella domstolarna med beaktande av de krav som följer av att dess tillämpningsområde inskränks till att omfatta särskilda fall.³⁴

54. På samma sätt är medlemsstaterna skyldiga, när de väljer att införa undantaget för privatkopiering i sin nationella rätt, att föreskriva att en rimlig kompensation erläggs till förmån för rättsinnehavarna. Undantaget för privatkopiering kan inte införas utan att det föreskrivs och effektivt tas ut en rimlig kompensation. Den kompensation som krävs enligt artikel 5.2 b i direktiv 2001/29 ingår i det tredje villkoret i trestegstestet avseende det nödvändiga i att privatkopieringen inte oskäligt inkräktar på upphovsrättsinnehavarnas legitima intressen enligt artikel 5.5 i direktiv 2001/29.³⁵

55. Det måste i gengäld slås fast att direktiv 2001/29 inte innehåller någon uttrycklig hänvisning till det andra villkor som anges i artikel 5.5 i direktiv 2001/29, enligt vilket undantaget från eller inskränkningen i ensamrätten till mångfaldigande inte får strida mot det *normala utnyttjandet*³⁶ av skyddade verk och alster. Förevarande mål ger således domstolen tillfälle att uttala sig i detta avseende³⁷ och härvid i möjligaste mån låta sig inspireras av praxis på folkrättens område.³⁸

56. Det är mot bakgrund av det ovan anförda som den hänskjutande domstolens första tolkningsfråga ska ges ett konkret svar.

3. Begränsningen av tillämpningsområdet för undantaget för privatkopiering till mångfaldigande från lagliga källor

57. Det är nödvändigt att utgå från konstaterandet att artikel 5 i direktiv 2001/29 inte innehåller något uttryckligt förtydligande av huruvida undantaget för privatkopiering är tillämpligt på alla slag av mångfaldigande, oavsett om lagliga eller olagliga källor har använts, eller om undantaget tvärtom endast kan tillämpas på mångfaldigande från lagliga källor. Såsom domstolen för övrigt redan har framhållit definierar varken artikel 2 i direktivet eller någon annan av dess bestämmelser begreppet

34 — Se, för ett liknande resonemang, Gaubiac, Y., *La copie privée est-elle un cas spécial*, i *Droit et technique – Études à la mémoire du professeur Xavier Linant de Bellefonds*, Lexis Nexis, 2007, s. 181.

35 — Se domen i det ovannämnda målet *Stichting de Thuiskopie*, punkt 22.

36 — Min kursivering.

37 — Angående kontroversen om tolkningen av trestegstestet och särskilt frågan om huruvida de villkor som det innehåller ska betraktas som kumulativa eller ej – en fråga som inte behöver studeras inom ramen för förevarande mål – se bland annat Ficsor, M., *Le test des trois étapes: pourquoi on ne signe pas la Déclaration de Munich*, i *Les exceptions au droit d'auteur – États des lieux et perspectives dans l'Union européenne*, Lucas, A., Sirinelli, P. och Bensamoun, A., Dalloz, 2012, s. 55.

38 — Nämnas bör särskilt rapporten från WTO:s specialgrupp av den 15 juni 2000, USA – Artikel 110 5 i lagen om upphovsrätt, WT/DS160/R. Rapporten anger bland annat (§ 6.181) att "[u]ndantag eller inskränkningar anses inte ha en skadlig inverkan på det normala utnyttjandet av verk, om de begränsas till en räckvidd eller en grad som inte innebär konkurrens med ekonomiskt utnyttjande som inte åtnjuter dessa undantag". Rapporten nämner förslag som lades fram av en studiegrupp som hade bildats i syfte att förbereda konferensen om omarbetning av Bernkonventionen vilken hölls i Stockholm år 1967, där följande preciseras: "Det är uppenbart att upphovsmännen måste förbehållas alla former av utnyttjande av ett verk, vilka har eller kan ha en avgörande ekonomisk eller praktisk betydelse. Sådana undantag som begränsar de möjligheter som dessa olika rapporter erbjuder upphovsmännen är oacceptabla".

”mångfaldigande”³⁹ vilket förekommer i artikel 2. Direktivet definierar inte heller begreppen ”delvis mångfaldigande”,⁴⁰ ”ersättning”⁴¹, ”skälig ersättning”,⁴² eller ”rimlig kompensation”⁴³ vilka återfinns i artikel 5. Detsamma gäller begreppet ”överföring till allmänheten” i artikel 3.1⁴⁴ och uttrycket ”med hjälp av egen utrustning” i artikel 5.2 d.⁴⁵

58. Vidare innehåller dessa bestämmelser inte någon uttrycklig hänvisning till medlemsstaternas rättsordningar för fastställande av deras innebörd och räckvidd och det följer såväl av kravet på en enhetlig tillämpning av unionsrätten, som av likhetsprincipen⁴⁶ att begreppet mångfaldigande ska ges en självständig och enhetlig tolkning inom hela unionen.⁴⁷ En sådan tolkning ska eftersträvas med beaktande inte endast av ordalydelsen i de bestämmelser som använder begreppet utan även av sammanhanget och de mål som eftersträvas med det regelverk i vilket bestämmelserna ingår,⁴⁸ det vill säga alla relevanta unionsrättsliga bestämmelser.⁴⁹ Bestämmelsernas tillkomsthistoria kan också avslöja omständigheter som är relevanta för tolkningen av dem.⁵⁰

59. Enligt fast rättspraxis ska gemenskapsrättsakter så långt möjligt tolkas mot bakgrund av folkkrätten,⁵¹ i synnerhet när dessa rättsakter just syftar till att genomföra ett internationellt avtal som gemenskapen har ingått.⁵²

60. Det preciseras i skäl 15 i direktiv 2001/29 att direktivet syftar till att uppfylla de internationella förpliktelser som följer av att gemenskapen antagit WCT,⁵³ bland annat vad gäller möjligheterna att bekämpa piratkopiering globalt i det digitala universum. Domstolen har för övrigt slagit fast att Europeiska unionen inom tillämpningsområdet för direktiv 2001/29 har trätt i medlemsstaternas ställe i syfte att genomföra bestämmelserna i Bernkonventionen.⁵⁴

39 — Se dom av den 16 juli 2009 i mål C-5/08, Infopaq International (REG 2009, s. I-6569), punkt 31, och av den 4 oktober 2011 i de förenade målen C-403/08 och C-429/08, Football Association Premier League m.fl. (REU 2011, s. I-9083), punkt 154.

40 — Se domen i det ovannämnda målet Infopaq International, punkterna 27–29 och 31 samt följande punkter.

41 — Se dom av den 30 juni 2011 i mål C-271/10, VEWA (REU 2011, s. I-5815), punkt 25.

42 — Se dom av den 6 februari 2003 i mål C-245/00, SENA (REG 2003, s. I-1251), punkt 24.

43 — Se domen i det ovannämnda målet Padawan, punkterna 29–32.

44 — Se dom av den 7 december 2006 i mål C-306/05, SGAE (REG 2006, s. I-11519), punkterna 31, 33 och följande punkter, domen i de ovannämnda förenade målen Football Association Premier League m.fl., punkt 184, och dom av den 24 november 2011 i mål C-283/10, Circul Globus București (REU 2011, s. I-12031), punkterna 31 och 32.

45 — Se domen i det ovannämnda målet DR och TV2 Danmark, punkt 34.

46 — Se dom av den 18 januari 1984 i mål 327/82, Ekro (REG 1984, s. 107), punkt 11, av den 19 september 2000 i mål C-287/98, Linster (REG 2000, s. I-6917), punkt 43, domarna i de ovannämnda målen Infopaq International, punkt 27, VEWA, punkt 25, samt DR och TV2 Danmark, punkt 33.

47 — Domstolen har funnit att dessa krav är nödvändiga i synnerhet vad gäller direktiv 2001/29, med hänsyn till ordalydelsen i skälen 6 och 21 i detta direktiv. Se domen i det ovannämnda målet Infopaq International, punkt 28. En sådan enhetlig tolkning är även ett villkor för att medlemsstaterna på ett konsekvent sätt ska kunna tillämpa de undantag och begränsningar såsom nämns i skäl 32 i direktiv 2001/29. Se domen i det ovannämnda målet Padawan, punkt 35.

48 — Se, bland annat, dom av den 17 november 1983 i mål 292/82, Merck (REG 1983, s. 3781), punkt 12.

49 — Se, för ett liknande resonemang, dom av den 6 oktober 1982 i mål 283/81, Cilfit m.fl. (REG 1982, s. 3415; svensk specialutgåva, volym 6, s. 513), punkt 20, och av den 3 oktober 2013 i mål C-583/11 P, Inuit Tapiriit Kanatami m.fl. mot parlamentet och rådet, punkt 50.

50 — Se, för ett liknande resonemang, dom av den 27 november 2012 i mål C-370/12, Pringle, punkt 135, och domen i det ovannämnda målet Inuit Tapiriit Kanatami m.fl. mot parlamentet och rådet, punkt 50. Se även domen i det ovannämnda målet Circul Globus București, punkterna 34 och 35.

51 — Se, bland annat, domen i det ovannämnda målet Infopaq International, punkt 32, och dom av den 3 juli 2012 i mål C-128/11, UsedSoft, punkt 42.

52 — Se, bland annat, dom av 14 juli 1998 i mål C-341/95, Bettati (REG 1998, s. I-4355), punkt 20, av den 17 april 2008 i mål C-456/06, Peek & Cloppenburg (REG 2008, s. I-2731), punkt 30, och domen i det ovannämnda målet SGAE, punkt 35.

53 — Se dom av den 12 september 2006 i mål C-479/04, Laserdisken (REG 2006, s. I-8089), punkt 39.

54 — Se domen i det ovannämnda målet DR och TV2 Danmark

61. Direktiv 2001/29 fastställer området för de handlingar som omfattas av mångfaldiganderätten⁵⁵ och innehåller en uttömmande förteckning över undantagen från och inskränkningarna i mångfaldiganderätten.⁵⁶ Direktivet anger vidare att medlemsstaterna bör ges möjlighet att besluta om undantag eller inskränkningar, mot rimlig kompensation, från mångfaldiganderätten för vissa former av mångfaldigande av ljudmaterial, bildmaterial och audiovisuellt material för privat bruk.⁵⁷ Det preciseras emellertid, såsom jag redan anfört, att vederbörlig hänsyn ska tas till skillnaderna mellan digital privatkopiering och analog privatkopiering⁵⁸ samt till den tekniska och ekonomiska utvecklingen när effektiva tekniska skyddsåtgärder finns att tillgå.⁵⁹

62. Direktivet tydliggör vidare att den rimliga kompensation som föreskrivs i artikel 5.2 b syftar till att ge rättsinnehavarna ”skälig ersättning” för användningen av deras skyddade verk eller andra alster enligt undantaget för privatkopiering.⁶⁰ Vid fastställande av formen, de närmare bestämmelserna om och den eventuella nivån på denna kompensation bör de särskilda förhållandena i varje enskilt fall beaktas, vilka kan bedömas på grundval av den potentiella skada som rättsinnehavaren lidit.⁶¹

63. Således kan det härledas ur direktiv 2001/29 att det är medlemsstaternas upprätthållande eller införande av undantaget för privatkopiering som vållar den skada för rättsinnehavarna som denna rimliga kompensation på ett adekvat sätt anses gottgöra.⁶² Det finns däremot inte någon uttrycklig anvisning som gör det möjligt att fastställa huruvida undantaget endast kan tillämpas på mångfaldigande från lagliga källor eller om det även kan tillämpas på mångfaldigande från olagliga källor.

64. Tvärtemot vad den nederländska regeringen har gjort gällande, kan emellertid denna brist på precision inte tolkas som ett uttryck för unionslagstiftarens avsikt⁶³ att en rimlig kompensation ska tas ut för mångfaldigande från olagliga källor. Det finns inget som helst stöd för en sådan tolkning i direktiv 2001/29 och den strider i grunden mot artikel 5.5 och trestegstestets krav som uppställs i denna artikel i överensstämmelse med medlemsstaternas och unionens internationella förpliktelser.

65. Den nederländska regeringen har i syfte att styrka denna avsikt hos unionslagstiftaren åberopat ordalydelsen i artikel 5.3 d i direktiv 2001/29 som hänvisar till lagliga källor för mångfaldigande, artiklarna 5.3 e⁶⁴ och 6.4 andra stycket i samma direktiv där det inte görs någon sådan hänvisning, och även till rådets direktiv 91/250/EEG av den 14 maj 1991 om rättsligt skydd för datorprogram.⁶⁵

66. Enligt artikel 5.3 d i direktiv 2001/29 får medlemsstaterna föreskriva ett undantag från rätten till mångfaldigande avseende citat för användning i t.ex. kritik och recensioner, men enbart förutsatt att de avser ett verk eller annat alster som redan lagligen gjorts tillgängligt för allmänheten.

55 — Se skäl 21 och artikel 2 i direktiv 2001/29.

56 — Se skäl 32 och artikel 5 i direktiv 2001/29

57 — Se skäl 38 i direktiv 2001/29.

58 — Se skäl 38 i direktiv 2001/29.

59 — Se skäl 39 i direktiv 2001/29.

60 — Se skälen 35 och 38 i direktiv 2001/29. Min kursivering.

61 — Detta är orsaken till att domstolen ansåg att den rimliga kompensation som föreskrivs i artikel 5.2 b i direktiv 2001/29 *med nödvändighet* ska beräknas med utgångspunkt i den skada som orsakats de skyddade verkens upphovsmän till följd av *införandet av undantaget för privatkopiering*. Se domen i det ovannämnda målet Padawan, punkterna 38–42. Min kursivering.

62 — Det är också precis vad Conseil d'État i Frankrike slagit fast angående artiklarna L. 122-5 och L. 311 i lagen om immaterialrätt (code de la propriété intellectuelle) genom vilka artikel 5.2 b i direktiv 2001/29 införlivades i fransk rätt: ”Avgiften för privatkopiering har till enda syfte att kompensera upphovsmän, artister/uttolkare och producenter för den förlust av inkomster som är ett resultat av det lagliga bruket utan deras tillstånd av kopior av verk framställda på fonogram eller videogram uteslutande för enskilt bruk”, se dom av Conseil d'État av den 11 juli 2008 i mål nr 298779, Syndicat de l'industrie de matériels audiovisuels, ECLI:FR:CESSR:2008:298779.20080711; RIDA, juli 2008, nr 217, s. 279. Angående följderna av denna dom, se Sirinelli, P., *Chronique de jurisprudence*, anfört arbete, s. 275.

63 — Någon sådan intention framgår för övrigt inte alls av förarbetena till direktiv 2001/29.

64 — I artikel 5.3 e i direktiv 2001/29 medges undantag från ensamrätten till mångfaldigande i det fall då användningen av ett skyddat verk eller alster sker i den allmänna säkerhetens intresse eller för att garantera ett korrekt genomförande av ett administrativt, parlamentariskt eller rättsligt förfarande utan att källans integritet berörs.

65 — EGT L 122, s. 42; svensk specialutgåva, område 17, volym 1 s. 111.

67. Artikel 5.3 e i direktiv 2001/29 föreskriver däremot ett undantag från ensamrätten till mångfaldigande i de fall då användningen av ett skyddat verk eller alster sker i den allmänna säkerhetens intresse eller för att garantera ett korrekt genomförande av ett administrativt, parlamentariskt eller rättsligt förfarande utan att källans laglighet berörs.

68. I artikel 6.4 i direktiv 2001/29 föreskrivs rent allmänt att medlemsstaterna i avsaknad av frivilliga åtgärder från rättsinnehavarnas sida ska vidta lämpliga åtgärder för att säkerställa att personer som har rätt att utnyttja undantag eller inskränkningar i enlighet med artikel 5 ges tillfälle att göra detta. Artikel 6.4 andra stycket som enbart rör undantaget för privatkopiering skiljer sig från det första stycket⁶⁶ såtillvida, att det här inte nämns något om laglig tillgång till skyddade verk och alster.

69. Slutligen uttalas i direktiv 91/250 principen om ensamrätt för upphovsmannen till ett datorprogram att tillåta eller förbjuda datorprogrammet samtidigt som det föreskrivs ett undantag avseende säkerhetskopior enbart för ”den som lagligen förvärvat” datorprogrammet.⁶⁷

70. Tillämpningsområdet för och räckvidden av undantaget för privatkopiering kan emellertid inte fastställas med hänvisning till bestämmelser som tillämpas i helt olika sammanhang och har sina egna syften.

71. Det är här viktigt att erinra om att artikel 5.2 b i direktiv 2001/29 i egenskap av undantag⁶⁸ från rättsinnehavarens ensamrätt till mångfaldigande, vilken garanteras av artikel 2 i direktivet, enligt fast rättspraxis ska tolkas restriktivt. Tillämpningsområdet för undantaget för privatkopiering kan därför inte utvidgas till att omfatta situationer som inte uttryckligen finns angivna i direktiv 2001/29.⁶⁹

72. Den tolkning som den nederländska regeringen förespråkar strider i vart fall mot artikel 5.5 i direktiv 2001/29, såsom den tolkats mot bakgrund av Bernkonventionen, WCT och TRIPS-avtalet, särskilt mot villkoret att det normala utnyttjandet av det skyddade verket eller alstret inte får förhindras.

73. Stichting de Thuiskopie samt den nederländska och den österrikiska regeringen har i detta avseende väsentligen gjort gällande att bestämmelser som tillåter att en avgift tas ut för privatkopiering som avser mångfaldigande från olagliga källor, i avsaknad av pålitliga tekniska möjligheter att på ett effektivt sätt förhindra offentliggörande eller spridning från nämnda olagliga källor och deras mångfaldigande i det oändliga, i synnerhet i den digitala världen, utgör det enda sättet att gottgöra rättsinnehavarna för den skada de lidit. Sådana bestämmelser bidrar i mycket högre grad till ett normalt utnyttjande av skyddade verk och alster än bestämmelser som förbjuder allt mångfaldigande från olagliga källor och de säkerställer jämvikten mellan rättsinnehavarna och användarna av de skyddade verken och alstren.

74. Även om det antogs att bestämmelser av detta slag skulle kunna utgöra det helt och hållet legitima och adekvata svaret på intrång i upphovsrätten och närstående rättigheter som är en följd av otillåten spridning av kopior av skyddade verk och alster på internet och mångfaldigandet av dem, är det emellertid utrett att undantaget för privatkopiering inte har införts i det syftet och det är uteslutet att så skulle kunna vara fallet, såvida inte själva grunden för undantaget ska ifrågasättas och detta oberoende av om det finns några tekniska möjligheter eller ej att på ett effektivt sätt bekämpa utförandet och spridningen av otillåtna kopior av skyddade verk och alster.

66 — Detta stycke rör undantagen i artikel 5.2 a, c, d och e samt i artikel 5.3 a, b och e i direktiv 2001/29.

67 — Det kan noteras att i andra lagtexter används termen den ”behörige användaren” Se skälen 49 och 51 samt artikel 6 i Europaparlamentets och rådets direktiv 96/9/EG av den 11 mars 1996 om rättsligt skydd för databaser (EGT L 77, s. 20). I de franska versionerna av direktiven används konsekvent adjektivet légitime (övers. anm.).

68 — Se, bland annat, domen i det ovannämnda målet Infopaq International, punkt 55, och där angiven rättspraxis.

69 — Se, angående de undantag från rätten till mångfaldigande som anges i direktiv 2001/29, domen i det ovannämnda målet Luksan, punkt 101. Se även, på andra områden, domar av den 26 september 2013 i mål C-476/11, HK Danmark, punkterna 46 och 47, och i mål C-546/11, Dansk Jurist- og Økonomforbund, punkterna 41 och 42.

75. Det ska härvidlag inledningsvis anmärkas att den nederländska regeringens argument har sitt ursprung i den omständigheten att den nederländska lagen tolererar nedladdning av skyddade verk och alster som olagligt ställts till förfogande på internet och att sanktionsåtgärder vidtas endast mot uppladdning av nämnda skyddade verk och alster. Härigenom gynnar Konungariket Nederländerna, indirekt men med nödvändighet, en massiv spridning av produkter som är ett resultat av utnyttjande av skyddade verk och alster som inte i något fall kan betraktas som normalt, och som utgör själva orsaken till det fenomen vars skadliga verkningar för rättsinnehavarna denna medlemsstat eftersträvar att reparera. Det faktum att nedladdning av skyddade verk och alster som olagligt sprids på internet (uppladdning) banaliseras kan inte annat än hota det normala utnyttjandet av dessa.

76. Det är för övrigt tveksamt om uttaget av en avgift för privatkopiering i sin aktuella utformning, på något sätt skulle kunna innebära en adekvat kompensation för rättsinnehavarens uteblivna inkomster till följd av den massiva spridningen av deras skyddade verk och alster på internet i strid med deras ensamrätt till mångfaldigande, överföring till allmänheten⁷⁰ och spridning.⁷¹

77. Med risk för att det skulle bli nödvändigt att i grunden omdefiniera undantagets existensberättigande och de viktigaste sätten att fastställa en rimlig tillhörande kompensation, med alla konsekvenser som detta får, är intäkterna från avgiften för privatkopiering inte tillräckliga för att kompensera förlusten av de inkomster som det normala utnyttjandet av verken på internet skulle generera. Sannolikt skulle det krävas att den avgift för privatkopiering som användare av digitala medier erlägger höjdes väsentligt även om dessa aldrig skulle utföra något mångfaldigande med otillåtet ursprung, med risk för att jämvikten mellan rättsinnehavare och användare av skyddade verk och produkter annars skulle rubbas.

78. Den nederländska regeringen har framfört tanken att uttaget av en avgift för privatkopiering från olagliga källor i högre grad skulle respektera den rätt till skydd för privatlivet som tillerkänns användarna av skyddade verk och alster än vad som skulle vara fallet med införandet av åtgärder för kontroll av användningen av deras verk i nämnda användares privata sfär⁷². Den nederländska regeringens uppfattning att en bättre jämvikt mellan rättigheterna på så sätt skulle säkerställas, kan inte undergräva nämnda tolkning av artikel 5 i direktiv 2001/29. Det kan helt enkelt konstateras att det inte finns något nödvändigt samband mellan uteslutandet av att undantaget för privatkopiering tillämpas på mångfaldigande från olagliga källor och ett eventuellt åsidosättande av användarnas rätt till skydd för sitt privatliv.⁷³

79. Följaktligen föreslår jag att den hänskjutande domstolens fråga 1 och fråga 2 a ska besvaras med att artikel 5 i direktiv 2001/29 ska tolkas så, att det undantag för privatkopiering som föreskrivs i denna artikel är tillämpligt endast på mångfaldigande från lagliga källor av verk och alster som är skyddade med stöd av upphovsrätt eller närstående rättigheter.

VI – Huruvida en medlemsstat kan besluta att ta ut en avgift för privatkopiering på mångfaldigande från olagliga källor [fråga 2 b]

80. I fråga 2 b har den hänskjutande domstolen i huvudsak frågat huruvida en medlemsstats antagande av en nationell bestämmelse om att en rimlig kompensation ska tas ut för privatkopiering, oavsett om mångfaldigandet är lagenligt eller ej, är förenligt med unionsrätten.

70 — Se artikel 3 i direktiv 2001/29.

71 — Se artikel 4 i direktiv 2001/29.

72 — Undantaget för privatkopiering kan framställas så, att det just har införts för att undandra de kopior från rättsinnehavarens monopol som gjorts av användare mot vilka det inte är möjligt att opponera sig utan att inkräkta på privatlivet. Se Gaubiac, Y., anförde arbete och More, K., anförde arbete, s. 79 och följande sidor.

73 — Domstolen har för övrigt redan funnit att direktiv 2001/29 inte ålägger medlemsstaterna någon skyldighet att delge personliga uppgifter i syfte att säkerställa ett effektivt skydd för upphovsrätten inom ramen för ett tvistemål. Se dom av den 29 januari 2008 i mål C-275/06, *Promusicæ* (REG 2008, s. I-271).

81. Det följer av föregående resonemang att den möjligheten inte kan godtas.

82. Först och främst och till och med oberoende av frågan huruvida direktiv 2001/29 innebär en uttömmande harmonisering av undantaget för privatkopiering,⁷⁴ skulle den möjligheten i hög grad påverka ett av de syften som eftersträvas med direktiv 2001/29, nämligen en konsekvent tillämpning av de uttömmande inskränkningar i och undantag från ensamrätten till mångfaldigande vilka föreskrivs i direktivet.⁷⁵ Domstolen har redan slagit fast i detta avseende att det skulle strida mot det angivna målet med direktivet om medlemsstaterna fritt kunde precisera den rimliga compensationens parametrar på ett inkonsekvent och icke harmoniserat sätt.⁷⁶ En sådan åtgärd skulle ju, såsom kommissionen har uppmärksammat, vara detsamma som att skapa en ersättning *sui generis* för mångfaldigande från olagliga källor.

83. Vidare skulle särskilt erkännandet av en sådan möjlighet i två avseenden strida mot kraven i artikel 5.5 i direktiv 2001/29. För det första skulle tillämpningsområdet för undantaget för privatkopiering utvidgas långt utöver det specialfall som definieras i detta direktiv och det första villkoret i bestämmelsen åsidosätts. För det andra skulle det klara intrånget i det normala utnyttjandet av skyddade verk och alster indirekt legitimeras, och det andra villkoret i bestämmelsen fullständigt åsidosätts, varvid den jämvikt rubbas som artikel 5.5 skapat mellan rättsinnehavarens erkända ensamrätt till mångfaldigande och de personers intressen vilka kommer i åtnjutande av undantaget för privatkopiering.

84. Följaktligen föreslår jag att domstolen besvarar den hänskjutande domstolens fråga 2 b med att artikel 5 i direktiv 2001/29 ska tolkas så, att en medlemsstat, i samband med det undantag för privatkopiering som medlemsstaterna enligt denna bestämmelse har rätt att föreskriva, endast kan ta ut en avgift på mångfaldigande från lagliga källor av verk och alster som är skyddade med stöd av upphovsrätt eller närstående rättigheter.

VII – Frågan huruvida direktiv 2004/48 är tillämpligt på förfarandet i målet vid den nationella domstolen (fråga 3)

85. Den hänskjutande domstolen har i sin tredje fråga väsentligen velat få klarhet i huruvida bestämmelserna i direktiv 2004/48, särskilt artikel 14⁷⁷ i det direktivet, är tillämpliga på förfarandet i målet vid den nationella domstolen.

86. I begäran om förhandsavgörande har den hänskjutande domstolen uppgett att Stichting de Thuiskopie yrkat ersättning för samtliga kostnader för förfarandet med stöd av artikel 1019 h i den nederländska civilprocesslagen som i sin tur bygger på artikel 14 i direktiv 2004/48. Även om Stichting de Thuiskopies yrkanden inte tycks grunda sig på ”intrång i immateriella rättigheter” i den mening som avses i artikel 2.1 i direktiv 2004/48, kvarstår dock att Stichting de Thuiskopie genom att hävda att artikel 5 i direktiv 2001/29 är tillämplig på mångfaldigande från olagliga källor på sätt och vis har fortsatt att försvara nämnda rättigheter.

87. Med undantag av Stichting de Thuiskopie har samtliga parter ingett yttranden med innebörden att direktiv 2004/48 inte är tillämpligt på förfarandet i målet vid den nationella domstolen.

74 — Se härvidlag de olika åsikter som framförts av generaladvokat Trstenjak (punkterna 102–106 i förslag till avgörande av den 11 maj 2010 i det ovannämnda målet Padawan), och generaladvokat Jääskinen (punkt 44 i förslag till avgörande av den 10 mars 2011 i det ovannämnda målet Stichting de Thuiskopie).

75 — Se skäl 32 i direktiv 2001/29.

76 — Se domen i det ovannämnda målet Padawan, punkt 36.

77 — Denna artikel med rubriken ”Kostnader för förfarandet” har följande lydelse: ”Medlemsstaterna skall tillse att rimliga och proportionerliga kostnader för förfarandet och andra kostnader som har åsamkats den vinnande parten, i allmänhet, ersätts av den förlorande parten om det inte är oskäligt”.

88. Det ska härvidlag erinras om att även om det allmänna syftet med direktiv 2004/48 med avseende på dess föremål⁷⁸ och tillämpningsområde,⁷⁹ är att tillnärma medlemsstaternas lagstiftning för att uppnå en hög, likvärdig och enhetlig skyddsnivå för immateriella rättigheter,⁸⁰ syftar det emellertid inte till att reglera samtliga aspekter av immaterialrätten utan endast dem som avser dels immaterialrättsskyddet, dels intrång i detta skydd, genom att föreskriva effektiva rättsmedel för att hindra, få att upphöra eller åtgärda samtliga immaterialrättsintrång.⁸¹

89. Ur den synvinkeln syftar artikel 14 i direktiv 2004/48 till att höja skyddsnivån för immateriella rättigheter, genom att förhindra att en skadelidande part avskräcks från att väcka talan vid domstol för att skydda sina rättigheter,⁸² vilket innebär att den som gör sig skyldig till immaterialrättsintrång som huvudregel, för att dessa syften ska uppnås, ska bära det fulla ekonomiska ansvaret för sitt beteende.⁸³

90. Om målet vid den nationella domstolen förvisso rent allmänt rör skyddet för de intressen som innehavare av upphovsrätt och närstående rättigheter har, eftersom det gäller tillämpningsområdet för undantaget för privatkopiering i artikel 5.2 b i direktiv 2001/29, är det bestridande som ligger till grund för tvisten emellertid helt främmande för tillämpningsområdet för direktiv 2004/48. Det är nämligen inte innehavare av upphovsrätt eller närstående rättigheter⁸⁴ som i syfte att säkerställa dessa rättigheter⁸⁵ har väckt den talan som är ursprunget till tvisten, utan ekonomiska aktörer som ska betala en avgift som fastställts av en medlemsstat som rimlig kompensation för det undantag för privatkopiering som medlemsstaten har infört.

91. Jag föreslår följaktligen att domstolen besvarar den hänskjutande domstolens tredje fråga med att artikel 14 i direktiv 2004/48 ska tolkas så, att den inte är tillämplig på en tvist som, i likhet med tvisten i målet vid den nationella domstolen, inte rör skyddet som sådant av de rättigheter som tillkommer innehavare av upphovsrätt eller närstående rättigheter.

VIII – Förslag till avgörande

92. Mot bakgrund av den ovan redovisade bedömningen föreslår jag att domstolen ska besvara tolkningsfrågorna från Hoge Raad der Nederlanden enligt följande:

- 1) Artikel 5 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 ska tolkas så, att det undantag för privatkopiering som föreskrivs i denna artikel är tillämpligt endast på mångfaldigande från lagliga källor av verk och alster som är skyddade med stöd av upphovsrätt eller närstående rättigheter.
- 2) Artikel 5 i direktiv 2001/29 ska tolkas så, att en medlemsstat, i samband med det undantag för privatkopiering som medlemsstaterna enligt denna bestämmelse har rätt att föreskriva, endast kan ta ut en avgift på mångfaldigande från lagliga källor av verk och alster som är skyddade med stöd av upphovsrätt eller närstående rättigheter.

78 — I artikel 1 i direktiv 2004/48 preciseras att direktivet ”gäller de åtgärder, förfaranden och sanktioner som är nödvändiga för att säkerställa skyddet för immateriella rättigheter”.

79 — Det preciseras i artikel 2.1 i direktiv 2004/48 att direktivet är tillämpligt ”vid varje intrång i ... immateriella rättigheter”, oavsett om detta följer av gemenskapsrätten och/eller en medlemsstats nationella rätt.

80 — Se dom av den 18 oktober 2011 i mål C-406/09, Realchemie Nederland (REU 2011, s. I-9773), punkt 47.

81 — Dom av den 15 november 2012 i mål C-180/11, Bericap Záródástechnikai, punkt 75.

82 — Se domen i det ovannämnda målet Realchemie Nederland, punkt 48.

83 — Se domen i det ovannämnda målet Realchemie Nederland, punkt 49.

84 — Se domen i domen i det ovannämnda målet Bericap Záródástechnikai, punkt 78.

85 — Se domen i domen i det ovannämnda målet Bericap Záródástechnikai, punkt 79.

- 3) Artikel 14 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/48/EG av den 29 april 2004 om säkerställande av skyddet för immateriella rättigheter ska tolkas så, att den inte är tillämplig på en tvist som, i likhet med tvisten i målet i målet vid den nationella domstolen, inte rör skyddet som sådant av de rättigheter som tillkommer innehavare av upphovsrätt eller närstående rättigheter.