



Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
GERARD HOGAN
föredraget den 23 september 2021¹

Mål C-433/20

**Austro-Mechana Gesellschaft zur Wahrnehmung mechanisch-musikalischer Urheberrechte
Gesellschaft mbH**

mot

Strato AG

(begäran om förhandsavgörande från Oberlandesgericht Wien (Regionala överdomstolen i Wien, Österrike))

”Begäran om förhandsavgörande – Tillnärmning av lagstiftning – Upphovsrätt och närstående rättigheter – Direktiv 2001/29/EG – Artikel 2 – Rätt till mångfaldigande – Artikel 5.2 b – Undantag för privatkopiering – Servrar som ägs av tredje part och som görs tillgängliga för fysiska personer för privat bruk – Tillhandahållande av molntjänster – Tolkning av begreppet ’på alla typer av medier’ – Rimlig kompensation”

I. Inledning

1. Den kommersiella kopieringsapparaten som introducerades i slutet av 1950-talet var kanske bara det första i en rad tekniska framsteg som utmanade den traditionella synen på upphovsrätt och närstående rättigheter och i synnerhet undantagen från och inskränkningarna av dessa rättigheter. Kopieringsapparaten gjorde att upphovsrättsligt skyddat material lätt kunde mångfaldigas på ett sätt som var praktiskt taget omöjligt att övervaka eller upptäcka. Den digitala revolution som har pågått sedan uppkomsten av internet och World Wide Web i början av 1990-talet, har inneburit att dessa traditionella synsätt har utmanats i än högre grad.

2. Förevarande begäran om förhandsavgörande aktualiserar en annan aspekt av detta framväxande problem. Får en fysisk person som lagligen innehar upphovsrättsligt skyddat material göra en kopia av det materialet uteslutande för eget bruk och mot betalning av en avgift lagra den kopian på en kommersiell server med hjälp av datormolnteknik och, om så är fallet, vilken ersättning ska då (eventuellt) betalas till rättsinnehavaren? Detta är i korthet den fråga som ställs i förevarande begäran om förhandsavgörande från Oberlandesgericht Wien (Regionala överdomstolen i Wien, Österrike), vilken inkom till domstolens kansli den 15 september 2020. Begäran rör tolkningen av artikel 5.2 b 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.²

¹ Originalspråk: engelska.

² EGT L 167, 2001, s. 10.

3. Denna begäran om förhandsavgörande har hänskjutits i ett mål mellan å ena sidan upphovsrättsorganisationen Austro-Mechana Gesellschaft zur Wahrnehmung mechanisch-musikalischer Urheberrechte Gesellschaft mbH (nedan kallad Austro-Mechana) och å andra sidan Strato AG (nedan kallat Strato), som är ett bolag som är etablerat i Tyskland och som tillhandahåller en tjänst i form av lagring av data i molnet. Målet vid den hänskjutande domstolen rör frågan huruvida Strato ska betala ersättning för lagringsmedier med avseende på molnbaserad lagringskapacitet som bolaget erbjuder fysiska personer för privat bruk i Österrike.

4. Denna begäran om förhandsavgörande ger domstolen tillfälle att pröva frågan om fysiska personers kopiering för privat bruk i den digitala miljön och närmare bestämt frågan om mångfaldigande eller lagring i molnet³ av upphovsrättsligt skyddat innehåll.

5. Det är viktigt att understryka att när ett ”privatkopieringsundantag” från den ensamrätt till mångfaldigande som föreskrivs i artikel 2 i direktiv 2001/29 har föreskrivits av en medlemsstat i enlighet med artikel 5.2 b i det direktivet, är sådan kopiering laglig *under förutsättning att* en så kallad rimlig kompensation betalas till rättsinnehavaren. Om medlemsstaten i fråga däremot inte föreskriver något undantag enligt artikel 5.2 b, är sådant mångfaldigande av upphovsrättsligt skyddat material utan rättsinnehavarens samtycke givetvis helt olagligt, eftersom det strider mot artikel 2.⁴

6. I förevarande mål ombeds domstolen att i första hand pröva huruvida undantaget för privatkopiering även är tillämpligt när det gäller mångfaldigande i molnet av upphovsrättsligt skyddat material som fysiska personer gör för privat bruk och, om så är fallet, i vilken omfattning. För det fallet att domstolen finner att undantaget för privatkopiering även är tillämpligt när det gäller sådant mångfaldigande, ombeds den att pröva frågan om vilken (eventuell) ”rimlig kompensation” enligt bestämmelserna i artikel 5.2 b i direktiv 2001/29 som ska betalas till rättsinnehavare för molnlagring som internetleverantörer erbjuder fysiska personer för privat bruk.

7. Om det visar sig att fysiska personer redan har betalat en avgift när de köpt apparater, medier eller utrustning – som smarttelefoner, surfplattor eller datorer⁵ – som möjliggör lagring och därmed mångfaldigande av upphovsrättsligt skyddat innehåll i molnet och ger rättighetshavare (rimlig) kompensation för den skada de lidit till följd av kopieringen, uppkommer frågan huruvida internetleverantörer som tillhandahåller lagring i molnet av samma innehåll ska betala en (ytterligare) avgift för den ”rimliga kompensation” som föreskrivs i artikel 5.2 b i direktiv 2001/29.

³ För en beskrivning av molntjänster, se förslag till avgörande av generaladvokaten Szpunar i målet VCAST (C-265/16, EU:C:2017:649, punkterna 1–3). Kärninnehållet i begreppet molntjänster definierades av US National Institute of Standards and Technology (NIST) i september 2011 som ”en modell för att möjliggöra omfattande, praktisk nätverksåtkomst på begäran till en gemensam pool med konfigurerbara dataresurser (t.ex. nätverk, servrar, lagring, applikationer och tjänster) som snabbt kan tillhandahållas och frigöras med minimala hanteringsinsatser eller minimal interaktion med tjänsteleverantören ...” Tillgänglig på: <https://nvlpubs.nist.gov/nistpubs/Legacy/SP/nistspecialpublication800-145.pdf>. De som stod bakom den definitionen påpekade att ”molnbaserade datortjänster är ett paradigm som är under utveckling”. Det tycks inte finnas någon allmänt accepterad *rättslig* definition av begreppet molnbaserade datortjänster. Detta beror utan tvekan på att den tekniken och de tjänster som är förknippade med den är allmänt utbredda och utvecklas snabbt. Jag anser emellertid att begreppet ”molnbaserad lagring” på ett välfunnet sätt har beskrivits av Michael Muchmore och Jill Duffy i deras artikel The Best Cloud Storage and File-Sharing Services for 2021, som att det handlar om ”att lagra sina filer någon annanstans än på den egna datorns hårddisk, vanligtvis på leverantörens servrar. Som en teknikexpert formulerade det: ”Det finns inget moln. Det är bara någon annans dator.” Att ha data i molnet ger möjlighet att komma åt de filerna via internet.” Tillgänglig på <https://www.pcmag.com/picks/the-best-cloud-storage-and-file-sharing-services>.

⁴ Om inte något av de andra undantagen eller inskränkningarna som föreskrivs i artikel 5 i direktiv 2001/29 är tillämpligt.

⁵ Tidigare användes fysiska ”tomma” lagringsmedier som kassetband eller videoband, därefter CD- och DVD-skivor och på senare tid USB-minnen. Apparater som datorer, smarttelefoner och externa hårddiskar används också i dag vid sidan om molnbaserade lagringstjänster.

8. Innan jag bedömer dessa frågor ska jag emellertid redogöra för de bestämmelser som är tillämpliga i målet.

II. Tillämpliga bestämmelser

A. Direktiv 2001/29

9. Skälen 2, 5, 9, 10, 31, 32, 35, 38 och 44 i direktiv 2001/29 har följande lydelse:

”(2) Europeiska rådet framhöll vid sitt möte på Korfu den 24–25 juni 1994 behovet av att skapa allmänna och flexibla rättsliga ramar på gemenskapsnivå för att främja informationssamhällets utveckling i Europa. För detta krävs bland annat en inre marknad för nya varor och tjänster. En betydande gemenskapslagstiftning som kan ligga till grund för ett sådant regelverk finns redan eller håller på att utarbetas. Upphovsrätt och närstående rättigheter är av stor betydelse i detta sammanhang, eftersom dessa rättigheter skyddar och stimulerar utveckling och marknadsföring av nya varor och tjänster samt skapandet och utnyttjandet av det kreativa innehållet i dessa.

...

(5) Genom den tekniska utvecklingen har formerna för skapande, produktion och utnyttjande mångfaldigats och diversifierats. Även om detta inte kräver nya begrepp för skyddet inom området för immaterialrätt, bör den nu gällande lagstiftningen om upphovsrätt och närstående rättigheter anpassas och kompletteras för att på ett tillfredsställande sätt svara mot den ekonomiska verkligheten, t.ex. de nya utnyttjandeformerna.

...

(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 upphovsmännen 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. ...

...

(31) En skälig avvägning mellan rättigheter och intressen hos de olika kategorierna av rättsinnehavare samt mellan de olika kategorierna av rättsinnehavare och användarna av skyddade alster måste upprätthållas. ...

(32) Detta direktiv innehåller en uttömmande förteckning över undantagen och inskränkningarna från mångfaldiganderätten och rätten till överföring till allmänheten. Vissa undantag och inskränkningar gäller endast mångfaldiganderätten, när så är lämpligt. I denna förteckning tas vederbörlig hänsyn till de olika rättstraditionerna i medlemsstaterna,

samtidigt som syftet är att säkerställa en fungerande inre marknad. Medlemsstaterna bör nå samstämmighet i tillämpningen av dessa undantag och inskränkningar, och detta kommer att utvärderas vid den kommande översynen av genomförandelagstiftningen.

...

- (35) När det gäller vissa undantag eller inskränkningar bör rättsinnehavarna få rimlig kompensation för att ge dem skälig ersättning för användningen av deras skyddade verk eller andra alster. Vid fastställande av formen, de närmare bestämmelserna om och den eventuella nivån på denna rimliga kompensation bör de särskilda förhållandena i varje enskilt fall beaktas. När dessa förhållanden bedöms är ett värdefullt kriterium den eventuella skadan för rättsinnehavarna av åtgärden i fråga. I de fall när rättsinnehavarna redan har erhållit betalning i någon annan form, t.ex. som en del av en licensavgift, behöver det inte krävas någon särskild eller separat betalning. Vid fastställandet av nivån på den rimliga kompensationen bör full hänsyn tas till i hur stor utsträckning sådana tekniska åtgärder som avses i detta direktiv används. I vissa situationer när förfånget för rättsinnehavaren är obetydligt behöver det inte uppkomma någon betalningsskyldighet.

...

- (38) Medlemsstaterna bör ges möjlighet att besluta om undantag eller inskränkningar, förutsatt att rimlig kompensation säkerställs, från mångfaldiganderätten för vissa former av mångfaldigande av ljudmaterial, bildmaterial och audiovisuellt material för privat bruk. Detta kan omfatta införande eller förlängning av ersättningsystem som kompensation för förfånget för rättsinnehavarna. ...

...

- (44) Tillämpningen av undantagen och inskränkningarna i detta direktiv bör ske i överensstämmelse med internationella förpliktelser. Sådana undantag och inskränkningar bör inte tillämpas på ett sätt som inkräktar på rättsinnehavarens legitima intressen eller gör intrång i det normala utnyttjandet av dennes verk eller andra alster. När medlemsstaterna beslutar om sådana undantag eller inskränkningar, bör de särskilt ta vederbörlig hänsyn till de ökande ekonomiska verkningar dessa undantag eller inskränkningar kan få i den nya elektroniska miljön. Räckvidden för vissa undantag eller inskränkningar kan därför behöva begränsas ytterligare, då det gäller vissa nya användningar av upphovsrättsligt skyddade verk och andra alster.”

10. I artikel 2 i direktiv 2001/29, som har rubriken ”Rätten till mångfaldigande”, föreskrivs följande:

”Medlemsstaterna skall föreskriva en ensamrätt att tillåta eller förbjuda direkt eller indirekt, tillfälligt eller permanent, mångfaldigande, oavsett metod och form, helt eller delvis

- a) för upphovsmän: av deras verk,
- b) för utövande konstnärer: av upptagningar av deras framföranden,
- c) för fonogramframställare: av deras fonogram,

- d) för producenterna av de första upptagningarna av filmer: av original och kopior av deras filmer,
- e) för radio- och televisionsföretag: av upptagningar av deras utsändningar, trådöverförda såväl som luftburna, inklusive kabel- och satellitsändningar.”

11. I artikel 3 i direktiv 2001/29, som har rubriken ”Rätten till överföring av verk till allmänheten och rätten att göra andra alster tillgängliga för allmänheten”, 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 ska 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,
- c) för framställarna av de första upptagningarna av filmer: av originalet och kopior av deras filmer,
- d) för radio- och televisionsföretag: av upptagningar av deras sändningar, trådöverförda såväl som luftburna, inklusive kabel- och satellitsändningar.

3. De rättigheter som avses i punkterna 1 och 2 skall inte anses vara konsumerade genom någon form av överföring till allmänheten eller genom att alster görs tillgängliga för allmänheten enligt denna artikel.”

12. Artikel 5 i direktiv 2001/29 har rubriken ”Undantag och inskränkningar”. I artikel 5.2 b föreskrivs följande:

”Medlemsstaterna får föreskriva undantag eller inskränkningar från den rätt till mångfaldigande som avses i artikel 2 i följande fall:

...

- b) För mångfaldigande på alla typer av medier utfört av en fysisk person för privat bruk och där syftet varken direkt eller indirekt är kommersiellt, under förutsättning att rättsinnehavarna får rimlig kompensation varvid hänsyn skall tas till huruvida de tekniska åtgärder som avses i artikel 6 har tillämpats på det berörda verket eller alstret eller inte.”

13. Artikel 5.5 i samma direktiv har följande lydelse:

”De undantag och inskränkningar som föreskrivs i punkterna 1, 2, 3 och 4 får endast tillämpas i vissa särskilda fall som inte strider mot det normala utnyttjandet av verket eller annat alster och inte oskäligt inkräktar på rättsinnehavarnas legitima intressen.”

B. Österrikisk rätt

14. 42b § stycke 1 i den österrikiska Urheberrechtsgesetz (upphovsrättslagen)⁶ (nedan kallad UrhG), i den lydelse som var tillämplig vid tidpunkten för omständigheterna i det nationella målet,⁷ föreskrivs följande:

”1) Om det av ett verk ... på grund av dess art kan förväntas att det upptas på ett lagringsmedium ... för eget eller privat bruk har upphovsmannen rätt till skälig ersättning (ersättning för lagringsmedier), när alla typer av lagringsmedier som är lämpliga för sådant mångfaldigande saluförs yrkesmässigt i Österrike.”

III. Omständigheterna i det nationella målet och begäran om förhandsavgörande

15. Austro-Mechana är en upphovsrättsorganisation som i eget namn, men i sina rättsinnehavares intresse och för deras räkning tillvaratar nyttjanderätt och rätt till ersättning i samband med musikaliska verk med eller utan text. Till de intressen som upphovsrättsorganisationer som Austro-Mechana ska tillvarata hör särskilt den lagstadgade rätten till ersättning enligt 42b § stycke 1 UrhG, det vill säga rätten till ersättning för lagringsmedier.

16. Austro-Mechana väckte talan vid Handelsgericht Wien (Handelsdomstolen i Wien, Österrike) mot Strato, som är ett bolag etablerat i Tyskland och som tillhandahåller en tjänst kallad ”HiDrive”. Tjänsten i fråga är enligt leverantörens beskrivning ”ett virtuellt minne som arbetar lika snabbt och är lika enkelt att använda som en (extern) hårddisk”. Strato lockar med att lagringsplatsen ”har tillräckligt utrymme för att spara foton, musik och filmer centralt på ett enda ställe”.

17. Austro-Mechana begärde redovisning och därefter betalning av ersättning för lagringsmedier från Strato enligt 42b § stycke 1 UrhG. Enligt Austro-Mechana är 42b § stycke 1 UrhG avsiktligt formulerad i allmänna ordalag, varför ersättning för lagringsmedier är tillämplig även när alla typer av lagringsmedier ”saluförs” yrkesmässigt i Österrike – oavsett på vilket sätt och i vilken form – vilket även innefattar tillhandahållande av lagringsplats i molnet. Avgränsningen ”saluförs” avser inte den fysiska spridningen, utan ger medvetet utrymme för att inkludera alla åtgärder genom vilka användarna i Österrike således tillhandahålls lagringsplats för mångfaldigande för (eget eller) privat bruk. Dessutom klargörs det även i 42b § stycke 3 UrhG att det saknar betydelse huruvida saluföringen sker från Österrike eller från utlandet.

18. Strato bestred yrkandet. Enligt Strato framgår det inte av den gällande lydelsen av den österrikiska upphovsrättslagen att ersättning ska betalas för molntjänster. Lagstiftaren underlät snarare medvetet att införliva denna möjlighet med kännedom om de tekniska möjligheterna. Strato anser att molntjänster och fysiska lagringsmedier inte kan jämföras med varandra. En tolkning som också inkluderar molntjänster är inte möjlig. Det saluförs inga lagringsmedier, utan det tillhandahålls endast lagringsplats. Strato menar att bolaget inte säljer eller hyr ut fysiska

⁶ 9 april 1936 (BGBl. Nr. 111/1936).

⁷ 16 augusti 2018 (BGBl. Nr. 63/2018). I sin begäran om förhandsavgörande angav den hänskjutande domstolen att i Urheberrechtsgesetznovelle (ändring av upphovsrättslagen) 1980, BGBl. Nr. 321/1980, föreskrev den österrikiska lagstiftaren en rätt till skälig ersättning från alla som i Österrike yrkesmässigt saluför vissa lagringsmedier för mångfaldigande och lagring. Bestämmelsen har sedan dess anpassats till de ändrade förhållandena och till de unionsrättsliga bestämmelserna genom Urheberrechts-Novelle (ändring av upphovsrättslagstiftningen) (nedan kallad Urh-Nov) 2015, BGBl I Nr. 99/2015, genom vilken framför allt hårddiskar i datorer har inkluderats i ”alla typer av lagringsmedier” inom det regleringsområdet.

lagringsmedier till Österrike, utan endast erbjuder lagringsplats online på sina servrar som är belägna i Tyskland. Strato gör också gällande att bolaget redan indirekt betalat upphovsrättsavgift för sina servrar i Tyskland (eftersom tillverkaren eller importören har vägt in den i priset). Även de österrikiska användarna har redan betalat upphovsrättsavgift för de apparater som krävs för att innehåll ska kunna laddas upp i molnet. Ytterligare en ersättning för lagringsmedier för molnminnen skulle enligt Strato leda till dubbel eller till och med tredubbel avgiftsskyldighet.

19. Handelsgericht Wien ogillade talan. Den fann i huvudsak att upphovsmän och innehavare av närstående rättigheter ("rättsinnehavare") har rätt till skäligen ersättning när lagringsmedier saluförs yrkesmässigt (från en plats i Österrike eller utomlands), om det av ett alster som skyddas av upphovsrätt på grund av dess art kan förväntas att det mångfaldigas genom att lagras på ett lagringsmedium för eget eller privat bruk (på ett sätt som är tillåtet enligt 42 § styckena 2–7 UrhG), och detta gäller med avseende på alla typer av lagringsmedier som är lämpliga för sådana mångfaldiganden.

20. Handelsgericht Wien slog fast att 42b § stycke 1 UrhG, där det uttryckligen talas om "alla typer av lagringsmedier", även innefattar – interna och externa – hårddiskar i datorer. Handelsgericht Wien konstaterade även att molntjänster finns i de mest varierande former. Föremålet för tjänsten består i en försäkran om att användarna disponerar en viss lagringskapacitet utan att de har rätt att få innehållet lagrat på en viss server eller på vissa servrar. De kan endast hämta lagringskapaciteten "någonstans i leverantörens moln". Strato överlåter således inte några lagringsmedier till sina kunder, utan tillhandahåller lagringskapacitet online – som en tjänst. Handelsgericht Wien påpekade att i sakkunnigutlåtandet beträffande förslaget till Urh-Nov,⁸ krävdes det visserligen uttryckligen och med förslag till formuleringar att molnlagring skulle beaktas, men lagstiftaren valde medvetet att inte införa en sådan bestämmelse.

21. Austro-Mechana överklagade domen till den hänskjutande domstolen. Den hänskjutande domstolen anser att svaret på frågan huruvida artikel 5.2 b i direktiv 2001/29 omfattar lagring av upphovsrättsligt skyddat innehåll i molnet inte är helt uppenbart. I detta sammanhang konstaterar den hänskjutande domstolen att EU-domstolen i dom av den 29 november 2017, *VCAST* (C-265/16, EU:C:2017:913; nedan kallad domen *VCAST*), slog fast att lagring av skyddat innehåll i ett moln ska anses vara ett utnyttjande av rättigheter som enbart upphovsmannen får göra.

22. Mot bakgrund av ovan anförda överväganden beslöt Oberlandesgericht Wien (Regionala överdomstolen i Wien) att förklara målet vilande och ställa följande tolkningsfrågor till EU-domstolen:

- "1. Ska begreppet 'på alla typer av medier' i artikel 5.2 b i direktiv [2001/29], tolkas på så sätt att det också avser servrar som ägs av tredje part som tillhandahåller fysiska personer (kunder) lagringsplats för privat bruk (och där syftet varken direkt eller indirekt är kommersiellt) på dessa servrar, vilken kunderna använder för mångfaldigande genom lagring (molntjänst)?
2. Om denna fråga besvaras jakande: Ska den bestämmelse som nämns i den första frågan tolkas på så sätt att den är tillämplig på en nationell bestämmelse enligt vilken upphovsmannen har rätt till skäligen ersättning (ersättning för lagringsmedier (Speichermedienvergütung))

⁸ Innan det lades fram som ett lagförslag i det österrikiska parlamentet.

- när det av ett verk (som sänds i radio, tillhandahålls allmänheten eller har lagrats på ett lagringsmedium för kommersiella ändamål), på grund av dess natur, kan förväntas att det mångfaldigas för eget eller privat bruk genom att det lagras på 'någon typ av lagringsmedium som är lämpligt för sådant mångfaldigande och som saluförs yrkesmässigt i Österrike',
- och när den metod för lagring används som beskrivs i den första frågan?"

IV. Förfarandet vid domstolen

23. Skriftliga yttranden har inkommit från Austro-Mechana, Strato, den danska, den franska, den nederländska och den österrikiska regeringen samt Europeiska kommissionen.

24. Vid förhandlingen den 7 juli 2021 yttrade de sig alla muntligen med undantag av den danska regeringen.

V. Bedömning

A. Den första frågan

25. Genom sin första fråga vill den hänskjutande domstolen få klarlagt huruvida undantaget för privatkopiering i artikel 5.2 b i direktiv 2001/29 innefattar mångfaldiganden som fysiska personer gör för privat bruk på lagringsplats eller kapacitet (i molnet) som görs tillgänglig eller tillhandahålls av en tredje part som är en internetleverantör. Den hänskjutande domstolen undrar i korthet om formuleringen "på alla typer av medier" i artikel 5.2 b i direktiv 2001/29 innefattar mångfaldiganden som bygger på molntjänster som en tredje part tillhandahåller.

26. Det framgår av handlingarna i målet vid EU-domstolen att den första frågan bland annat uppkom på grund av formuleringen "saluförs yrkesmässigt i Österrike" som finns i 42b § stycke 1 UrhG. Strato har vid såväl den hänskjutande domstolen som EU-domstolen gjort gällande att den österrikiska lagstiftaren genom att använda sig av den formuleringen uppenbart hade för avsikt att införa en modell för kompensation till rättsinnehavare som enbart är inriktad på saluföring av fysiska lagringsmedier och som därmed utesluter användning av molntjänster som tillhandahålls av tredje part.⁹

27. Det framgår även av beslutet att begära förhandsavgörande att den hänskjutande domstolen önskar ett klagörande av domen *VCAST* och i synnerhet av i vilken mån den domen kan tillämpas på omständigheterna och tvisten i det nationella målet.

⁹ Jag vill redan här klargöra att jag anser att lagring av upphovsrättsligt skyddat innehåll i molnet utgör ett mångfaldigande av det innehållet. Den danska regeringen avgav att "molnbaserad lagring sker genom att en användare från ett lagringsmedium med internetanslutning och ett inbyggt minne, som en smarttelefon eller en dator, skickar det innehåll som denne har valt ut för att lagras på molntjänstens server. När användaren gör detta gör han eller hon samtidigt ett digitalt mångfaldigande av det utvalda innehållet, eftersom innehållet nu lagras både på användarens lagringsmedium och på molntjänstens server. Därefter kan användaren antingen behålla innehållet på sitt eget lagringsmedium eller radera det, till exempel för att frigöra lagringsutrymme på det egna lagringsmediet, så att innehållet bara finns i molntjänsten. Användaren kan sedan få tillgång till innehållet på molntjänstens server från vilken enhet som helst som kan anslutas till molntjänsten, vilket vanligtvis är något av användarens egna lagringsmedier och mycket ofta, med största sannolikhet, det lagringsmedium som användaren ursprungligen använde för att åstadkomma lagringen i molnet." Min kursivering.

28. Det bör påpekas att till skillnad från undantaget i artikel 5.1 i artikel 2001/29 som är av tvingande karaktär, får medlemsstaterna själva välja om de ska tillämpa undantagen eller inskränkningarna i artikel 5.2 och 5.3 i det direktivet med avseende på rätten till mångfaldigande.¹⁰

29. I sitt förslag till avgörande i de förenade målen VG Wort (C-457/11–C-460/11, EU:C:2013:34, punkterna 35–37), påpekade generaladvokat Sharpston att undantagens eller inskränkningarnas fakultativa karaktär ger medlemsstaterna en viss frihet på detta område. Hon fann således att en medlemsstat får införa en åtgärd som är mindre långtgående än bestämmelserna i fråga. Enligt generaladvokat Sharpston kan en medlemsstat till exempel enligt artikel 5.2 b i direktiv 2001/29 föreskriva ett undantag för mångfaldigande som en fysisk person gör för privata studier, eftersom tillämpningsområdet för ett sådant undantag skulle vara snävare än (och helt omfattas av) vad som tillåts enligt direktivet.

30. Det bör vidare påpekas att domstolen senare i sin dom av den 5 mars 2015, Copydan Båndkopi (C-463/12, EU:C:2015:144, punkt 33) slog fast att medlemsstaterna inte får införa närmare bestämmelser om rimlig kompensation, vilka medför en *omotiverad* skillnad i behandlingen mellan olika kategorier av näringsidkare som saluför jämförbara varor, vilka omfattas av undantaget för privatkopiering, eller mellan olika kategorier av användare av skyddade alster.

31. Jag anser att samma synsätt bör tillämpas på tjänster. Mer generellt kan sägas att även om medlemsstaterna har ett omfattande utrymme för skönsmässig bedömning¹¹ när det gäller hur de ska använda sig av undantaget i artikel 5.2 b i sin nationella lagstiftning, får de inte lagstifta om detta på ett sådant sätt att det strider mot eller på annat sätt är oförenligt med själva det bakomliggande syftet med direktiv 2001/29.¹² Det är till exempel viktigt att påpeka att en medlemsstat som väljer att använda sig av undantaget i artikel 5.2 b måste göra det på ett teknikneutralt¹³ sätt.

32. Det som förevarande mål följaktligen handlar om är det faktiska *tillämpningsområdet* för artikel 5.2 b i direktiv 2001/29 och inte i vilken *utsträckning* detta tillämpningsområde får inskränkas av en medlemsstat när den införlivar den bestämmelsen med nationell rätt genom att (kanske på ett omotiverat sätt) bara påföra en avgift för privatkopiering på vissa varor eller tjänster. Här är formuleringarna i artikel 5.2 b i direktiv 2001/29 tydliga: Medlemsstaterna *får* föreskriva undantag från den *ensamrätt till mångfaldigande* som avses i artikel 2 i det direktivet

¹⁰ I sin dom av den 10 april 2014, ACI Adam m.fl.(C-435/12, EU:C:2014:254, punkt 21), erinrade domstolen om att medlemsstaterna enligt artikel 2 i direktiv 2001/29 ska föreskriva en ensamrätt för upphovsmän att tillåta eller förbjuda direkt eller indirekt, tillfälligt eller permanent, mångfaldigande, oavsett metod och form, helt eller delvis av deras verk, samtidigt som medlemsstaterna enligt artikel 5.2 i direktivet *får* föreskriva undantag eller inskränkningar från denna rätt.

¹¹ Dom av den 5 mars 2015, Copydan Båndkopi (C-463/12, EU:C:2015:144, punkt 20 och där angiven rättspraxis).

¹² Se även artikel 5.5 i direktiv 2001/29.

¹³ Principen om teknikneutralitet kräver att tolkningen av bestämmelserna i direktiv 2001/29 inte begränsar innovation och teknisk utveckling. Se analogt, dom av den 15 april 2021, Eutelsat (C-515/19, EU:C:2021:273, punkt 48).

för mångfaldigande *på alla typer av medier* utfört av en fysisk person¹⁴ för privat bruk och där syftet varken direkt eller indirekt är kommersiellt, under förutsättning att rättsinnehavarna får rimlig kompensation.¹⁵

33. Det följer av domstolens fasta praxis att bestämmelser som artikel 5.2 b i direktiv 2001/29, som medger undantag från rätten till mångfaldigande enligt artikel 2 i det direktivet, ska tolkas restriktivt, vilket innebär att de inte kan tolkas så att det omfattar andra situationer än dem som uttryckligen anges.¹⁶ Domstolen har även slagit fast att en fysisk persons kopiering för privat bruk ska anses utgöra en handling som är ägnad att medföra skada för den berörda rättsinnehavaren, när detta sker utan föregående tillstånd från den rättsinnehavaren.¹⁷ Domstolen har även funnit att artikel 5.2 b i direktiv 2001/29 visserligen ska förstås så, att undantaget för privatkopiering förvisso förhindrar rättsinnehavaren att stödja sig på sin ensamrätt att tillåta eller förbjuda mångfaldigande för att hindra privatkopiering av deras verk. Samtidigt ska denna bestämmelse inte anses medföra att upphovsrättsinnehavaren utöver denna uttryckligt stadgade inskränkning måste tolerera intrång i sina rättigheter i samband med privatkopiering.¹⁸

34. Den hänskjutande domstolen har i sitt beslut att begära förhandsavgörande angett att 42b § stycke 1 UrhG införlivar undantaget för privatkopiering i artikel 45.2 b i direktiv 2001/29. Artikel 5.2 b i direktiv 2001/29 innehåller emellertid ingen formulering som motsvarar formuleringen ”saluförs yrkesmässigt i Österrike” i 42b § stycke 1 UrhG. Det finns heller inget som tyder på att unionslagstiftaren skulle haft för avsikt att begränsa tillämpningsområdet för artikel 5.2 b i direktiv 2001/29 till att enbart omfatta fysiska medier.

35. Tvärtom får man ett tydligt intryck av att användningen av den breda och teknikneutrala formuleringen – ”mångfaldigande *på alla typer av medier*”¹⁹ – i artikel 5.2 b i direktiv 2001/29 talar emot en sådan tolkning.²⁰ Jag anser att enbart en bokstavstolkning av den

¹⁴ Juridiska personer kan inte omfattas av detta undantag och de har inte rätt att framställa privata kopior utan föregående tillstånd från dem som innehar rättigheterna till de berörda verken eller alstren. Domstolen har i detta avseende redan slagit fast att det inte är förenligt med artikel 5.2 i direktiv 2001/29 att tillämpa avgiften för privatkopiering på bland annat utrustning, apparater och medier för digitalt mångfaldigande när dessa förvärvas av andra personer än fysiska personer och det är uppenbart att de ska användas för andra syften än privatkopiering. Dom av den 9 juni 2016, EGEDA m.fl. (C-470/14, EU:C:2016:418, punkterna 30 och 31). I sin dom av den 11 juli 2013, Amazon.com International Sales m.fl. (C-521/11, EU:C:2013:515, punkt 37), slog domstolen emellertid fast att artikel 5.2 b i direktiv 2001/29 ska tolkas så, att den inte utgör hinder för en medlemsstats lagstiftning som innebär att en avgift för privatkopiering utan åtskillnad tillämpas på dem som i första led yrkesmässigt och mot betalning saluför inspelningsmedier som kan användas för mångfaldigande samtidigt som det i samma lagstiftning föreskrivs en rätt till återbetalning av avgifter för det fall slutanvändningen av nämnda medier inte är sådan som den som avses i bestämmelsen, när, med beaktande av varje rättssystemets särdrag och de gränser som fastställts i direktiv 2001/29, det finns praktiska svårigheter som motiverar ett sådant system för finansiering av den rimliga kompensationen och rätten till återbetalning med framgång kan göras gällande och inte gör det orimligt svårt att ersätta nämnda avgift.

¹⁵ Dom av den 21 oktober 2010, Padawan (C-467/08, EU:C:2010:620, punkt 30) (nedan kallad domen Padawan).

¹⁶ Dom av den 5 mars 2015, Copydan Båndkopi (C-463/12, EU:C:2015:144, punkt 87 och där angiven rättspraxis).

¹⁷ Dom av den 21 oktober 2010, Padawan (C-467/08, EU:C:2010:620, punkt 45).

¹⁸ Se, för ett liknande resonemang, domen VCAST, punkterna 32–34 och där angiven rättspraxis. Se även analogt dom av den 10 november 2016, Vereniging Openbare Bibliotheken (C-174/15, EU:C:2016:856, punkt 70).

¹⁹ Min kursivering.

²⁰ Det kan konstateras att artikel 5.2 b i direktiv 2001/29 inte innehåller någon uttrycklig hänvisning till medlemsstaternas rättsordningar. Enligt fast rättspraxis följer det av såväl kravet på en enhetlig tillämpning av unionsrätten som av likhetsprincipen, att ordalydelsen i en unionsbestämmelse som inte innehåller någon uttrycklig hänvisning till medlemsstaternas rättsordningar för fastställandet av bestämmelsens innebörd och tillämpningsområde, ska ges en självständig och enhetlig tolkning inom hela Europeiska unionen. Se analogt, domen Padawan, punkterna 31–33, rörande begreppet ”rimlig kompensation” i artikel 5.2 b i direktiv 2001/29. Jag anser därför att begreppet ”mångfaldigande på alla typer av medier” ska ges en självständig och enhetlig tolkning inom hela Europeiska unionen.

formuleringen²¹ visar att undantaget inte är begränsat till mångfaldigande på fysiska medier eller i en analog eller icke-digital form.²² Undantaget omfattar således bland annat mångfaldigande i både analog och digital form²³ samt mångfaldigande på ett fysiskt medium som papper eller CD/DVD-skivor eller på ett något mer immateriellt medium som i det nationella målet där lagringsutrymme eller kapacitet²⁴ tillhandahålls i molnet av en internetleverantör. I det här sammanhanget ska lydelsen av artikel 5.2 b i direktiv 2001/29 jämföras med artikel 5.2 a i det direktivet, eftersom den sistnämnda artikeln uttryckligen föreskriver att den enbart omfattar ”mångfaldigande på papper eller varje annat liknande medium”.²⁵

36. Den slutsatsen stöds dessutom av ett av de viktigaste målen med direktiv 2001/29, nämligen att förhindra att upphovsrättsskyddet i EU blir förlegat eller föråldrat på grund av den tekniska utvecklingen och framväxten av nya former för utnyttjande av upphovsrättsskyddat innehåll.²⁶ Det målet skulle emellertid undergrävas om de undantag från och inskränkningar av skyddet som

²¹ Jämför dom av den 19 december 2019, Nederlands Uitgeversverbond och Groep Algemene Uitgevers (C-263/18, EU:C:2019:1111, punkt 37). I det målet fann domstolen att det inte enbart utifrån ordalydelsen i bland annat artikel 4 i direktiv 2001/29 eller någon annan bestämmelse i det direktivet, går att fastställa huruvida ett tillhandahållande av en e-bok för permanent bruk via en nedladdningslänk ska anses utgöra en överföring till allmänheten enligt artikel 3 i det direktivet – och närmare bestämt ett tillgängliggörande av ett verk för allmänheten på ett sådant sätt att enskilda kan få tillgång till detta verk från en plats och vid en tidpunkt som de själva väljer – eller en form av spridning i den mening som avses i artikel 4 i det direktivet. Efter att bland annat ha beaktat de mål som eftersträvas med artiklarna 3 och 4 i direktiv 2001/29, Wipos fördrag om upphovsrätt (nedan kallat fördraget om upphovsrätt) som antogs i Genève den 20 december 1996 och som godkändes på Europeiska gemenskapens vägnar genom rådets beslut 2000/278/EG av den 16 mars 2000 (EGT L 89, 2000, s. 6) och trädde i kraft, vad gäller Europeiska unionen, den 14 mars 2010 (EUT L 32, 2010, s. 1), samt förarbetena till direktiv 2001/29, fann domstolen att tillhandahållandet av en e-bok omfattas av begreppet ”överföring till allmänheten” i den mening som avses i artikel 3.1 i det direktivet.

²² Undantaget i artikel 5.2 b i direktiv 2001/29 ska visserligen tolkas restriktivt, men innehållet i den bestämmelsen återspeglar likväl i stort sett den motsvarande brett definierade och teknikneutrala ensamrätten till mångfaldigande i artikel 2 i direktiv 2001/29. Enligt den bestämmelsen ska medlemsstaterna föreskriva en ensamrätt att tillåta eller förbjuda direkt eller indirekt, tillfälligt eller permanent, mångfaldigande, *oavsett metod och form*. Se även artikel 9.1 i Bernkonventionen för skydd av litterära och konstnärliga verk (Parisakten av den 24 juli 1971) i dess ändrade lydelse av den 28 september 1979.

²³ I sin dom av den 27 juni 2013, VG Wort m.fl. (C-457/11–C-460/11, EU:C:2013:426, punkt 67), slog domstolen fast att sådana medier som används vid mångfaldigande och som inte är analoga, det vill säga bland annat digitala medier, inte anses omfattas av tillämpningsområdet för artikel 5.2 a i direktiv 2001/29. Ett medium ska nämligen ha en fysisk form som kan varseblivas av de mänskliga sinnena för att det ska kunna anses vara ett medium för mångfaldigande som liknar papper. Jämför dom av den 5 mars 2015, Copydan Båndkopi (C-463/12, EU:C:2015:144, punkt 25), där domstolen fann att om utrustningen, apparaterna och medierna för digitalt mångfaldigande ställs till de fysiska personernas förfogande i egenskap av privat användare, räcker det faktum att det med utrustningen, apparaterna och medierna går att framställa kopior för att motivera tillämpningen av privatkopieringsersättningen.

²⁴ Formuleringen ”något mer immateriellt medium” är förvisso avsiktligt oklar. Även vid molntjänster och moln- eller internetbaserad lagring, lagras uppgifterna i fråga – vilka kan ha upphovsrättsskyddat innehåll men inte behöver ha det – i sista hand i ett digitalt format av den som tillhandahåller molntjänsten på fysiska medier som servrar.

²⁵ Min kursivering. I sin dom av den 27 juni 2013, VG Wort m.fl. (C-457/11–C-460/11, EU:C:2013:426, punkterna 65 och 66), slog domstolen fast att det följer av lydelsen i artikel 5.2 a i direktiv 2001/29, vilken uttryckligen avser papper, att medier som inte har egenskaper som är jämförbara och likvärdiga med papprets egenskaper inte omfattas av tillämpningsområdet för denna undantagsbestämmelse. Om så inte vore fallet, skulle nämligen detta undantags ändamålsenliga verkan inte kunna säkerställas, bland annat med beaktande av undantaget i artikel 5.2 b i direktiv 2001/29 som avser ”mångfaldigande på alla typer av medier”. I sitt förslag till avgörande i de förenade målen VG Wort (C-457/11–C-460/11, EU:C:2013:34, punkt 39), anmärkte generaladvokat Sharpston att definitionen i artikel 5.2 a endast tillåter undantag eller inskränkningar avseende metoden för mångfaldigandet och det medium som används, medan artikel 5.2 b endast hänvisar till vem som utför mångfaldigandet och i vilket syfte det ske. För en bedömning av skillnaden mellan tillämpningsområdet för artikel 5.2 a och för artikel 5.2 b i direktiv 2001/29, se även förslag till avgörande av generaladvokaten Cruz Villalón i målet Hewlett-Packard Belgium (C-572/13, EU:C:2015:389, punkterna 35–54). Se även dom av den 12 november 2015, Hewlett-Packard Belgium (C-572/13, EU:C:2015:750, punkterna 28–43) rörande de överlappande tillämpningsområdena för artikel 5.2 a respektive 5.2 b i direktiv 2001/29.

²⁶ Se skäl 5 i direktiv 2001/29.

enligt skäl 31 i direktiv 2001/29 fastställs med hänsyn till den nya elektroniska miljön, skulle tolkas på ett sätt som innebär att liknande hänsyn inte ska tas till denna tekniska utveckling och i synnerhet framväxten av digitala medier och molntjänster.²⁷

37. Min slutsats i den här frågan påverkas inte av att upphovsrättsligt skyddat innehåll mångfaldigas på lagringsplats i molnet som gjorts tillgängligt eller tillhandahållits av en tredje part som är en internetleverantör. I domen *VCAST*,²⁸ vilken också handlade om molntjänster – om än i ett annat sammanhang där olaglig nedladdning av upphovsrättsligt skyddat tv-material möjliggjordes – upprepade domstolen sin fasta praxis att det inte krävs att de berörda privatpersonerna förfogar över utrustning för mångfaldigande för att de med framgång ska kunna göra gällande artikel 5.2 b i direktiv 2001/29. Apparater eller *en tjänst för mångfaldigande* kan således även tillhandahållas av tredje man, vilket utgör den nödvändiga faktiska förutsättningen för att fysiska personer ska kunna erhålla privatkopior.²⁹

38. Som jag nyss påpekade användes i det mål som gav upphov till domen *VCAST* molnteknik av *VCAST* för att på kommersiell grund ge tillgång till (upphovsrättsligt skyddade) tv-program som producerats av italienska tv-kanaler. I det målet tillhandahöll *VCAST* på ett rättsstridigt sätt sina kunder en molntjänst för fjärrstyrd videoinspelning.³⁰ Förevarande mål rör däremot enbart tillhandahållande av lagringskapacitet i molnet och en *möjlighet* för fysiska personer att för privat bruk lagra lagligt förvärvat upphovsrättsligt skyddat material på tjänsteleverantörens datorer/servrar. Dessa moderna tekniska framsteg får dock inte skymma det faktum att ur rättslig synvinkel kan detta vara likvärdigt med att fotokopiera en hel bok eller att ”bränna” en kopia av en CD-skiva på en dators hårddisk, när boken eller CD-skivan, för att ta de här exemplen, båda har köpts av konsumenten i fråga.³¹

39. Det upphovsrättsintrång som framkom i domen *VCAST* var visserligen mer flagrant och skadligt för rättsinnehavaren än det som eventuellt har framkommit genom omständigheterna i förevarande mål, eftersom överföringen till allmänheten i det målet hade formen av en olaglig sändning som inte hade godkänts av rättsinnehavaren. Faktum kvarstår dock att i båda fallen mångfaldigar en fysisk person upphovsrättsligt skyddat innehåll på ett ”medium”. Det framgår

²⁷ I skäl 31 i direktiv 2001/29 anges uttryckligen att de befintliga undantag och inskränkningar från rättigheterna som fastställts av medlemsstaterna måste bli föremål för en ny bedömning där hänsyn tas till den nya elektroniska miljön. Domstolen slog i sin dom av den 4 oktober 2011, *Football Association Premier League m.fl.*(C-403/08 och C-429/08, EU:C:2011:631, punkterna 161–164) med avseende på det *obligatoriska* undantag från rätten till mångfaldigande som föreskrivs i artikel 5.1 i direktiv 2001/29, att tolkningen av villkoren i den bestämmelsen måste göras på ett sådant sätt att det införda undantagets ändamålsenliga verkan säkerställs och att dess syfte följs, såsom framgår av bland annat skäl 31 i det direktivet. Domstolen fann vidare att ” [i] enlighet med sitt syfte bör detta undantag således möjliggöra och säkerställa nya teknologiers utveckling och funktion, samt upprätthålla en skäligen avvägning mellan å ena sidan rättigheter och intressen hos rättighetsinnehavarna och å andra sidan rättigheter och intressen hos användarna av skyddade alster som önskar dra nytta av dessa nya teknologier”. Se även dom av den 5 juni 2014, *Public Relations Consultants Association* (C-360/13, EU:C:2014:1195, punkt 24). Jag ser inget skäl att fråga det synsättet i förevarande mål trots att undantaget i artikel 5.2 b i direktiv 2001/29 är fakultativt och att dess tillämpningsområde ska tolkas restriktivt.

²⁸ Se punkt 35 i domen *VCAST* och där angiven rättspraxis.

²⁹ I sin dom av den 5 mars 2015, *Copydan Båndkopi* (C-463/12, EU:C:2015:144, punkt 86) påpekade domstolen att ordalydelsen i artikel 5.2 b i direktiv 2001/29 inte ger någon som helst precisering av beskaffenheten av den anordning varigenom, eller med vars hjälp, privatkopieringen äger rum. I synnerhet nämns inget om med vilken rätt, i juridiskt hänseende, den fysiska person som utför mångfaldigandet för privat bruk innehar den anordning som vederbörande använder. Denna kan exempelvis innehas med äganderätt. Domstolen slog vidare i punkt 91 i den domen fast att direktiv 2001/29 inte utgör hinder för en nationell lagstiftning som föreskriver rimlig kompensation för mångfaldigande av skyddade verk som utförs av en fysisk person genom, eller med hjälp av, en anordning som tillhör en utomstående.

³⁰ I punkt 15 i domen *VCAST* angav domstolen att ”rent praktiskt sker [detta] genom att användaren väljer ut den sändning som ska spelas in på *VCAST*:s webbplats som innehåller alla program på de tv-kanaler som ingår i den tjänst som nämnda företag tillhandahåller. Användaren kan antingen ange ett visst program eller ett visst tidsintervall. Därefter fångar *VCAST*:s system upp tv-signalen med hjälp av sina egna antenner och spelar in det program som valts på den lagringsplats i molnet som användaren anvisat. *Nämnda lagringsplats har användaren dessförinnan köpt av en annan leverantör.*” Min kursivering.

³¹ Den franska regeringen påpekade att en privatperson kan spela in sitt *lagligen* förvärvade musik- eller videobibliotek i molnet och lätt få tillgång till dem, utan att behöva använda verkens fysiska medium.

således klart av domen VCAST (och tidigare rättspraxis) att domstolen redan underförstått har godtagit att denna rättspraxis och artikel 5.2 b i direktiv 2001/29 är tillämpliga på sådana mångfaldiganden av upphovsrättsligt skyddat innehåll i molnet.³² Inte heller här får man bortse från det faktum att i de fall där en medlemsstat använder sig av alternativet i artikel 5.2 b är en fysisk persons mångfaldigande för privat bruk inte rättsstridigt³³ under förutsättning att en rimlig kompensation betalas.

40. Den som tillhandahåller sådana anordningar eller tjänster för mångfaldigande, får emellertid inte göra upphovsrättsligt skyddat innehåll tillgängligt utan rättsinnehavarens tillstånd. Artikel 5.2 b i direktiv 2001/29 förutsätter således att rättsinnehavaren inte på annat sätt har berövats sin rätt att förbjuda eller tillåta tillgång till det skyddade innehåll som fysiska personer kan vilja kopiera för privat bruk i enlighet med bestämmelserna i direktivet.³⁴ I sin dom av den 10 april 2014, ACI Adam m.fl. (C-435/12, EU:C:2014:254, punkt 41), slog domstolen fast att artikel 5.2 b i direktiv 2001/29 ska tolkas så, att den inte omfattar privatkopior från en olaglig källa.³⁵

41. Enligt artikel 5.2 b i direktiv 2001/29, rör det undantag eller den inskränkning som föreskrivs där enbart den rätt till mångfaldigande som avses i artikel 2 i det direktivet.³⁶ Det omfattar bland annat *inte* den rätt till överföring av verk till allmänheten och att göra andra alster tillgängliga för allmänheten som avses i artikel 3 i det direktivet.

42. Det framgår tydligt av de faktiska omständigheterna i domen VCAST att internetleverantören i det fallet hade tillhandahållit två tjänster som utgjordes av *att mångfaldiga och ställa de verk och alster som berörs till förfogande*, vilka sedan sparades på en lagringsplats i molnet som *användaren har köpt från en annan leverantör*.³⁷ Som jag tidigare har nämnt finns det i de faktiska omständigheter som den hänskjutande domstolen har redovisat inget som tyder på att Strato skulle ha tillhandahållit fysiska personer några andra tjänster än lagringskapacitet i molnet för privat bruk.

43. Mot bakgrund av ovanstående överväganden anser jag att formuleringen ”på alla typer av medier” i artikel 5.2 b i direktiv 2001/29 innefattar mångfaldiganden som bygger på molntjänster som en tredje part tillhandahåller.

³² I sitt förslag till avgörande i målet VCAST (C-265/16, EU:C:2017:649, punkterna 23–28), fann generaladvokat Szpunar att det inte finns något som tyder på att artikel 5.2 b i direktiv 2001/29 utgör hinder för att ett mångfaldigande inom ramen för det undantag som föreskrivs i den artikeln utförs på en lagringsplats i molnet. Generaladvokat Szpunar konstaterade att mångfaldigande och lagring i molnet kräver ett aktivt ingripande från tredje man. Han ansåg emellertid inte att denna form av mångfaldigande ska uteslutas från tillämpningsområdet för undantaget för privatkopiering i artikel 5.2 b i direktiv 2001/29 enbart av det skälet att tredje mans ingripande går utöver att enbart tillhandahålla medier och utrustning. Så länge som det är användaren som tar initiativ till mångfaldigandet, och som definierar vad som ska mångfaldigas och hur mångfaldigandet ska gå till, finns det enligt generaladvokat Szpunar ingen avgörande skillnad mellan en sådan handling och det mångfaldigande som utförs av samma användare med hjälp av utrustning som denne har direkt kontroll över.

³³ Under förutsättning att de har fått tillgång till det upphovsrättsligt skyddade innehållet på laglig väg.

³⁴ Dom av den 29 november 2017, VCAST (C-265/16, EU:C:2017:913, punkt 39).

³⁵ I sin dom av den 5 mars 2015, Copydan Båndkopi (C-463/12, EU:C:2015:144, punkt 82), bekräftade domstolen att artikel 5.2 b i direktiv 2001/29 fastställer ett undantag från en rättsinnehavares ensamrätt att tillåta eller förbjuda mångfaldigande av det aktuella verket. Detta förutsätter att föremålet för det mångfaldigande som avses i bestämmelsen är ett skyddat verk, *som inte är förfalskat eller piratkopierat*.

³⁶ Se skäl 32 i direktiv 2001/29, där det bland annat anges att ”[v]issa undantag och inskränkningar [endast] gäller ... mångfaldiganderätten, när så är lämpligt”. Undantaget för privatkopiering i artikel 5.2 b i direktiv 2001/29 är tillämpligt på mångfaldigande av verk, upptagningar av framföranden, fonogram, upptagningar av filmer och upptagningar av utsändningar.

³⁷ VCAST gav sina användare tillgång till ett system på internet som gjorde det möjligt att spela in och lagra sändningar från italienska markbundna tv-kanaler. Användaren valde ett visst program eller ett visst tidsintervall på VCAST:s webbplats. Därefter fångade VCAST:s system upp tv-signalen med hjälp av sina egna antenner och spelade in det program som valts på den lagringsplats i molnet som användaren anvisat. *Nämnda lagringsplats hade användaren dessförinnan köpt av en annan leverantör*. Förevarande mål är således nytt, eftersom VCAST till skillnad från Strato inte självt tillhandahöll lagring av data.

B. Den andra frågan

44. Mot bakgrund av mitt förslag till svar på den första tolkningsfrågan, är det nödvändigt att besvara den hänskjutande domstolens andra fråga. Genom den andra frågan vill den hänskjutande domstolen i korthet få klarlagt huruvida artikel 5.2 b i direktiv 2001/29 kräver att nationell lagstiftning om privatkopiering som 42b § stycke 1 UrhG ska föreskriva att skälig ersättning ska betalas till rättsinnehavare för lagringskapacitet i molnet som tredje part tillhandahåller fysiska personer för privat bruk. Denna fråga ställs mot bakgrund av att 42b § stycke 1 UrhG inte föreskriver någon skyldighet att betala avgifter för molntjänster. Bestämmelsen föreskriver emellertid en skyldighet att betala avgifter för en rad medier.

45. Det ska här erinras om att Strato gjorde gällande vid den hänskjutande domstolen att bolaget ”indirekt har betalat upphovsrättsavgift för sina servrar i Tyskland (eftersom tillverkaren eller importören har vägt in den i priset), och även (de österrikiska) användarna har redan betalat upphovsrättsavgift för de apparater som krävs för att innehåll ska kunna laddas upp i molnet. Ytterligare en ersättning för lagringsmedier för molnminnen skulle leda till dubbel eller till och med tredubbel avgiftsskyldighet.”

1. Argument

46. Austro-Mechana anser att mångfaldigande i molnet vållar rättsinnehavarna skada på liknande sätt som distribution av inspelningsmedier eller apparater för mångfaldigande eller tillhandahållande av tjänster för mångfaldigande och därför måste bli föremål för en skälig ersättning. Austro-Mechana anser därför att 42b § stycke 1 UrhG ska tolkas i överensstämmelse med artikel 5.2 b i direktiv 2001/29, på så sätt att den rimliga kompensation som föreskrivs där ska betalas för tillhandahållande av tjänster för mångfaldigande i molnet.

47. Strato anser att den österrikiska lagstiftaren uttryckligen undantog molntjänster från 42b § stycke 1 UrhG för att undvika dubbel eller tredubbel avgiftsskyldighet. Strato påpekar att för att molntjänster ska kunna användas, måste det skyddade materialet finnas på ett lagringsmedium innan det kan laddas upp i molnet. Enligt österrikisk lag måste en upphovsrättsavgift betalas för det lagringsmedium (en mobiltelefon, dator eller surfplatta) med hjälp av vilket privatkopieringen görs. Dessutom menar Strato att användaren betalar en royalty för att få tillgång till originalet. Strato gör vidare gällande att användaren inte kan göra så mycket med inspelningen av privatkopieringen i sig i molnet. I stället använder sig den privata användaren av molnet för att få tillgång till det nedladdade innehållet på annan terminalutrustning eller för att spara det där. Sådan utrustning har emellertid egna lagringsmedier för vilka en avgift tas ut. Enligt Strato har rättsinnehavarna enbart på användarsidan upp till tre olika intäktskällor: För det första det inledande förvärvet av verket, för det andra lagringen på den terminalutrustning som används för uppladdning, för vilken en avgift ska erläggas, och för det tredje lagring på den terminalutrustning som används för nedladdning, för vilken en avgift också ska erläggas. Strato anser även, analogt med dom av den 27 juni 2013, VG Wort m.fl. (C-457/11–C-460/11, EU:C:2013:426, punkt 78), att när apparater som sammanlänkats används för privatkopiering, får kravet på rimlig kompensation åläggas en av de sammanlänkade apparaterna.

48. Den österrikiska regeringen anser att en server med hjälp av vilken molntjänster erbjuds privatpersoner, utgör ett inspelningsmedium för vilket tillverkaren eller importören är skyldig att betala ersättning. Denna ersättning vältras över på den som tillhandahåller molntjänsterna. Det behöver därför inte riktas något ytterligare krav på ersättning mot den som tillhandahåller molntjänsterna och det riskerar dessutom att ge upphov till överkompensation.

49. Den danska regeringen anser att molntjänster inte kan likställas med att tillhandahålla privatpersoner digital utrustning eller digitala apparater och medier för mångfaldigande eller att tillhandahålla dem en tjänst för mångfaldigande. Den anser därför att domen Padawan, vilken är tillämplig på fysiska lagringsmedier som CD- och DVD-skivor och meddelades innan molntjänster fanns, inte kan tillämpas på omständigheterna i förevarande mål. Enligt den danska regeringen är molntjänster inte nödvändiga för att fysiska personer ska kunna få tillgång till kopior för privat bruk. Molntjänster är bara en digital lagringsplats för digitalt innehåll, och privatpersoner kan bara få tillgång till innehåll som lagras på det sättet med hjälp av det slags lagringsmedier som används för att först påbörja lagringen, det vill säga smarttelefoner och datorer. Det är därför dessa inledande lagringsmedier – och inte molntjänsten – som är den nödvändiga förutsättningen för att personer ska kunna få tillgång till en kopia för privat bruk. Ett system där molntjänster är avgiftsbelagda förefaller därför inte vara förenligt med kravet på en "skälig avvägning" i skäl 31 i direktiv 2001/29. Den danska regeringen anser att det kan finnas en icke-försumbar risk för överkompensation, genom att det betalas avgifter flera gånger för en och samma kopia för privat bruk. Detta kan bland annat förekomma i fall där två avgifter betalas för det lagringsmedium på vilket kopian görs och för den efterföljande tjänst som utgörs av dess lagring (till exempel en molntjänst).

50. Den franska regeringen har påpekat att servrar som används av tjänsteleverantörer, även om de är föremål för en privatkopieringsavgift, inte nödvändigtvis omsätts och förvärvas inom den medlemsstat som berörs av privatkopieringen. Den omständigheten att dubbel ersättning inte kan uteslutas, bör därför inte medföra att möjligheten för en medlemsstat att ålägga den som tillhandahåller molntjänster till personer som är bosatta inom den statens territorium att betala avgifter, utesluts. I annat fall skulle den faktiska ersättningen för den förlust som privatkopieringen ger upphov till i det här sammanhanget bli obefintlig.³⁸ Under alla förhållanden utgör privatkopieringsavgifter som betalas i den berörda medlemsstaten för de apparater som är nödvändiga för att ladda upp innehåll från en molntjänst, inte någon dubbelbetalning i förhållande till den ersättning som den som tillhandahåller den tjänsten ska betala. Mångfaldiganden på sådana apparater som ger upphov till en privatkopieringsavgift utgör privatkopiering som skiljer sig från den som sker i molntjänsten. Vart och ett av dessa mångfaldiganden ger upphov till en bestämd skada i den berörda medlemsstaten och kräver att en rimlig kompensation betalas.

2. Domen Padawan

51. Eftersom hela den här frågan om privatkopiering och rimlig kompensation prövades för första gången av domstolen i domen Padawan, kan det vara lämpligt att se lite närmare på den domen.

52. I det målet krävde en spansk upphovsrättsorganisation att ett bolag som sålde CD-, DVD- och MP3-spelare skulle betala vad som beskrevs som en privatkopieringsavgift som föreskrivs i spansk lag. Padawan bestred betalningsskyldighet med motiveringen att det strider mot direktiv 2001/29 att tillämpa denna avgift på digitala medier utan åtskillnad och oberoende av hur medierna ska användas.

³⁸ Den franska regeringen hänvisade till dom av den 11 juli 2013, Amazon.com International Sales m.fl. (C-521/11, EU:C:2013:515, punkterna 64 och 65), vilken handlade om möjligheten för en person som tidigare har betalat den avgiften i en medlemsstat som saknar territoriell behörighet att ansöka om återbetalning av den i enlighet med den medlemsstatens nationella rätt.

53. Domstolen påpekade först att ”en fysisk persons kopiering för privat bruk ska anses utgöra en handling som är ägnad att medföra skada för det berörda verkets upphovsman”.³⁹ Samtidigt som den slog fast att det i princip ankommer på denna person att ersätta ”den skada som uppkommit genom mångfaldigandet genom att finansiera rättsinnehavarens kompensation”,⁴⁰ pekade den även på de praktiska svårigheter som är förenade med att identifiera privat användarnas överträdelse och att den skada som kan följa av varje enskild överträdelse kan visa sig *obetydlig*, varvid det inte uppkommer någon betalningsskyldighet.

54. Domstolen slog därefter fast att ”medlemsstaterna – i syfte att finansiera den rimliga kompensationen – får införa en ersättning för privatkopiering, som inte belastar de berörda privatpersonerna utan dem som förfogar över utrustning, apparater och medier för digitalt mångfaldigande och, i denna egenskap, rättsligt eller faktiskt ställer utrustningen till privatpersoners förfogande eller tillhandahåller dem en tjänst i form av mångfaldigande. Inom ramen för ett sådant system ska avgiften för privatkopiering tas ut av dem som förfogar över utrustningen. I ett sådant system är det visserligen inte, i motsats till vad som förefaller krävas enligt skäl 31 i direktivet, användarna av skyddade alster som ska finansiera den rimliga kompensationen. Den verksamhet som utövas av dem som ska finansiera kompensationen, nämligen att ställa utrustning, apparater och medier för mångfaldigande till privat användares förfogande, eller att tillhandahålla dessa en tjänst i form av mångfaldigande, utgör emellertid den nödvändiga objektiva förutsättningen för att fysiska personer ska kunna erhålla privatkopior. Vidare finns det inget som hindrar att dessa avgiftsskyldiga personer i sin tur överför avgiften för privatkopiering genom att låta den få genomslag på priset för att tillhandahålla utrustningen, apparaterna och medier för mångfaldigande eller priset för den tillhandahållna mångfaldigandetjänsten. Kostnaden för en sådan avgift hamnar på detta sätt slutligen på de privat användare som betalar nämnda pris. Under dessa omständigheter ska den privat användare, till förmån för vilken utrustningen, apparaterna och medierna för mångfaldigande tillhandahålls, eller som utnyttjar en tjänst i form av mångfaldigande i realiteten betraktas som ’indirekt betalningsskyldig’ för den rimliga kompensationen.”⁴¹

55. Domstolen drog därefter slutsatsen att eftersom avgiftssystemet gör det möjligt för de som är skyldiga att betala ersättning till de upphovsrättsorganisationer som företräder rättsinnehavarna att föra kostnaden för avgiften vidare på privat användarna när dessa köper till exempel inspelningsutrustning, måste systemet anses uppfylla kravet på den skäligen avvägning som ska göras mellan rättsinnehavarnas och andra personers intressen.⁴²

56. Domstolen fann också att det fanns ett nödvändigt samband mellan uttaget av avgiften från privata konsumenter och den eventuella skada som rättsinnehavare kan lida till följd av privatkopiering. Eftersom sådana konsumenter får antas ”använda sig av utrustningens samtliga funktioner, däribland möjligheten till mångfaldigande”, är den omständigheten att det är möjligt

³⁹ Domen Padawan, punkt 44.

⁴⁰ Domen Padawan, punkt 45.

⁴¹ Domen Padawan, punkterna 46–48.

⁴² Domen Padawan, punkt 49. Strävan efter en skäligen avvägning i samband med upphovsrätt kan även aktualisera behovet av att förena de immateriella rättigheter som garanteras i artikel 17.2 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (nedan kallad stadgan), den yttrandefrihet och informationsfrihet som garanteras genom artikel 11 i stadgan och allmänintresset. Se dom av den 9 mars 2021, VG Bild-Kunst (C-392/19, EU:C:2021:181, punkt 54 och där angiven rättspraxis). Se även för en allmän diskussion om karaktären och komplexiteten hos de undantag och inskränkningar som föreskrivs i artikel 5.2 och 5.3 i direktiv 2001/29, dom av den 29 juli 2019, Funke Medien NRW (C-469/17, EU:C:2019:623, punkterna 34–54). Vidare påpekade domstolen att undantagen i artikel 5 i direktiv 2001/29 ska tillämpas med iakttagande av principen om likabehandling, som utgör en allmän princip i unionsrätten och vilken stadfästas i artikel 20 i stadgan, och som enligt domstolens fasta praxis innebär att lika situationer inte får behandlas olika och att olika situationer inte får behandlas lika, såvida det inte finns sakliga skäl för en sådan behandling. Dom av den 22 september 2016, Microsoft Mobile Sales International m.fl. (C-110/15, EU:C:2016:717, punkt 44).

att använda utrustningen eller apparaterna för att göra kopior ”i sig tillräcklig för att tillämpningen av avgiften för privatkopiering ska vara motiverad, dock under förutsättning att de fysiska personerna har tillhandahållits utrustningen eller apparaterna i egenskap av privat användare”.⁴³

3. Bedömning

57. Som framgått föreskriver artikel 5.2 b i direktivet att medlemsstater som väljer att föreskriva ett undantag för ”privat bruk” är skyldiga att inom ramen för sin behörighet säkerställa en effektiv uppbörd av den rimliga kompensation som är avsedd som ersättning till rättsinnehavarna.⁴⁴ Eftersom artikel 5.2 b i direktiv 2001/29 är fakultativ och inte innehåller några närmare uppgifter om de olika parametrarna i det system för rimlig kompensation som den kräver att det ska införas, är det uppenbart att medlemsstaterna måste ha ett omfattande utrymme för skönsmässig bedömning när det gäller parametrarna i deras nationella lagstiftning.⁴⁵ Medlemsstaterna får således avgöra vilka personer som ska betala den rimliga kompensationen,⁴⁶ samt fastställa formen, de närmare bestämmelserna om och nivån på denna rimliga kompensation, i enlighet med direktiv 2001/29 och mer generellt med unionsrätten, även om domstolen tidigare har slagit fast att denna rimliga kompensation är ett självständigt unionsrättsligt begrepp.⁴⁷ Som framgår av skäl 35 och 38 i direktiv 2001/29, avspeglar artikel 5.2 b i direktivet unionslagstiftarens avsikt att fastställa ett särskilt ersättningssystem som utlöses av en motbevisbar presumtion om att rättsinnehavarna har vållats skada under vissa förhållanden och som i princip medför en skyldighet för användarna att kompensera dem.⁴⁸

58. Med tanke på att möjligheterna för kopiering – i synnerhet i den digitala miljön – är allmänt utbredda och tillgängliga, införde unionslagstiftaren undantaget för privatkopiering i artikel 5.2 b i direktiv 2001/29 för att säkerställa att rättsinnehavarna inte på ett oskäligt sätt skulle lida skada⁴⁹

⁴³ Domen Padawan, punkterna 55 och 56.

⁴⁴ Dom av den 9 juni 2016, EGEDA m.fl. (C-470/14, EU:C:2016:418, punkt 21).

⁴⁵ Omfattningen av det utrymme för skönsmässig bedömning som medlemsstaterna förfogar över vid införlivandet av något av undantagen eller inskränkningarna i artikel 5.2 och 5.3 i direktiv 2001/29 ska bedömas från fall till fall, beroende på bland annat bestämmelsens lydelse. Den harmoniseringsgrad som unionslagstiftaren förutsett för undantagen och inskränkningarna är nämligen beroende av deras betydelse för en väl fungerande inre marknad, såsom det erinras om i skäl 31 i direktiv 2001/29. Dom av den 29 juli 2019, Funke Medien NRW (C-469/17, EU:C:2019:623, punkt 40).

⁴⁶ Under förutsättning att kostnaden för kompensationen *slutligen hamnar på privat användarna*. Mot bakgrund av de praktiska svårigheterna med att kassera in den rimliga kompensationen från privat användarna, har domstolen funnit att medlemsstaterna har rätt att finansiera den rimliga kompensationen genom en avgift som tas ut av de personer som ställer utrustning, apparater och medier för digitalt mångfaldigande till privatpersoners förfogande. Eftersom privatkopieringsavgiften kan övervältras på privat användarna genom att den inkluderas i priset för att tillhandahålla nämnda utrustning, apparater och medier för mångfaldigande eller i priset för den tillhandahållna mångfaldigandetjänsten, är systemet acceptabelt eftersom kostnaden för avgiften slutligen hamnar på privat användaren. Artikel 5.2 b i direktiv 2001/29 utgör däremot hinder för ett system för rimlig kompensation för privatkopiering som finansieras via statsbudgeten, vilket betyder att det inte är möjligt att garantera att det är användarna av de privata kopiorna som i slutändan får bära kostnaden för den rimliga kompensationen. Se, för ett liknande resonemang, dom av den 9 juni 2016, 2016, EGEDA m.fl. (C-470/14, EU:C:2016:418, punkterna 33–42).

⁴⁷ Domen Padawan, punkt 37.

⁴⁸ Se dom av den 11 juli 2013, Amazon.com International Sales m.fl. (C-521/11, EU:C:2013:515, punkt 40) och dom av den 22 september 2016, Microsoft Mobile Sales International m.fl. (C-110/15, EU:C:2016:717, punkt 26).

⁴⁹ Artikel 5.2 b i direktiv 2001/29 innebär att en medlemsstat som har infört ett undantag för privatkopiering i sin nationella rätt även har en skyldighet att uppnå ett visst resultat på så sätt att medlemsstaten inom ramen för sin behörighet ska säkerställa en effektiv uppbörd av den rimliga kompensation som ska ersätta innehavarna av ensamrätten till mångfaldigande för deras skada, särskilt när den uppstår i den berörda medlemsstaten. Det kan presumeras att skadan som rättsinnehavaren lider till följd av privatkopieringen uppkommer i den medlemsstat där slutanvändarna är bosatta. Dom av den 11 juli 2013, Amazon.com International Sales m.fl. (C-521/11, EU:C:2013:515, punkterna 57 och 58 och där angiven rättspraxis).

på grund av sådan kopiering.⁵⁰ När en medlemsstat väljer att införa ett sådant undantag för privatkopiering som avses i artikel 5.2 b i direktiv 2001/29 i sin nationella rätt, är de bland annat skyldiga att föreskriva att en *rimlig* kompensation ska betalas till rättsinnehavaren.

59. En rimlig kompensation är en kompensation som varken *över- eller underkompenserar*⁵¹ rättsinnehavarna för den skada de lider till följd av privatkopiering. Det bör här påpekas att kravet på en rimlig kompensation för sådan kopiering som föreskrivs i artikel 5.2 b i direktiv 2001/29 till sin art utgör ett substitut eller ett approximativt värde för den skada som orsakats rättsinnehavarna. Med hänsyn till kopieringens privata karaktär, är den svår – för att inte säga omöjlig – att övervaka eller upptäcka och domstolen har därför medgett att medlemsstaterna inom ramen för sitt utrymme för skönsässig bedömning får tillämpa vissa motbevisbara presumtioner när det gäller privatkopiering.⁵²

60. Såsom domstolen påpekade i punkt 41 i dom av den 11 juli 2013, Amazon.com International Sales m.fl. (C-521/11, EU:C:2013:515), är nämligen ett ersättningssystem för privatkopiering i dagsläget *med nödvändighet inexakt* med avseende på de flesta inspelningsmedier, eftersom det är omöjligt att fastställa vilket verk som i praktiken har mångfaldigats av vilken användare och på vilket medium.⁵³ Domstolen har beträffande utrustning, apparater och medier för digitalt mångfaldigande slagit fast att det är givet att storleken på en sådan avgift som fastställs på förhand inte kan bestämmas utifrån den verkliga skadan, eftersom det vid den tidpunkt då apparaterna släpps ut på marknaden i landet i fråga fortfarande är okänt hur stor skadan kommer att bli. Avgiften måste alltså med nödvändighet vara schablonmässig.⁵⁴

61. I skäl 35 i direktiv 2001/29 klargörs det också att det i fall i vilka rättsinnehavaren redan har erhållit betalning ”i någon annan form, till exempel som del av en licensavgift”, inte behöver krävas någon särskild eller separat betalning.⁵⁵ Som klargörs av skäl 35 i direktiv 2001/29, kan det således finnas situationer där ”förfånget för rättsinnehavaren är obetydligt” och det därför ”inte [behöver] uppkomma någon betalningsskyldighet”. Det ska även klargöras att i enlighet med artikel 6 i direktiv 2001/29, så som den tolkades av domstolen i dess dom av den 5 mars 2015, Copydan Båndkopi (C-463/12, EU:C:2015:144, punkt 72), står det den berörda medlemsstaten fritt att göra den konkreta nivån på kompensationen till rättsinnehavarna avhängig av om tekniska åtgärder har vidtagits eller inte, så att rättsinnehavarna ges ett verkligt incitament att vidta sådana åtgärder och att de på så sätt frivilligt bidrar till att undantaget för privatkopiering tillämpas på ett korrekt sätt.

⁵⁰ Det bör erinras om att undantaget för privatkopiering bara är tillämpligt när mångfaldigandet för privat bruk görs från en laglig källa. I sin dom av den 10 april 2014, ACI Adam m.fl. (C-435/12, EU:C:2014:254) fann domstolen att ett system för avgifter för privatkopiering som inte skiljer mellan lagliga och olagliga källor vid mångfaldigande för privat bruk, inte upprätthåller en skälig avvägning mellan rättsinnehavarna och användarna.

⁵¹ Sådana situationer är inte förenliga med kravet på en ”skälig avvägning” i skäl 31 i direktiv 2001/29. Dom av den 12 november 2015, Hewlett-Packard Belgium (C-572/13, EU:C:2015:750, punkt 86) och av den 22 september 2016, Microsoft Mobile Sales International m.fl. (C-110/15, EU:C:2016:717, punkt 51).

⁵² Dom av den 11 juli 2013, Amazon.com International Sales m.fl. (C-521/11, EU:C:2013:515, punkterna 41–45 och där angiven rättspraxis).

⁵³ Se även dom av den 22 september 2016, Microsoft Mobile Sales International m.fl. (C-110/15, EU:C:2016:717, punkt 35). Teoretisk sett kan den omständigheten att en sådan avgift betalas därför inte ersätta en individuell bedömning av den skada som rättsinnehavaren orsakas i varje enskilt fall.

⁵⁴ Dom av den 12 november 2015, Hewlett-Packard Belgium (C-572/13, EU:C:2015:750, punkterna 70 och 71).

⁵⁵ I sitt förslag till avgörande i målet Copydan Båndkopi (C-463/12, EU:C:2014:2001, punkterna 60 och 61) påpekade generaladvokat Cruz Villalón att det i skäl 35 i direktiv 2001/29 anges att ”[i] de fall när rättsinnehavarna redan har erhållit betalning i någon annan form, t.ex. som en del av en licensavgift, behöver det inte krävas någon särskild eller separat betalning”. Han ansåg att det ”skulle kunna utläsas av detta skäl att direktiv 2001/29 överläter åt medlemsstaterna att besluta huruvida det är lämpligt att förhindra all överkompensation, det vill säga se till att användarna inte hamnar i situationen att de är tvungna att två gånger betala den avgift för privatkopiering som är avsedd att finansiera den rimliga kompensationen, en första gång i samband med det lagliga förvärvet i handeln av filer som innehåller verk och en andra gång i samband med förvärvet av medier för mångfaldigande, såsom tycks kunna vara fallet i det nationella målet”.

62. Vidare slog domstolen i punkt 78 i dom av den 27 juni 2013, VG Wort m.fl. (C-457/11–C-460/11, EU:C:2013:426) fast att "[f]ör det fall att de ifrågavarande mångfaldigandena genomförs som en enda process, med hjälp av apparater som sammanlänkats, får medlemsstaterna beakta de steg som föregår själva kopieringen och får i förekommande fall införa ett system som innebär att de som förfogar över en av de apparater som sammanlänkats och som på ett icke fristående sätt bidrar till processen ska erlägga den rimliga kompensationen, i den mån som dessa personer har möjlighet att övervältra kostnaden härför på sina kunder. Det totala belopp som den rimliga kompensationen uppgår till och som ska erläggas som en ersättning för den skada som rättsinnehavarna åsamkats till följd av en sådan sammanhållen mångfaldigandeprocess, ska dock inte påtagligt skilja sig från det belopp som fastställts för mångfaldigande som genomförts med hjälp av en enda apparat."

63. Jag kan i förbigående inte undgå att tänka att unionslagstiftaren med fördel skulle kunna ompröva denna aspekt av artikel 5.2 b i direktiv 2001/29.⁵⁶ Begreppet "rimlig kompensation" är så brett och öppet att en viss grad av subjektiv bedömning är oundviklig. Bortsett från den vägledning som artikel 5.5 i direktiv 2001/29 och vissa skäl i det direktivet ger, bland annat skäl 31 och 35, finns det få andra rättsregler som på ett användbart sätt kan vägleda nationella domstolar eller EU-domstolen när det gäller vilken (eventuell) kompensation som kan anses "rimlig" i det här sammanhanget.⁵⁷

64. I artikel 5.5 i direktiv 2001/29 föreskrivs i korthet att undantagen och inskränkningarna enligt artikel 5.2 b inte får strida mot det *normala utnyttjandet*⁵⁸ av verket eller annat alster och inte oskäligt inkräkta på rättsinnehavarnas *legitima intressen*.⁵⁹

4. Tillämpningen av dessa principer i förevarande mål

65. Vad gäller det förevarande målet är det nödvändigt att bedöma i vilken omfattning (om ens någon) som rättsinnehavare har rätt att erhålla (ytterligare) kompensation för lagringskapacitet i molnet som gjorts tillgänglig för fysiska personer för privat bruk,⁶⁰ eftersom den nationella lagstiftningen i det här fallet redan tycks föreskriva betalning av avgifter för ett stort antal specificerade medier.

66. Varje steg i processen med att ladda upp och ladda ned upphovsrättsligt skyddat innehåll till molnet från apparater eller medier som smarttelefoner, utgör ett mångfaldigande av det innehållet som i princip strider mot artikel 2 i direktiv 2001/29, såvida inte mångfaldigandet kan motiveras med ett undantag eller en inskränkning enligt artikel 5 i det direktivet. Mot bakgrund av att både artikel 5.2 b och artikel 5.5 i direktiv 2001/29 syftar till att förhindra att rättsinnehavaren under- eller överkompenseras och att på så sätt åstadkomma en skälig avvägning mellan privat användaren och rättsinnehavaren, uppkommer frågan huruvida en separat avgift ska

⁵⁶ Vidare måste den vägledning som finns i domen Padawan under alla förhållanden tolkas mot bakgrund av den teknik och de brukarvanor som fanns år 2010 när den domen meddelades, även om domstolen successivt har utvecklat avgörandet i den domen i senare mål.

⁵⁷ Det utrymme för skönsässig bedömning som medlemsstaterna åtnjuter när det gäller att genomföra undantagen och inskränkningarna artikel 5.2 och 5.3 i direktiv 2001/29 är således omfattande, men de får inte göra det på ett sätt som äventyrar direktivets syften, nämligen att skapa en hög skyddsnivå för upphovsmän och säkerställa att den inre marknaden fungerar väl. Dom av den 29 juli 2019, Funke Medien NRW (C-469/17, EU:C:2019:623, punkt 50 och där angiven rättspraxis. Dessutom har domstolen påpekat att det framgår av skäl 44 i direktiv 2001/29 att unionslagstiftarens förutsett att räckvidden för vissa undantag eller inskränkningar kan behöva begränsas ytterligare, då det gäller vissa nya användningar av upphovsrättsligt skyddade verk och andra alster. Se dom av den 10 april 2014, ACI Adam m.fl. (C-435/12, EU:C:2014:254, punkt 27).

⁵⁸ Detta begrepp har inte heller definierats.

⁵⁹ Detta begrepp har inte heller definierats.

⁶⁰ Och för ändamål som varken direkt eller indirekt är kommersiella.

erläggas för varje steg i denna sekvens av kopior, inklusive mångfaldigande/lagring i molnet, med hänsyn till att en lämplig avgift redan *kan* ha betalats av användaren för apparater och medier som denne använder i sekvensen.⁶¹

67. Vid förhandlingen den 7 juli 2021 uppgav både Austro-Mechana och den österrikiska regeringen att ingen privatkopieringsavgift ska erläggas i Österrike för *apparater utan bara för medier*. Det förefaller som att detta påstående bekräftas av Private Copying Global Study 2020, men det ankommer på den hänskjutande domstolen att kontrollera det.⁶² Det ska emellertid påpekas⁶³ att enligt den studien tas avgifter ut för många olika slags medier.⁶⁴ Det förefaller således som att avgifter tas ut på bland annat integrerat minne i mobiltelefoner med musik och/eller videoavspelning, integrerat minne i olika datorer och surfplattor, smartklockor med integrerat minne, DVD-skivor, USB-minnen m.m. Ingen avgift tas ut för tillhandahållande av lagringskapacitet i molnet.⁶⁵ Det angavs också i avsnittet ”Förklaring till utvecklingen” i studien, vad beträffar Österrike, att ”försäljningen av fysiska medier, med undantag av mobiltelefoner, emellertid har minskat avsevärt. Människor använder sig i allt högre grad av molnet för privatkopiering och/eller strömningstjänster. En avgift för privatkopiering i molnet är därför det närmaste strategiska målet för Austro-Mechana”.

68. Att döma av handlingarna i målet vid EU-domstolen, något som det ankommer på den nationella domstolen att kontrollera, förefaller det som att fysiska personers privatkopiering⁶⁶ håller på att utvecklas och att större tonvikt nu läggs på ett begränsat antal apparater och medier som smarttelefoner och surfplattor samt molnbaserade tjänster, och inte enbart på en mängd olika apparater och medier. Det förefaller dessutom som att apparater och medier i högre utsträckning är föremål för avgifter än molnbaserade tjänster, vilket det ankommer på den hänskjutande domstolen att kontrollera.

69. Rätten till rimlig kompensation enligt artikel 5.2 b i direktiv 2001/29 utlöses av den motbevisbara presumtionen under vissa omständigheter att det föreligger en skada som har orsakats rättsinnehavarna och som i princip ger upphov till en skyldighet för användarna att kompensera dem. När en bedömning görs av den skada som rättsinnehavarna lider finns det bland annat en motbevisbar presumtion att fysiska personer fullt ut utnyttjar kapaciteten för

⁶¹ Förekomsten av sådana avgifter tycks variera avsevärt mellan olika medlemsstater, eftersom det är möjligt att en viss apparat (som en persondator eller en smarttelefon) kan vara föremål för en avgift i en medlemsstat och i en annan inte. Detta kan även gälla storleken på denna avgift, vilken kan skilja sig mellan olika medlemsstater. Se, beträffande detta, Private Copying Global Study 2020. Tillgänglig på https://www.irma.asso.fr/IMG/pdf/sg20-1067_private_copying_global_study_2020_2020-11-23_en.pdf. Det framgår till exempel av den studien att Irland har ett undantag för privatkopiering enligt artikel 101 i 2000 års lag om upphovsrätt och närliggande rättigheter (Copyright and Related Rights Act, 2000), men att det inte föreskrivs någon privatkopieringsavgift.

⁶² Se sidorna 286–296 i studien.

⁶³ Se sidorna 286–296 i studien.

⁶⁴ Strato bifogade också till sitt yttrande en förteckning över Austro-Mechanas taxor för lagringsmedier som saluförts från och med den 1 januari 2018. Se bilaga 12.

⁶⁵ Strato konstaterar att ingen medlemsstat för närvarande föreskriver någon privatkopieringsavgift för molnbaserade tjänster. Den franska regeringen uppgav vid förhandlingen den 7 juli 2021 att Frankrike föreskriver en avgift för nätverksbaserade personliga videobandspelartjänster.

⁶⁶ Ätminstone i Österrike, men jag misstänker att det gäller alla medlemsstater.

mångfaldigande och lagring på elektroniska apparater eller medier som görs tillgängliga för dem.⁶⁷ Det presumeras vidare att skadan som rättsinnehavaren lider till följd av privatkopieringen uppkommer i den medlemsstat där slutanvändarna är bosatta.⁶⁸

70. Jag anser att eftersom schablonavgifter för apparater eller medier till sin natur *måste vara inexakta*, ska försiktighet iakttas innan sådana schablonavgifter kombineras med andra ersättningssystem eller andra avgifter för molnbaserade tjänster inympas på dem utan att det först har gjorts en empirisk studie av saken – och i synnerhet utan att det fastställts huruvida rättsinnehavarna lider ytterligare skada av den kombinerade användningen av sådana apparater/medier och tjänster – eftersom det kan ge upphov till överkompensation och upphäva den skäligen avvägning mellan rättsinnehavare och användare som nämns i skäl 31 i direktiv 2001/29.

71. Om mångfaldigande/lagring i molnet inte beaktas kan det finnas en risk för att rättsinnehavaren underkompenseras för skadan. Eftersom uppladdning och nedladdning av upphovsrättsligt skyddat material till molnet med hjälp av apparater eller medier kan betecknas som en *enda process för privatkopiering*, är det upp till medlemsstaterna att med stöd av det omfattande utrymme för skönsmässig bedömning som de åtnjuter, vid behov införa ett system där rimlig kompensation bara betalas för apparater eller medier som utgör en nödvändig del av den processen, under förutsättning att detta avspeglar den skada som rättsinnehavarna lider till följd av processen i fråga.

72. Sammanfattningsvis ska därför inte någon separat avgift tas ut för en fysisk persons mångfaldigande för privat bruk på grundval av molnbaserade tjänster som en tredje part tillhandahåller, under förutsättning att de avgifter som betalas för apparater/medier i medlemsstaten i fråga även avspeglar den skada som rättsinnehavaren lider till följd av detta mångfaldigande. Om en medlemsstat i själva verket har valt att föreskriva ett avgiftssystem för apparater/medier, får den hänskjutande domstolen i princip presumera att detta i sig utgör en ”rimlig kompensation” i den mening som avses i artikel 5.2 b i direktiv 2001/29, om inte rättsinnehavaren (eller dennes företrädare) tydligt kan visa att denna betalning är otillräcklig under sådana omständigheter som föreligger i förevarande fall.

73. Denna bedömning – vilken kräver stor ekonomisk sakkunskap och kunskap om en rad olika branscher – måste göras på nationell nivå av den hänskjutande domstolen.

⁶⁷ Jag har vissa problem med sådana presumtioner med tanke på att framväxten av nättjänster som licensbelägger upphovsrättsligt skyddat innehåll som böcker, musik och filmer, avsevärt kan komma att minska privatpersoners användning av upphovsrättsligt skyddat material i strid med artikel 2 i direktiv 2001/29. Jag anser att när avgifter fastställs måste detta fenomen beaktas, liksom den omständigheten att apparater och medier i allt högre grad kan komma att användas för att lagra innehåll som helt enkelt inte utgör intrång i rätten till mångfaldigande, exempelvis privata fotografier som ägaren till en apparat har tagit.

⁶⁸ Vad beträffar den sistnämnda punkten är den omständigheten att Strato gör gällande att företaget har betalat avgifter för sina servrar i Tyskland i stort sett irrelevant i förevarande mål. Om några avgifter tas ut för tillhandahållande av molnbaserade tjänster som tillhandahålls fysiska personer som bor i Österrike, så tas de ut i Österrike. I enlighet med dom av den 11 juli 2013, Amazon.com International Sales m.fl. (C-521/11, EU:C:2013:515, punkt 37), kan det emellertid förhålla sig så att Strato får ansöka om återbetalning av (en del av) de avgifter som företaget har betalat i Tyskland.

VI. Förslag till avgörande

74. Mot bakgrund av föregående överväganden föreslår jag att domstolen besvarar de frågor som ställts av Oberlandesgericht Wien (Regionala överdomstolen i Wien, Österrike) på följande sätt:

Formuleringen ”på alla typer av medier” i artikel 5.2 b i Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/29/EG av den 22 maj 2001 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationsområdet, innefattar mångfaldigande som bygger på molnbaserade tjänster som en tredje part tillhandahåller.

Någon separat avgift ska inte tas ut för en fysisk persons mångfaldigande för privat bruk på grundval av molnbaserade tjänster som en tredje part tillhandahåller, under förutsättning att de avgifter som betalas för apparater/medier i medlemsstaten i fråga även avspeglar den skada som rättsinnehavaren lider till följd av detta mångfaldigande. Om en medlemsstat i själva verket har valt att föreskriva ett avgiftssystem för apparater/medier, får den hänskjutande domstolen i princip presumera att detta i sig utgör en ”rimlig kompensation” i den mening som avses i artikel 5.2 b i direktiv 2001/29, om inte rättsinnehavaren (eller dennes företrädare) tydligt kan visa att denna betalning är otillräcklig under sådana omständigheter som föreligger i förevarande fall.