



Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
VERICA TRSTENJAK
föredraget den 29 juni 2011¹

Mål C-135/10

SCF Consorzio Fonografici
mot
Marco Del Corso

(begäran om förhandsavgörande från Corte d'appello di Torino (Italien))

”Upphovsrätter och närstående rättigheter — Direktiv 92/100/EEG och direktiv 2006/115/EG —
Rättigheter för utövande konstnärer och fonogramframställare — Artikel 8.2 — Överföring till allmänheten
respektive återgivning för allmänheten — Indirekt återgivning av fonogram inom ramen för
radiosändningar som återges i väntrummet i en tandläkarpraktik — Krav på vinstsyfte — Skälig ersättning”

Innehållsförteckning

I	– Inledning	3
II	– Tillämpliga bestämmelser	4
	A – Folkrätt	4
	1. Romkonventionen	4
	2. WPPT	5
	3. TRIPS	6
	B – Unionsrätt	7
	1. Direktiv 92/100	7
	2. Direktiv 2006/115	8
	3. Direktiv 2001/29	10
	C – Nationell rätt	11
III	– Omständigheter i målet, förfarandet vid de nationella domstolarna och tolkningsfrågorna	12
IV	– Förfarandet vid domstolen	14

¹ — Originalspråk: tyska; rättegångsspråk: italienska.

V	– Inledande anmärkningar	14
VI	– Den fjärde och den femte tolkningsfrågan	14
	A – Parternas huvudsakliga argument	14
	B – Huruvida tolkningsfrågorna kan tas upp till sakprövning	17
	C – Rättslig bedömning	17
	1. Domstolens tolkning av artikel 3.1 i direktiv 2001/29	18
	2. Tillämplig rättslig bestämmelse i förevarande fall	19
	3. Tolkningen av artikel 8.2 i direktiv 2006/115	19
	a) Självständiga unionsrättsliga begrepp	20
	b) Folkrättsligt och unionsrättsligt sammanhang	20
	c) Begreppet återgivning för allmänheten	20
	i) Begreppet återgivning	20
	– Beaktande av skäl 27 i direktiv 2001/29	22
	– Beaktande av skäl 23 i direktiv 2001/29	22
	– Slutsats i denna del	24
	ii) Begreppet allmänheten	24
	iii) Övriga invändningar	26
	– Huruvida det krävs att inträdesavgift erläggs	26
	– Vinstsyfte	27
	– Patienternas vilja	28
	– Övriga invändningar	28
	iv) Slutsats	28
	d) Övriga förutsättningar	28
	4. Slutsats	28
VII	– Den första till och med den tredje tolkningsfrågan	29
	A – Parternas huvudsakliga argument	29
	B – Huruvida tolkningsfrågorna kan tas upp till prövning	29
	C – Rättslig bedömning	30
VIII	– Förslag till avgörande	31

I – Inledning

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

2. Förevarande begäran om förhandsavgörande från Corte d'appello di Torino (nedan kallad den hänskjutande domstolen) avser ett krav på skälig ersättning enligt artikel 8.2 i rådets direktiv 92/100/EEG av den 19 november 1992 om uthyrnings- och utlåningsrättigheter och vissa upphovsrätten närstående rättigheter inom det immaterialrättsliga området², och artikel 8.2 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/115/EG av den 12 december 2006 om uthyrnings- och utlåningsrättigheter avseende upphovsrättsligt skyddade verk och om upphovsrätten närstående rättigheter (kodifierad version)³, som ska erläggas vid återgivning av fonogram som har utgivits i kommersiellt syfte.

3. Den hänskjutande domstolen önskar för det första få klarhet i huruvida en tandläkare som i sin praktik gör radiosändningar hörbara, är skyldig att erlægga en skälig ersättning för den indirekta återgivningen för allmänheten av det fonogram som återges i radiosändningen.

4. För det andra önskar den hänskjutande domstolen få klarhet i huruvida de folkrättsliga bestämmelser som ligger till grund för de unionsrättsliga bestämmelserna om rätt till skälig ersättning är direkt tillämpliga i en tvist mellan enskilda och i vilket förhållande dessa folkrättsliga bestämmelser står till de unionsrättsliga bestämmelserna.

5. Den första frågan har ett nära innehållsmässigt samband med domen i målet SGAE mot Rafael Hoteles⁴. I det målet slog domstolen inledningsvis fast att en överföring till allmänheten i den mening som avses i artikel 3.1 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/29/EG av den 22 maj 2001 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället⁵ föreligger när ett hotell sänder en signal via TV-apparater i hotellrummen, oberoende av vilken teknik som används för sändningen. Domstolen slog vidare fast att hotellrummens privata beskaffenhet inte hindrar att överföringen anses utgöra överföring till allmänheten. I förevarande fall uppkommer särskilt frågan om denna rättspraxis, som meddelats med avseende på överföring av upphovsrättsligt skyddade verk till allmänheten enligt artikel 3.1 i direktiv 2001/29, kan överföras på begreppet ”överföring till allmänheten” i den mening som avses i artikel 8.2 i direktiv 92/100, och på begreppet ”återgivning för allmänheten” i artikel 8.2 i direktiv 2006/115, vilka avser närstående rättigheter för utövande konstnärer och fonogramframställare.

6. Dessutom uppvisar förevarande mål ett nära samband med målet C-162/10, Phonographic Performance, i vilket jag presenterar mitt förslag till avgörande samma dag som mitt förslag till avgörande i förevarande mål. I målet Phonographic Performance uppkommer särskilt frågan huruvida ett hotell eller gästrum som har TV- eller radioapparater installerade i rummen, till vilka en signal överförs, är skyldig att erlægga skälig ersättning för en indirekt överföring till allmänheten respektive återgivning för allmänheten av det fonogram som används i radio- och TV-sändningarna.

2 — EGT L 346, s. 61.

3 — EUT L 376, s. 28.

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

5 — EGT L 167, s. 10.

II – Tillämpliga bestämmelser

A – Folkrätt

1. Romkonventionen

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

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

8. I artikel 15.1 a i Romkonventionen föreskrivs följande:

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

a) utnyttjande för enskilt bruk”

9. I artikel 16.1 a i Romkonventionen föreskrivs följande:

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

a) i fråga om artikel 12:

(i) att den icke kommer att tillämpa någon av bestämmelserna i sagda artikel;

(ii) att den icke kommer att tillämpa bestämmelserna i sagda artikel såvitt avser vissa utnyttjanden;

(iii) att den icke kommer att tillämpa bestämmelserna i sagda artikel såvitt avser fonogram vilkas framställare ej är medborgare i annan fördragsslutande stat;

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

...”

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

10. Italien är medlem av Romkonventionen och har avgett en förklaring enligt artikel 16.1 a, ii, iii iv.
11. Unionen är inte medlem av Romkonventionen då sådant medlemskap är förbehållet stater.

2. WPPT

12. WIPO-fördraget om framföranden och fonogram (nedan kallat WPPT) av den 20 september 1996⁷ innehåller folkrättsliga bestämmelser om upphovsrätten närstående rättigheter som går längre än Romkonventionen.

13. I artikel 1 WPPT föreskrivs följande:

”Förhållandet till andra konventioner

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

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

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

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

I detta fördrag används följande definitioner:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

17. Enligt artikel 23.1 WPPT åtar sig fördragsparterna att i överensstämmelse med sina rättssystem vidta de nödvändiga åtgärderna för att tillämpa detta fördrag.

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

3. TRIPS

19. I artikel 14 i avtalet om handelsrelaterade aspekter av immaterialrättigheter⁸ (nedan kallat TRIPS), i vilken skyddet för utövande konstnärer, framställare av ljudupptagningar (ljudinspelningar) och radio- och televisionsföretag regleras, föreskrivs följande:

”1. Beträffande fixering av utövande konstnärers framförande på ljudupptagning skall dessa ha möjlighet att förhindra följande handlingar, om dessa vidtas utan deras samtycke: upptagning av deras ej upptagna framförande och återgivning av sådan upptagning. Utövande konstnärer skall även ha möjlighet att förhindra följande handlingar när dessa vidtas utan deras samtycke: trådlös utsändning och direktsänd återgivning till allmänheten av deras framförande.

2. Framställare av ljudupptagningar skall ha rätt att tillåta eller förbjuda direkt eller indirekt återgivning av deras ljudupptagningar.

...

6. Beträffande de i punkterna 1, 2 och 3 medgivna rättigheterna, kan en medlem fastställa villkor, inskränkningar, undantag och reservationer i den utsträckning Romkonventionen medger detta. Bestämmelserna i artikel 18 i Bernkonventionen (1971) skall emellertid också på motsvarande sätt gälla rättigheter i ljudupptagningar som innehas av utövande konstnärer och framställare av ljudupptagningar.”

⁸ — Bilaga 1 C till WTO-avtalet, EGT L 336, 1994, s. 214.

B – *Unionsrätt*⁹

1. Direktiv 92/100

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

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

...

7. Upphovsmännens och de utövande konstnärernas skapande och konstnärliga arbete förutsätter en tillräcklig inkomst som underlag för fortsatt skapande och konstnärligt arbete, och de investeringar som krävs, särskilt för framställning av fonogram och filmer, är särskilt stora och riskfyllda. Möjligheten att säkerställa en sådan inkomst och att återfå investeringarna kan effektivt garanteras endast genom tillfredsställande rättsligt skydd för rättighetshavarna.

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

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

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

...

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

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

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

...

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

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

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

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

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

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

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

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

a) Enskilt bruk.

...

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

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

2. Direktiv 2006/115

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

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

...

5. Upphovsmännens och de utövande konstnärernas skapande och konstnärliga arbete förutsätter en tillräcklig inkomst som underlag för fortsatt skapande och konstnärligt arbete, och de investeringar som krävs, särskilt för framställning av fonogram och filmer, är särskilt stora och riskfyllda. Möjligheten att säkerställa en sådan inkomst och att återfå investeringarna kan effektivt garanteras endast genom tillfredsställande rättsligt skydd för rättighetshavarna.

6. Skapande, konstnärliga och affärsmässiga verksamheter utförs i stor utsträckning av egenföretagare. Sådana verksamheter bör underlättas genom att ett enhetligt rättsskydd föreskrivs inom gemenskapen. I den mån dessa verksamheter huvudsakligen består i att tillhandahålla tjänster bör deras tillhandahållande likaledes underlättas genom ett enhetligt rättsskydd i gemenskapen.
7. Medlemsstaternas lagstiftning bör tillnärmas på ett sätt som inte strider mot de internationella överenskommelser som många medlemsstaters lagstiftning om upphovsrätt och närstående rättigheter bygger på.

...

12. Det är nödvändigt att tillförsäkra upphovsmän och utövande konstnärer en skälig ersättning som de inte kan avstå från; rättighetshavarna måste även fortsättningsvis ha möjlighet att uppdraga förvaltningen av denna rättighet till insamlingsorganisationer.
13. Den skäliga ersättningen kan erläggas i form av en eller flera betalningar när avtalet ingås eller när som helst därefter. Hänsyn bör tas till i vilken grad upphovsmännen och de utövande konstnärerna bidragit till fonogrammet eller filmen i fråga.

...

16. Medlemsstaterna bör ha rätt att föreskriva mera långtgående skydd för innehavare av närstående rättigheter än det som föreskrivs i detta direktiv i fråga om radio- och TV-utsändning och återgivning för allmänheten.”

24. I kapitel 2 i direktivet regleras upphovsrätten närstående rättigheter. I artikel 8 i direktivet, som avser radio- och TV-utsändning och återgivning för allmänheten, föreskrivs följande:

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

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

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

25. Artikel 10 i direktivet, med rubriken ”Inskränkningar i rättigheterna”, har följande lydelse:

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

- a) Enskilt bruk.

...

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

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

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

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

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

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

3. Direktiv 2001/29

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

”9. Utgångspunkten för en harmonisering av upphovsrätt och närstående rättigheter måste vara en hög skyddsnivå, eftersom dessa rättigheter har en avgörande betydelse för det intellektuella skapandet. Skyddet av dem bidrar till att bevara och utveckla kreativiteten och gagnar upphovsmän, utövande konstnärer, producenter, konsumenter, kultur, näringsliv och allmänhet. Immaterialrätt har därför erkänts som en integrerad del av äganderätten.

10. För att 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. De investeringar som krävs för att producera varor, t.ex. fonogram, filmer eller multimedieprodukter, och tjänster, t.ex. sådana som tillhandahålls på begäran, är betydande. Ett tillfredsställande rättsligt skydd av immateriella rättigheter är nödvändigt för att säkerställa sådan ersättning och för att möjliggöra en tillfredsställande avkastning på investeringarna.

11. Ett effektivt och strikt system för skydd av upphovsrätten och närstående rättigheter är ett av de viktigaste sätten för att se till att det europeiska kulturskapandet och den europeiska kulturproduktionen får nödvändiga resurser och för att värna om skapande och utövande konstnärers självständighet och värdighet.

12. Ett tillfredsställande skydd för upphovsrättsliga verk och alster som omfattas av närstående rättigheter är även av stor betydelse kulturellt sett.

...

15. Den diplomatkonferens som hölls under ledning av Världsförbundet för den intellektuella äganderätten (WIPO) i december 1996 utmynnade i att två nya fördrag antogs, WIPO-fördraget om upphovsrätt och WIPO-fördraget om framföranden och fonogram, som behandlar skydd för upphovsmän respektive skydd för utövande konstnärer och fonogramproducenter. Genom dessa fördrag uppdateras det internationella skyddet av upphovsrätt och närstående rättigheter i betydande utsträckning, inte minst i fråga om den så kallade digitala agendan, och möjligheterna

för att bekämpa piratkopieringen runt om i världen förbättras. Gemenskapen och en majoritet av medlemsstaterna har redan undertecknat fördragen, och förberedelseprocessen för gemenskapens och medlemsstaternas ratificering av fördragen pågår. Genom detta direktiv uppfylls också ett antal av dessa nya internationella förpliktelser.

...

23. I detta direktiv bör upphovsmannens rätt till överföring till allmänheten harmoniseras ytterligare. Denna rätt bör förstås i vid mening och omfatta all överföring till allmänheten som inte är närvarande på den plats varifrån överföringen sker. Denna rätt bör omfatta all sådan sändning eller vidareändning av ett verk till allmänheten på trådbunden eller trådlös väg, inklusive radio- och televisionssändningar. Denna rätt omfattar inga andra åtgärder.
24. Rätten som avses i artikel 3.2, att göra andra alster tillgängliga för allmänheten, bör anses omfatta alla åtgärder varigenom sådana alster görs tillgängliga för den del av allmänheten som inte är närvarande på den plats varifrån tillgängliggörandet sker och omfattar inte några andra åtgärder.

...

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

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

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

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

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

...

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

C – Nationell rätt

29. I den italienska lagen nr 633 av den 22 april 1941 om skydd för upphovsrätt och andra närstående rättigheter (nedan kallad lagen om upphovsrätt) föreskrivs i artikel 72 följande:

”Med förbehåll för de rättigheter som tillkommer upphovsmannen enligt avsnitt I har fonogramframställaren ensamrätt, under den tid och på de villkor som anges i de följande artiklarna,

- a) att tillåta direkt eller indirekt, tillfälligt eller permanent, mångfaldigande av sina fonogram, oavsett metod och form, helt eller delvis, och oavsett den process som används,

- b) att tillåta spridning av exemplar av sina fonogram. Ensamrätten till spridning av fonogrammen konsumeras inte inom Europeiska gemenskapen förutom i det fall då den första försäljningen av det medium som innehåller fonogrammet görs av framställaren i en medlemsstat eller med dennes samtycke,
- c) att tillåta uthyrning och utlåning av exemplar av sina fonogram. Denna rätt konsumeras inte genom försäljning eller spridning, oavsett på vilket sätt, av exemplaren,
- d) att tillåta att deras fonogram 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. Denna rätt konsumeras inte genom någon som helst handling varigenom ett fonogram görs tillgängligt för allmänheten.”

30. I artikel 73 i lagen om upphovsrätt (senast ändrad genom artikel 12.1 i Decreto Legislativo nr 68 av den 9 april 2003), föreskrivs följande:

”1. Fonogramframställare och utövande konstnärer vars framföranden har upptagits eller återgetts i fonogrammen har en rätt till ersättning, som är fristående från rätten att sprida, hyra och låna ut fonogrammen, när fonogrammen används i vinstsyfte genom filmvisning, radio- och tv-sändningar, inklusive satellitsändningar till allmänheten, spridning på offentliga danstillställningar, i offentliga lokaler och varje annan offentlig användning av fonogrammen. Utövandet av denna rättighet tillkommer framställaren, som ska dela ersättningen med de berörda utövande konstnärerna. ...”

31. Den därpå följande artikel 73a i lagen om upphovsrätt (som infördes genom artikel 9.1 i Decreto Legislativo nr 685 av den 16 november 1994) har följande lydelse:

”Utövande konstnärer och framställaren av det använda fonogrammet har rätt till en skälig ersättning, även när den användning som avses i artikel 73 sker utan vinstsyfte ...”

III – Omständigheter i målet, förfarandet vid de nationella domstolarna och tolkningsfrågorna

32. Società Consortile Fonografici (nedan kallat SCF) är en upphovsrätsorganisation som bedriver verksamhet i Italien och utlandet. Den företräder de utövande konstnärerna och fonogramframställarna.

33. SCF har i uppdrag att förvalta medlemmarnas rättigheter och att inkassera och fördela avgifterna från anslutna fonogramframställare i Italien och i utlandet. I denna egenskap bedriver SCF bland annat följande verksamheter:

- a) inkassering av ersättningar för användning i vinstsyfte av fonogram i radio och tv-sändningar, inklusive satellitsändningar till allmänheten, av filmverk vid offentliga danstillställningar, i offentliga lokaler och varje annan användning,
- b) inkassering av ersättningar för sådan användning som sker utan vinstsyfte,
- c) förvaltning av rättigheter att tillåta återutsändning via kabel av fonogram, och
- d) förvaltning av rättigheter att mångfaldiga fonogram.

34. SCF förhandlade med Associazione Dentisti Italiani (italienska tandläkareförbundet) om ingående av ett kollektivavtal för att fastställa vad som ska utgöra skälig ersättning i den mening som avses i artiklarna 73 och 73a i lagen om upphovsrätt för återgivning av fonogram, inbegripet sändning i privata yrkesmässigt bedrivna praktiker, oavsett hur den sker.

35. Efter det att dessa förhandlingar strandat väckte SCF talan vid Tribunale di Torino mot Marco Del Corso, som är tandläkare, och yrkade fastställelse av att denne i sin privata tandläkarpraktik i Turin spelat upp skyddade fonogram i bakgrunden och att skälig ersättning ska erläggas för denna verksamhet, eftersom den utgör en återgivning för allmänheten i den mening som avses i den italienska lagen om upphovsrätt, i traktaträtten och i unionsrätten. Vidare yrkades att ersättningens storlek skulle fastställas i ett annat förfarande.

36. Marco Del Corso yrkade att talan skulle ogillas. Som grund för sitt yrkande åberopade han för det första att SCF endast kan åberopa upphovsrätten för det fall att han själv använder fonogrammen. Fonogrammen i hans privatpraktik sänds emellertid via radio. För detta ska sändningsföretaget erlagga en skälig ersättning. Att lyssna på sändningen betingar däremot inte någon skälig ersättning. För det andra är det inte fråga om någon återgivning för allmänheten eftersom en privat tandläkarpraktik inte kan anses utgöra en allmän plats. Patienter ges tillträde till praktiken först efter det att tid för att besöka denna har avtalats.

37. Tribunale di Torino ogillade talan. Som skäl angav rätten att det inte förelåg någon återgivning för kommersiella ändamål samt att tandläkarpraktiken utgör en privatpraktik och därmed inte är någon allmän eller för allmänheten tillgänglig plats.

38. SCF överklagade denna dom till den hänskjutande domstolen. Marco Del Corso yrkade att överklagandet skulle ogillas.

39. Italienska republikens allmänna åklagare, som är knuten till den hänskjutande domstolen, intervenerade i målet och yrkade att överklagandet skulle ogillas.

40. Enligt den hänskjutande domstolen innehåller de folkrättsliga, de unionsrättsliga och de nationella bestämmelserna samtliga en rätt för fonogramframställaren att kräva ersättning när av denne framställda fonogram används för återgivning för allmänheten. Anspråket på skälig ersättning för en förnyad återgivning för allmänheten utesluts eller absorberas inte genom att sändningsföretaget redan har erlagt en skälig ersättning. Det tillstånd som tilldelas ett sändningsföretag innebär visserligen även att sändningen kan användas privat av den som innehar teknisk mottagningsapparat. Användning för allmänheten, exempelvis i en offentlig lokal eller genom ett flertal personer via en potentiell allmän tillgång, innebär dock en ytterligare användning vilken som sådan ska ersättas separat. Frågan blir emellertid huruvida begreppet återgivning för allmänheten även omfattar återgivning i privata yrkespraktiker, såsom dem som drivs av tandläkare, dit patienten som regel kommer efter att ha avtalat tid för tandläkarbesök, och där radioprogram spelas upp utan hänsyn till patientens vilja.

41. Den hänskjutande domstolen beslutade mot denna bakgrund att ställa följande frågor:

1. Är Romkonventionen av den 26 oktober 1961 om närstående rättigheter, TRIPS-avtalet (The Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights), och WIPO:s (World Intellectual Property Organization) fördrag om framföranden och fonogram (WPPT) direkt tillämpliga i gemenskapens rättsordning?
2. Är den ovannämnda enhetliga traktaträtten även direkt tillämplig på förhållanden mellan enskilda?
3. Överensstämmer begreppet återgivning för allmänheten i de ovannämnda fördragen med motsvarande gemenskapsrättsliga begrepp i direktiven 92/100/EG och 2001/29/EG, och, om så inte är fallet, vilken rättskälla ska ges företräde?
4. Innebär gratis spridning av fonogram i privata tandläkarpraktiker, i vilka en ekonomisk verksamhet bedrivs i form av utövandet av ett så kallat fritt yrke, där kunderna kan ta del av fonogrammen utan att själva utföra någon handling, överföring till allmänheten av fonogrammen eller att fonogrammen görs tillgängliga för allmänheten i den mening som avses i artikel 3.2 b i direktiv 2001/29/EG?

5. Har fonogramframställarna rätt till ersättning för denna spridning?

IV – Förfarandet vid domstolen

42. Begäran om förhandsavgörande inkom till domstolens kansli den 15 mars 2010.

43. SCF, Marco del Corso, den italienska och den irländska regeringen samt kommissionen har yttrat sig skriftligen.

44. Under den muntliga förhandlingen i förevarande mål och i mål C-162/10 har Phonographic Performance, som hölls den 7 april 2011, deltog företrädare för kåranden i det nationella målet för SFC, Marco Del Corso, den italienska, den irländska, den grekiska och den franska regeringen samt kommissionen.

V – Inledande anmärkningar

45. Den hänskjutande domstolen har ställt sina tolkningsfrågor för att få klarhet i huruvida en tandlärare som i sin praktik återger radiosändningar indirekt återger de fonogram som används i radiosändningarna för allmänheten och för detta är skyldig att erlagga skälig ersättning.

46. Jag ska i det följande först behandla den fjärde och den femte tolkningsfrågan vilka avser tolkningen av unionsrättsliga bestämmelser. I anslutning till detta kommer jag att behandla den första, den andra och den tredje tolkningsfrågan, vilka avser folkrättsliga bestämmelser.

VI – Den fjärde och den femte tolkningsfrågan

47. Den hänskjutande domstolen har ställt sin fjärde och sin femte tolkningsfråga för att få klarhet i huruvida en tandlärare – som gör ett radioprogram hörbart i sitt väntrum – överför eller tillgängliggör de fonogram som används i radiosändningen till respektive för allmänheten i den mening som avses i artikel 3.2 b i direktiv 2001/29, för vilket vederbörande ska erlagga skälig ersättning.

A – Parternas huvudsakliga argument

48. Samtliga parter har under den muntliga förhandlingen – delvis med avvikelse från vad de anfört i sina skriftliga inlagor – anfört att artikel 8.2 i direktiv 2006/115 respektive artikel 8.2 i direktiv 92/100 utgör de tillämpliga bestämmelserna i förevarande mål, och inte artikel 3 i direktiv 2001/29.

49. Enligt SCF och *den franska regeringen* föreligger en återgivning för allmänheten i den mening som avses i artikel 8.2 i direktiv 2006/115. Begreppet överföring till allmänheten i artikel 3.1 i direktiv 2001/29 och begreppet återgivning för allmänheten i artikel 8.2 i direktiv 2006/115 ska tolkas enhetligt och homogent inom hela unionen. Den dom som meddelades med avseende på artikel 3.1 i direktiv 2001/29 i målet SGAE mot Rafael Hoteles kan därmed överföras på artikel 8.2 i direktiv 2006/115. Detta framgår för det första av ordalydelsen i och ändamålet med direktiven. Detta motsägs inte av att direktiv 2006/115 saknar ett skäl motsvarande skäl 23 i direktiv 2001/29, enligt vilket begreppet överföring till allmänheten bör förstås i vid mening. Skäl 23 är nämligen i så måtto överflödigt. I den mån olika skyddsnivåer tillämpas i de två direktiven beror detta på utformningen av rättigheterna och inte på begreppen "överföring till allmänheten" respektive "återgivning för allmänheten". Den omständigheten att upphovsmännen enligt artikel 3.1 i direktiv 2001/29 ges en ensamrätt, medan fonogramframställare och utövande konstnärer endast ges ekonomiska rättigheter enligt artikel 8.2 i direktiv 2006/115, innebär inte heller att begreppet "överföring till allmänheten"

respektive "återgivning för allmänheten" i de båda bestämmelserna ska tolkas olika. För att bestämmelserna ska tolkas lika talar även att samma formulering av begreppet användes på folkrättslig nivå i WPPT och WCT. För övrigt är domstolens dom i målet SENA¹⁰ inte tillämplig, eftersom domstolen där uteslutande tog ställning till begreppet skälighet avseende ersättningen. Dessutom framgår det av systematiken i direktiv 2001/29 att ytterligare berörda personers intressen inte ska beaktas vid tolkningen av begreppen "överföring till allmänheten" respektive "återgivning för allmänheten". Slutligen har den franska regeringen hänvisat till att en enhetlig tolkning av begreppen "överföring till allmänheten" respektive "återgivning för allmänheten" påkallas av att begreppen enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/115/EG av den 12 december 2006 om skyddstiden för upphovsrätt och vissa närstående rättigheter¹¹ har betydelse för skyddstiden för upphovsrätten och de närstående rättigheterna.

50. SCF och den franska regeringen anser att det i ett fall som det förevarande är fråga om en "överföring till allmänheten" respektive en "återgivning för allmänheten".

51. SCF har för det första hänvisat till att varje tandläkare i genomsnitt har ett anseeligt antal patienter. Vidare talar den omständigheten att patienterna ges tillträde till tandläkarpraktiken endast efter överenskommelse på avtalsmässig grund mot att det är fråga om "överföring till allmänheten" respektive "återgivning för allmänheten".

52. Vad för det andra gäller frågan huruvida fullföljandet av ett vinstsyfte är en förutsättning för att det ska föreligga en "överföring till allmänheten" respektive "återgivning för allmänheten", har SCF för det första hänvisat till att den hänskjutande domstolen inte ställt någon sådan fråga. I andra hand har SCF anfört att något sådant syfte inte krävs. Först och främst föreskrivs inte detta i artikel 8.2 i direktiv 2006/115. Vidare talar systematiken i direktiv 2006/115 och direktiv 2001/29 mot detta. Av artikel 5 i direktiv 2001/29, som enligt artikel 10.2 i direktiv 2006/115 är tillämplig även på närstående rättigheter för fonogramframställare och utövande konstnärer, framgår det att avsaknad av vinstsyfte beaktas först i fråga om undantag och inskränkningar, och därmed inte ska beaktas redan inom ramen för begreppet "överföring till allmänheten". Vidare krävs inte heller enligt rättspraxis något sådant syfte. Slutligen är det inte heller avgörande huruvida överföringen till allmänheten eller återgivning för allmänheten inverkar på tandläkarens val. Om målet avseende en hög skyddsnivå för upphovsrätter ska uppnås, kan överföringen respektive återgivningen av fonogram i samband med utövandet av fria yrken inte redan från början undantas från skyddsområdet för de berörda immateriella rättigheterna.

53. SCF och den franska regeringen har för det tredje anfört att det inte är patienterna, utan tandläkaren i egenskap av användare av fonogrammen som ska vara föremål för bedömningen. Den omständigheten att överföringen respektive återgivningen sker oberoende av patientens vilja och att denna eventuellt saknar intresse av en sådan överföring eller återgivning, är därför irrelevant.

54. Enligt *Marco del Corso* kan varken den fjärde eller den femte tolkningsfrågan tas upp till prövning eftersom domstolen inte är behörig att pröva någon av dessa. Det har inte visats att han har överfört respektive återgett verk som sparats på fonogram, och inte heller att han krävt inträde för sådan överföring eller återgivning.

55. Inte heller föreligger det någon överföring till allmänheten respektive återgivning för allmänheten eller något tillgängliggörande för allmänheten. En överföring till allmänheten respektive återgivning för allmänheten av ett fonogram föreligger endast när detta faktiskt överförs till, respektive återges för en publik på en allmän plats eller en plats som öppnats för allmänheten, eller när det överförs eller återges på en icke allmän plats för en betalande anseelig publik. Här brister det i allmänhetsrekvisitet. För det första utgör inte patienterna i en tandläkarpraktik någon publik, eftersom de inte har någon

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

11 — EUT L 372, s. 12.

självständig social, ekonomisk eller juridisk dimension. För det andra står den av tandläkaren på avtalsrättsliga grund tillhandahållna specifika, personliga och intellektuella tillhandahållna tjänsten i förgrunden. När musik spelas upp i detta sammanhang fullföljs inte något vinstsyfte. För det tredje kan tandläkaren, som även måste iaktta patienternas rätt till integritet, inte tillhandahålla sina tjänster till alla samtidigt då detta skulle innebära att samtliga patienter skulle behöva infinna sig på praktiken vid samma tidpunkt. För det fjärde har patienterna inte betalat något inträde. För det femte är SCF:s beräkningar av antalet patienter hos en tandläkare inte korrekta. Inte heller föreligger något tillgängliggörande för allmänheten. Marco Del Corso har vidare anfört att den av SCF företrädade uppfattningen leder till att en överföring till allmänheten respektive återgivning för allmänheten även skulle föreligga när en enskild person lyssnar på musik på en plats som inte är tillgänglig för allmänheten.

56. Enligt den *italienska regeringen* ska den fjärde tolkningsfrågan besvaras nekande. Domstolen fann i domen i målet SGAE mot Rafael Hoteles att det var fråga om en överföring till allmänheten i den mening som avses i artikel 3.1 i direktiv 2001/29. I förevarande fall är det visserligen artikel 8.2 i direktiv 92/100 som är tillämplig. Här föreligger inte någon återgivning för allmänheten i den mening som avses i denna bestämmelse. För det första utgör en tandläkares praktik en plats som inte är tillgänglig för allmänheten, där patienterna får vistas endast efter överenskommelse. Men även om inte detta fysiska synsätt tillämpas utan ett funktionellt sådant, kan det inte anses föreligga någon överföring till allmänheten respektive återgivning för allmänheten i förevarande fall. Det är visserligen inte avgörande hur många personer som befinner sig samtidigt i tandläkarpraktiken. Det synsätt som ska tillämpas måste nämligen vara successivt-kumulativt. De ändamål som patienterna eftersträvar måste emellertid beaktas. Den allmänhet som är relevant inom ramen för direktivet är endast personer som är beredda att betala pengar för möjligheten att lyssna på innehållet i fonogrammet eller som tar denna möjlighet i beaktande. Det är nämligen inte motiverat att ge fonogramframställarna och de utövande konstnärerna en ekonomisk rätt när överföringen till allmänheten eller återgivningen för allmänheten inte i sig har någon ekonomisk innebörd. När det gäller hotellgäster finns det en ekonomisk innebörd eftersom tillgången till radio- och TV-program ingår i hotellets utbud, vilket hotellgästerna tar i beaktande. För patienter vid en tandläkarpraktik saknas dock ekonomisk innebörd. Överföringen respektive återgivningen av fonogram kan visserligen göra patienternas vistelse angenämare, men har inte något direkt eller indirekt samband med värdet på den tjänst som tandläkaren tillhandahåller. Enligt den italienska regeringens uppfattning ska den femte tolkningsfrågan inte besvaras eftersom den fjärde tolkningsfrågan ska besvaras nekande.

57. Enligt *kommissionen* och den *irländska regeringen* kan begreppet ”återgivning för allmänheten” i artikel 8.2 i direktiv 92/100 inte utan vidare likställas med begreppet ”överföring till allmänheten” i artikel 3.1 i direktiv 2001/29. Detta begrepp i artikel 8.2 i direktiv 2006/115 ska snarare med hänsyn till skillnaderna mellan de båda bestämmelserna tolkas snävare. Det ska särskilt beaktas att upphovsmannen har en ensamrätt enligt artikel 3.1 i direktiv 2001/29 medan fonogramframställaren enligt artikel 8.2 i direktiv 92/100 däremot endast har rätt till skäligen ersättning. Det skulle inte heller vara förenligt med de folkrättsliga och de unionsrättsliga bestämmelserna att tillerkänna upphovsmännen och fonogramframställarna samma skydd.

58. Kommissionen har i sitt skriftliga yttrande för det första anfört att tolkningen av begreppet återgivning i den mening som avses i artikel 8.2 i direktiv 2006/115 ska ske med beaktande av artikel 2 g och artikel 15 WPPT. Därmed omfattas även indirekta överföringar och det räcker att de ljud som är upptagna på ett fonogram görs hörbara. Därför föreligger i ett fall som det förevarande en återgivning. Återgivningen sker dock inte för allmänheten. Domstolens praxis avseende artikel 3.1 i direktiv 2001/29 kan inte överföras på artikel 8.2 i direktiv 92/100. Vad som ska beaktas är i stället huruvida platsen för överföringen respektive återgivningen är tillgänglig för allmänheten eller inte, och det ekonomiska syftet med överföringen respektive återgivningen. I förevarande fall brister det i sistnämnda hänseende eftersom en läkare inte anlitas på grundval av hur attraktivt väntrummet är. Det avgörande är i stället det personliga förtroendet och överföringen respektive återgivningen har därför inte någon inverkan på kvaliteten på läkarens tjänst.

59. Under den muntliga förhandlingen anförde kommissionen däremot att det i ett fall som det förevarande inte kan vara fråga om en överföring respektive återgivning. Enligt kommissionen begränsade sig domstolen i domen i målet SGAE mot Rafael Hoteles till att definiera huruvida återgivningen skedde för allmänheten, utan att gå in på begreppet återgivning. Begreppet överföring respektive återgivning ska enligt kommissionen tolkas i enlighet med generaladvokaten Kokotts förslag till avgörande i målet Football Association¹². Av skäl 23 i direktiv 2001/29 kan det utläsas att begreppet "överföring till allmänheten" endast ska omfatta personer som inte var närvarande på den plats varifrån överföringen skedde. Överföringen av en sändning till en radioapparat i en tandläkarpraktik sker visserligen till en publik som är närvarande på den plats varifrån överföringen sker. Det skulle kunna vara annorlunda om den signal som återges via en sådan apparat först sänds via ett nät.

B – Huruvida tolkningsfrågorna kan tas upp till sakprövning

60. Den fjärde och den femte tolkningsfrågan kan tas upp till sakprövning.

61. Inledningsvis avfärdar jag Marco Del Corsos invändning att nämnda frågor är irrelevanta eftersom det inte bevisats att det skett någon överföring respektive återgivning av radioprogram för patienterna. Av beslutet att begära förhandsavgörande framgår nämligen att den hänskjutande domstolen utgår ifrån en sådan överföring respektive återgivning. På grundval av det samarbete som ska gälla mellan den hänskjutande domstolen och EU-domstolen inom ramen för ett förfarande avseende begäran om förhandsavgörande enligt artikel 267 FEUF, ska EU-domstolen utgå från de omständigheter som den hänskjutande domstolen redovisat.¹³

62. Vad för det andra gäller Marco Del Corsos argument att han inte kräver att patienterna ska betala inträdesavgift för överföringen respektive återgivningen av radioprogrammen, medför inte heller detta att tolkningsfrågorna är irrelevanta. Den hänskjutande domstolen önskar nämligen få klarhet i just huruvida det även i ett sådant fall ur de unionsrättsliga bestämmelserna kan härledas ett ersättningsanspråk mot tandläkaren .

C – Rättslig bedömning

63. Bakgrunden till den fjärde och den femte tolkningsfrågan är domstolens dom i målet SGAE mot Rafael Hoteles¹⁴. I den domen slog domstolen fast att ett hotell som sprider en TV-signal via TV-apparater i hotellrummen, överför verken i TV-sändningarna till allmänheten i den mening som avses i artikel 3.1 i direktiv 2001/29. Denna bestämmelse reglerar upphovsmannens ensamrätt att tillåta eller förbjuda överföring till allmänheten. I förevarande mål tvistar parterna framför allt om huruvida denna praxis, som utformats med avseende på upphovsrätter och hotellrum, kan överföras på närstående rättigheter för fonogramframställare och utövande konstnärer när en radiosändning, i vilken fonogram används, är hörbar i en tandläkarpraktik. Mot denna bakgrund avhandlar jag inledningsvis domstolens tolkning av artikel 3.1 i direktiv 2001/29 i domen i målet SGAE mot Rafael Hoteles (1). I anslutning till detta ska jag utreda vilken unionsrättslig bestämmelse som är tillämplig i förevarande fall (2), och hur denna ska tolkas (3).

12 — Förslag till avgörande av generaladvokaten Kokott av den 3 februari 2011 i de ännu inte avgjorda förenade målen C-403/08 och C-429/08, Football Association Premier League m.fl.

13 — Se, för ett liknande resonemang, dom av den 27 mars 1963 i de förenade målen 28/62-30/62, Da Costa m.fl. (REG 1963, s. 65, s. 81; svensk specialutgåva, volym 1, s. 173), av den 1 mars 1973 i mål 62/72, Bollmann (REG 1973, s. 269), punkt 4, av den 10 juli 1997 i mål C-261/95, Palmisani (REG 1997, s. I-4025), punkt 31, och av den 12 februari 2008 i mål C-2/06, Kempter (REG 2008, s. I-411), punkterna 41 och 42.

14 — Ovan fotnot 4.

1. Domstolens tolkning av artikel 3.1 i direktiv 2001/29

64. Domstolens slutsats att ett hotells spridning till gästerna av en signal medelst TV-apparater i hotellrummen utgör en överföring till allmänheten i den mening som avses i artikel 3.1 i direktiv 2001/29, oberoende av vilken teknik som används för överföringen, baserades på följande skäl:

65. Inledningsvis tog domstolen sikte på skälen i direktiv 2001/29. Först hänvisade den till skäl 23, där det anges att begreppet ”överföring till allmänheten” ska ges en vid tolkning.¹⁵ Domstolen konstaterade därefter att endast på detta sätt kan ändamålet enligt skälen 9 och 10, nämligen att skapa en hög skyddsnivå för upphovsmännen, uppnås och en skälig ersättning till upphovsmannen för användningen av vederbörandes verk säkerställas.¹⁶

66. För det andra grundade domstolen sin bedömning på sin praxis avseende andra unionsrättsliga bestämmelser.¹⁷

67. För det tredje gick domstolen in på de kumulativa verkningarna av att hotellgästerna normalt sett avlöser varandra i snabb följd i hotellrummen varför tillgängliggörandet av verken kan bli omfattande.¹⁸

68. För det fjärde slog domstolen fast att enligt artikel 11bis 1 punkt ii i Bernkonventionen i reviderad lydelse föreligger det ett oberoende offentligt framförande när en sändning som överförs av ett ursprungligt sändningsföretag sprids från ett ytterligare sändningsföretag. Genom överföringen av radio- och TV-sändningarna överförs verket nämligen indirekt till en ny publik.¹⁹

69. För det femte definierade domstolen i detta sammanhang, med hänvisning till WIPO:s förklaring till Bernkonventionen, allmänheten, vid en sådan indirekt överföring, med utgångspunkt från den av upphovsmannen just givna tillåtelsen. Domstolen framhävde att upphovsmannens tillåtelse, att hans eller hennes verk överförs via TV eller radio, endast omfattar det indirekta åhörarskapet, det vill säga innehavare av mottagningsapparater, som mottar sändningen själva eller i familjekretsen. När överföringen sker i syfte att underhålla en vidare krets, ofta mot ersättning, får visserligen en ytterligare del av allmänheten möjlighet att lyssna eller titta på verket. Så snart sådan mottagning sker med avsikt på en större krets, ofta mot ersättning, kan ytterligare en del av allmänheten ta del av verket. Överföringen av sändningen via högtalare eller en liknande anordning utgör därmed inte längre endast en mottagning av sändningen i sig, utan en oberoende överföring av det sända verket till en ny publik.²⁰

70. För det sjätte slog domstolen fast att gästerna på ett hotell utgör en ny publik. Hotellet agerar, med full kännedom om följderna av sitt handlande, för att ge sina gäster tillgång till det skyddade verket.²¹

15 — Ibidem, punkt 36.

16 — Ibidem, punkt 36.

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

18 — Ibidem, punkterna 38 och 39.

19 — Ibidem, punkt 40.

20 — Ibidem, punkt 41.

21 — Ibidem, punkt 42.

71. För det sjunde hänvisade domstolen till att det, för att det ska utgöra överföring till allmänheten, är tillräckligt att verket görs tillgängligt för allmänheten på ett sådant sätt att de personer som tillhör densamma kan få tillgång till verket.²²

72. För det åttonde tog domstolen hänsyn till den omständigheten att ett hotell som ger sina gäster tillgång till de sända verken ska anses tillhandahålla en extra tjänst i syfte att dra en viss fördel därav. För ett hotell sker alltså detta tillhandahållande i vinstsyfte, eftersom det inverkar på hotellets standard och därmed på rumspriset.²³

73. För det nionde gjorde domstolen emellertid ett begränsande klargörande om att ställandet till förfogande av mottagningsapparater inte i sig utgör någon överföring i den mening som avses i artikel 3.1 i direktiv 2001/29. Däremot utgör spridningen av en signal via TV-apparater som står uppställda i hotellrum, som ett hotell genomför för sina gäster, en överföring till allmänheten i den mening som avses i denna bestämmelse, och detta oberoende av vilken teknik som används för överföringen av signalen.²⁴

2. Tillämplig rättslig bestämmelse i förevarande fall

74. Den hänskjutande domstolen har inriktat sin fjärde tolkningsfråga på artikel 3.2 b i direktiv 2001/29. Denna bestämmelse är inte relevant i förevarande fall. Artikel 3.2 a och b i direktiv 2001/29 är inte tillämplig, eftersom denna bestämmelse endast avser det fall av tillgängliggörande där fonogrammet respektive utföranden och framföranden tillgängliggörs för medlemmar av allmänheten på platser och vid tidpunkter som de själva väljer. Ett sådant fall föreligger inte vid överföring av ett radioprogram. För fullständighetens skull ska det påpekas att inte heller artikel 3.1 i direktiv 2001/29 är tillämplig, eftersom det i förevarande fall inte är fråga om upphovsrättsligt skyddade verk utan om närstående rättigheter för fonogramframställaren och utövande konstnärer.

75. Det är i stället artikel 8.2 i direktiv 92/100 respektive artikel 8.2 i direktiv 2006/115 som är tillämpliga. Enligt dessa bestämmelser ska medlemsstaterna föreskriva en rätt till en enda skäligen ersättning från användaren när ett fonogram som har utgivits i kommersiellt syfte används i original eller kopia för trådlös utsändning eller eljest för återgivning för allmänheten, samt föreskriva om fördelning av denna ersättning mellan de utövande konstnärerna och fonogramframställarna.

76. Eftersom domstolen är behörig att ge den hänskjutande domstolen alla uppgifter som krävs för att avgöra målet vid sistnämnda domstol,²⁵ kommer jag i det följande att gå in på tolkningen av dessa relevanta bestämmelser. Vidare kommer jag, med hänsyn till att direktiv 92/100 har konsoliderats i direktiv 2006/115 och att artikel 8.2 är identisk i de båda direktiven, fortsättningsvis endast behandla artikel 8.2 i direktiv 2006/115, varvid det som där sägs även gäller för artikel 8.2 i direktiv 92/100. Av förenklingsskäl kommer jag här nedan även att endast beakta det fall där det är fråga om ett i kommersiellt syfte utgett fonogram, varvid det som där sägs även gäller för kopior av ett sådant fonogram.

3. Tolkningen av artikel 8.2 i direktiv 2006/115

77. Det ska inledningsvis klargöras att de rekvisit som anges i artikel 8.2 i direktiv 2006/115 utgör självständiga unionsrättsliga begrepp (a) vilka ska tolkas mot bakgrund av sitt folkrättsliga sammanhang (b). Jag kommer i anslutning till detta att gå in på begreppet "återgivning för allmänheten" samt de ytterligare rekvisiten i artikel 8.2 i direktiv 2006/115.

22 — Ibidem, punkt 43.

23 — Ibidem, punkt 44.

24 — Ibidem, punkterna 44 och 45.

25 — Dom av den 18 januari 2001 i mål C-150/99, Stockholm Lindöpark (REG 2001, s. I-493), punkt 38, och av den 18 juni 2009 i mål C-566/07, Stadeco (REG 2009, s. I-5295), punkt 43.

a) Självständiga unionsrättsliga begrepp

78. De i artikel 8.2 i direktivet tillämpade begreppen utgör, i avsaknad av hänvisning till medlemsstaternas rättsordningar, självständiga unionsrättsliga begrepp. De ska också, för att åstadkomma en enhetlig tillämpning av unionsrätten i alla medlemsstater och med hänsyn till likhetsprincipen, i hela unionen tolkas enhetligt.²⁶ Det är dessutom endast på detta sätt som det i skäl 6 i direktiv 2006/115 angivna ändamålet kan uppnås, nämligen att utövandet av skapande, konstnärliga och affärsmässiga verksamheter underlättas genom att ett enhetligt rättsskydd föreskrivs inom gemenskapen.

79. Trots att det i vissa fall existerar ett självständigt unionsrättsligt begrepp kan det i dessa fall endast ske en mycket begränsad harmonisering, varför begreppet är synnerligen knapphändigt reglerat. I sådana fall anges i unionsrättsligt hänseende endast en väl tilltagen lagstiftningsram som medlemsstaterna därefter har att fylla ut.²⁷ Detta var domstolens utgångspunkt med avseende på begreppet skälig ersättning i den mening som avses i artikel 8.2 i direktiv 2006/115.²⁸ Eftersom bedömningen av i vilken utsträckning ett begrepp har reglerats ska ske för varje begrepp i en bestämmelse, går det inte av detta att dra några slutsatser för de ytterligare begrepp som används i artikel 8.2 i direktiv 2006/115.

b) Folkrättsligt och unionsrättsligt sammanhang

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

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

82. Såvitt gäller WPPT framgår detta redan av att unionen själv är part i avtalet. Enligt fast rättspraxis ska de unionsrättsliga bestämmelserna nämligen tolkas mot bakgrund av ett folkrättsligt avtal just i ett fall där unionen är part i avtalet och önskar genomföra avtalet med hjälp av dessa unionsrättsliga bestämmelser.²⁹

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

c) Begreppet återgivning för allmänheten

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

i) Begreppet återgivning

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

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

27 — Dom av den 6 februari 2003 i målet SENA (ovan fotnot 10), punkt 34.

28 — Ibidem, punkterna 34–38.

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

86. Som redovisats ovan,³⁰ ska tolkningen av begreppet återgivning i denna bestämmelse ske med hänsyn till vad som föreskrivs i artikel 12 i Romkonventionen och artikel 15 WPPT. För begreppet återgivning är särskilt artikel 15.1 jämförd med artikel 2 g WPPT av betydelse. I artikel 15.1 föreskrivs att utövande konstnärer och fonogramframställare vid direkt eller indirekt nyttjande för en sändning eller återgivning för allmänheten har rätt till en enda skälig ersättning. I artikel 2 g WPPT definieras begreppet "överföring till allmänheten" av ett fonogram som en överföring till allmänheten av ljuden eller en framställning av ljud upptagna på ett fonogram, dock inte ljudradio- eller televisionsutsändning. Där preciseras även att för de syften som avses i artikel 15 omfattar termen överföring till allmänheten att ljuden eller en framställning därav som är upptagna på ett fonogram görs hörbara för allmänheten.

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

88. För det första omfattar artikel 8.2 i direktiv 2006/115 såväl direkta som indirekta återgivningar. För detta talar till att börja med själva ordalydelsen och bakgrunden till bestämmelsens införande. Av bakgrunden till direktiv 92/100 framgår nämligen att en ytterligare konkretisering av begreppet överföring inte ansågs kräva något tillägg av formuleringen "direkt eller indirekt", eftersom det vid användningen av begreppet överföring var uppenbart att även indirekta överföringar omfattas.³¹ För en sådan tolkning talar numera, sedan dess ikraftträdande, även artikel 15 WPPT, enligt vilken rätt till ersättning även föreligger för indirekta överföringar.³²

89. För det andra är det tillräckligt för en återgivning att ljud som upptagits på fonogrammet görs hörbara. Huruvida en gäst faktiskt har hört tonerna är irrelevant. För detta talar till att börja med artikel 2 g WPPT, som inriktas på hörbarheten. Vidare torde det enligt ändamålet med direktiv 2006/115 vara tillräckligt att gästen har rättslig och praktisk möjlighet att ta del av fonogrammet.³³ En sådan tolkning har också den fördelen att den i detta hänseende överensstämmer med tolkningen av begreppet "överföring till allmänheten" i den mening som avses i artikel 3.1 i direktiv 2001/29.

90. Om hänsyn tas till dessa bestämmelser talar mycket för att begreppet återgivning för allmänheten i artikel 8.2 i direktiv 2006/115 ska tolkas så, att en tandläkare i ett fall som det förevarande indirekt återger de fonogram som används i radiosändningar när vederbörande via en radio i sin praktik gör radiosändningarna hörbara för sina patienter.

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

92. Därmed uppkommer frågorna huruvida skälen 23 och 27 i direktiv 2001/29 ska beaktas vid tolkningen av begreppet återgivning för allmänheten i den mening som avses i artikel 8.2 i direktiv 2006/115 och om detta leder till att det i ett fall som det förevarande inte föreligger någon återgivning för allmänheten i den mening som avses i artikel 8.2 i direktiv 2006/115.

30 — Se punkt 80 och följande punkter i förevarande förslag till avgörande.

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

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

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

– Beaktande av skäl 27 i direktiv 2001/29

93. Inledningsvis uppstår frågan huruvida det med beaktande av skäl 27 i direktiv 2001/29 i ett fall som det förevarande inte kan antas föreligga någon återgivning för allmänheten.

94. Enligt detta skäl gäller att enbart tillhandahållandet av de fysiska förutsättningarna för att möjliggöra eller genomföra en överföring inte i sig ska betraktas som en överföring. Detta skäl ska betraktas tillsammans med den förklaring som avtalsparterna avgett i fråga om artikel 8 WCT. Enligt denna förklaring innebär inte tillhandahållandet i sig av materiella hjälpmedel, för att möjliggöra en överföring, någon sådan överföring som avses i WCT eller Bernkonventionen.

95. Detta kan enligt min mening inte förstås så, att det i ett fall som det förevarande inte kan antas föreligga någon överföring i den mening som avses i artikel 3.1 i direktiv 2001/29 eller återgivning i den mening som avses i artikel 8.2 i direktiv 2006/115.³⁴ Jag tolkar det snarare så, att personer som ställer uppspelningsapparater till förfogande utan att samtidigt ha kontrollen över upphovsrättsligt skyddade verk, inte därmed genomför någon återgivning för allmänheten. Detta är därmed fallet när TV- eller radioapparater säljs eller hyrs ut, eller när en Internet Service Provider endast ställer en tillgång till internet till förfogande. I ett fall som det förevarande begränsar sig tandläkaren emellertid inte till att endast ställa uppspelningsapparaterna till förfogande. Vederbörande gör dessutom radiosändningarna hörbara för patienterna och därmed indirekt även de i radiosändningarna använda fonogrammen.

96. Skäl 27 i direktiv 2001/29 utgör alltså i ett fall som det förevarande inte något hinder för antagandet att det föreligger en överföring i den mening som avses i artikel 3.1 i direktiv 2001/29, eller en återgivning i den mening som avses i artikel 8.2 i direktiv 2006/115.

– Beaktande av skäl 23 i direktiv 2001/29

97. Enligt skäl 23 i direktiv 2001/29 bör den upphovsrätt som gäller för överföring till allmänheten förstås i vid mening och omfatta all överföring till allmänheten som inte är närvarande på den plats varifrån överföringen sker.

98. Kommissionen anförde (med avvikelse från vad den hittills anfört i sitt skriftliga yttrande) under den muntliga förhandlingen att det med beaktande av detta skäl är tveksamt huruvida det föreligger en överföring. Den har i detta sammanhang hänvisat till generaladvokaten Kokotts förslag till avgörande i målet *Football Association Premier League m.fl.*³⁵, där generaladvokaten med stöd av nämnda skäl företrädde uppfattningen att mottagningen av en TV-sändning via en självmottagande TV-apparat inte utgör någon överföring i den mening som avses i artikel 3.1 i direktiv 2001/29. En överföring föreligger endast om det sker en ytterligare, självständig överföring av den ursprungliga sändningen, såsom när exempelvis den ursprungliga sändningssignalen mottas och förmedlas till flera apparater via en uppdelningsapparat.³⁶ Mot denna bakgrund företräder kommissionen numera uppfattningen att domstolen i domen i målet *SGAE mot Rafael Hoteles* endast tog ställning till elementet "allmänheten", och inte till beståndsdelen "överföring".

99. Denna ståndpunkt kan inte godtas.

100. Av skäl 23 i direktiv 2001/29 kan det nämligen inte utläsas att det i ett fall som det förevarande inte kan antas föreligga någon överföring i den mening som avses i artikel 3.1 i direktiv 2001/29.

34 — Så även Ulrich, J. N., "Die öffentliche Wiedergabe' von Rundfunksendungen in Hotels nach dem Urteil 'SGAE' des EuGH (Rs. C-306/05)", *Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht* 2008, s. 112 och följande sidor, s. 117 och följande sida.

35 — Ovan fotnot 12.

36 — Ibidem, punkterna 127–147.

101. I motsats till vad kommissionen anfört nöjde sig inte domstolen i målet SGAE mot Rafael Hoteles med att tolka elementet "allmänheten" för överföringen. Den slog tvärtom fast att ett antagande om en överföring i den mening som avses i artikel 3.1 i direktiv 2001/29 endast förutsätter att spridningen av en signal med hjälp av en TV-apparat ger tillgång till ett verk. Domstolen har nämligen uttryckligen preciserat att en överföring till allmänheten föreligger oberoende av vilken teknik som används för sändningen.³⁷ Denna precisering kan enligt min mening endast förstås så, att förekomsten av en överföring inte är avhängig av huruvida TV-utrustningen i sig tar emot sändningen eller om det dessförinnan har skett en ny, från den ursprungliga sändningen skild överföring av signalen till TV-apparaten.

102. Därmed står två med varandra oförenliga synsätt emot varandra när det gäller tolkningen av begreppet överföring. Enligt det av domstolen företrädde synsättet står, oberoende av de tekniska detaljerna, ändamålet med ett tillfredsställande skydd för upphovsmannen i förgrunden och kommer därför i det följande att betecknas ett funktionellt synsätt. Det synsätt som kommissionen grundar sig på avser däremot huruvida det har skett en ytterligare överföring av signalen eller om det är fråga om en självtagande apparat. Eftersom detta synsätt tar sikte på de tekniska detaljerna kommer det i det följande att betecknas som tekniskt synsätt.

103. Enligt min mening talar de starkaste skälen för det av domstolen tillämpade funktionella synsättet.

104. För det funktionella synsättet talar för det första ändamålet att skapa ett tillfredsställande skydd för de upphovsrätter och närstående rättigheter som anges i skälen 9 och 10 i direktiv 2001/29 och skälen 5, 12 och 13 i direktiv 2006/115. Med hänsyn till detta ändamål anser jag övervägande skäl tala för att det är den mottagarkrets som omfattas av tillståndet respektive av den skäligen ersättningen som ska beaktas.

105. För det andra kan det mot det funktionella synsättet inte anföras att detta saknar stöd i folkrätten. Det har visserligen inte uppnåtts någon enighet på det folkrättsliga planet om huruvida detta kriterium är bindande.³⁸ Detta talar visserligen inte emot att kriteriet tillämpas på unionsrättslig nivå. I de tillämpliga folkrättsliga reglerna föreskrivs nämligen endast ett minimiskydd för upphovsrätterna och de närstående rättigheterna, och avtalsparterna kan välja att gå längre än så. Dessutom ska det i detta sammanhang påpekas att avtalsparterna visserligen inte är folkrättsligt bundna att tillämpa ett funktionellt synsätt, men att de dock rekommenderas att tillämpa ett sådant synsätt i icke rättsligt bindande tolkningshandlingar, såsom WIPO:s förklaring till Bernkonventionen.³⁹

106. För det tredje förmår jag, i motsats till kommissionen, inte av skäl 23 i direktiv 2001/29 och dess förarbeten med någon tydlighet utläsa att unionslagstiftaren har sökt utesluta överföringen till allmänheten av en sändning via självtagande apparater från begreppet överföring till allmänheten i den mening som avses i artikel 3 i direktivet.

107. Inom ramen för lagstiftningsförfarandet föreslog Europaparlamentet att det i nämnda skäl skulle klargöras att rätten till överföring till allmänheten inte sträcker sig till direkta uppföranden och framföranden. Kommissionen godtog detta i sitt ändrade förslag. Rådet ställde sig positivt till förslagets innehåll, men beslutade att inte anta begreppet direkta uppföranden, eftersom avsaknaden av en enhetlig definition skulle kunna leda till rättsosäkerhet. Rådet föredrog i stället att klargöra den faktiska omfattningen av begreppet överföring till allmänheten i den mening som avses i artikel 3 i direktiv 2001/29.⁴⁰

37 — Se redogörelsen avseende domen i punkterna 65–73 i detta förslag till avgörande.

38 — Se punkt 50 i generaladvokaten Sharpstons förslag till avgörande i det ovannämnda målet SGAE mot Rafael Hoteles (ovan fotnot 4).

39 — Domen i det ovannämnda målet SGAE mot Rafael Hoteles (ovan fotnot 4), punkt 41.

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

108. Ändamålet med skäl 23 är därmed att undanta direkta uppföranden och framföranden från begreppet överföring till allmänheten, utan att använda detta begrepp. Som framgår av formuleringen i detta skäl har unionslagstiftaren sökt uppnå detta mål genom att undanta en del av personerna från begreppet avseende den relevanta allmänheten, nämligen den del som inte är närvarande på den plats varifrån överföringen sker.⁴¹ Vad som är relevant är alltså avståndet mellan publiken och den plats varifrån överföringen sker, och inte de tekniska aspekterna.

109. Av lagstiftarens ändamål med skäl 23, och av formuleringen i detta skäl, följer således att unionslagstiftaren endast sökte begränsa kretsen av personer som kan utgöra en allmänhet, men däremot inte begreppet överföring.

110. Sammanfattningsvis ska det fastställas att det varken i skäl 23 eller i förarbetena till direktiv 2001/29 finns något tillräckligt säkert stöd för att begreppet överföring i artikel 3.1 i tekniskt hänseende skulle vara begränsat till de fall där det är fråga om en från den ursprungliga sändningen skild överföring av signalen till en TV- eller radioapparat, eller att självmottagningen via TV- eller radioapparater skulle uteslutas från detta begrepp.

– Slutsats i denna del

111. Slutsatsen i denna del blir att en tandläkare i ett fall där han eller hon gör en radiosändning hörbar via en radioapparat i sin praktik indirekt återger de fonogram som används i radiosändningen för allmänheten, i den mening som avses i artikel 8.2 i direktiv 2006/115.

ii) Begreppet allmänheten

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

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

114. Givetvis kan i detta sammanhang hänvisas till den ovan redovisade praxisen från domstolen avseende tolkningen av begreppet överföring till allmänheten i den mening som avses i artikel 3.1 i direktiv 2001/29.⁴² Som jag påvisat i mitt av denna dag meddelade förslag till avgörande i målet *Phonographic Performance*, ska begreppet allmänheten i artikel 3.1 i direktiv 2001/29 och artikel 8.2 i direktiv 2006/115 i princip tolkas lika. Jag hänvisar därvidlag i detta hänseende till punkterna 96–111 i det förslaget till avgörande.

115. Tillämpas de kriterier som domstolen uppställde i domen i målet *SGAE mot Rafael Hoteles*, talar mycket för att man även i ett fall som det förevarande kan utgå från en överföring till, respektive återgivning för, allmänheten. Även i ett fall som det förevarande överförs, respektive återges, nämligen fonogrammen indirekt till eller för en ny publik genom att radiosändningen görs hörbar. Patienterna uppehåller sig visserligen kortare tid i väntrummet men de avlöser å andra sidan varandra i snabbare takt än i hotellrum, varför man även här får utgå ifrån en successiv-kumulativ verkan som leder till ett omfattande tillgängliggörande av fonogrammen.

41 — Walter, M., Lewinsky, S., *European Copyright Law*, Oxford University Press 2010, s. 981.

42 — Se punkterna 65–73 i detta förslag till avgörande.

116. Även i detta sammanhang uppkommer emellertid frågan om de nyss ovannämnda grunderna till begreppet "återgivning för allmänheten" i den mening som avses i artikel 8.2 i direktiv 2006/115, med hänsyn till skäl 23 i direktiv 2001/29, innebär att begreppet ska tolkas så, att det i ett fall som det förevarande inte kan antas vara fråga om någon överföring till, respektive återgivning för allmänheten. Som anförts ovan har unionslagstiftaren, i skäl 23 i direktiv 2001/29, från den personkrets som ska anses utgöra allmänheten i den mening som avses i artikel 3.1 i direktivet önskat undanta de personer som är närvarande på den plats varifrån överföringen sker. Syftet härmed är att direkta uppföranden och framföranden inte ska omfattas av begreppet "överföring till allmänheten".⁴³

117. Kommissionen har, med hänvisning till generaladvokaten Kokotts förslag till avgörande i målet Football Association Premier League m.fl., hävdad att syftet med detta är att den personkrets som befinner sig på den plats där den självmottagande TV-apparaten är uppställd ska uteslutas. I fråga om en självmottagande TV-apparat är den plats varifrån överföringen sker nämligen den plats där TV-apparaten står uppställd.⁴⁴

118. Detta resonemang kan inte godtas.

119. För det första är denna ståndpunkt inte förenlig med domstolens synsätt i domen i det ovannämnda målet SGAE mot Rafael Hoteles. Av denna dom kan det nämligen utläsas att den plats varifrån överföringen sker inte heller i fråga om TV-apparater är den, där TV-apparaten står uppställd.⁴⁵

120. För domstolens synsätt talar också de starkaste argumenten. Hänvisningen i skäl 23 i direktiv 2001/29 till den plats varifrån överföringen sker kan nämligen inte tolkas så att detta, i fråga om självmottagande TV-apparater, är den plats där TV-apparaten står uppställd.

121. För det första ligger det nära den gängse språkliga uppfattningen av ordet "varifrån" att detta inte avser den plats där överföringen slutligen sker.

122. För denna uppfattning talar vidare de ovan nämnda förarbetena till direktivet. Med preciseringen i skäl 23 har unionslagstiftaren nämligen sökt uppnå att uppförande eller framförande för allmänheten inte ska omfattas av begreppet överföring till allmänheten.⁴⁶ Denna målsättning uppnås när den publik, som i rummet inte befinner sig på något avstånd från det ursprungliga uppförandet eller framförandet av verket, undantas från begreppet "överföring till allmänheten".⁴⁷ För dem som lyssnar på ett radioprogram är det däremot fråga om ett sådant avstånd i rummet.

123. Dessutom talar sambandet mellan skäl 23 och skäl 24 i direktiv 2001/29 mot ett synsätt enligt vilket den plats varifrån överföringen sker, när det är fråga om en självmottagande apparat, ska vara den plats där apparaten står uppställd. Enligt skäl 24 ska den rätt att tillgängliggöra för allmänheten, som föreskrivs i artikel 3.2 i direktiv 2001/29, nämligen tolkas så, att den omfattar alla åtgärder för tillgängliggörande för den allmänhet som inte är närvarande på den plats varifrån tillgängliggörandet sker. Skulle även i detta sammanhang med den plats varifrån tillgängliggörandet sker förstås den plats där den apparat på vilken fonogrammen slutligen spelas upp är uppställd, så skulle artikel 3.2 i direktivet i stor omfattning förlora sin praktiska verkan. Denna apparat skulle nämligen i många fall

43 — Se punkterna 106–109 i detta förslag till avgörande.

44 — Se punkterna 144 och 146 i generaladvokaten Kokotts förslag till avgörande i målet Football Association Premier League m.fl. (ovan fotnot 12).

45 — Annars skulle det, när det gäller en självmottagande TV-apparat, inte kunna vara fråga om någon överföring till allmänheten, något som domstolen dock tycks ha utgått ifrån i det målet.

46 — Se punkt 104 och följande punkt i förevarande förslag till avgörande.

47 — Reinbothe, J., "Die EG-Richtlinie zum Urheberrecht in der Informationsgesellschaft", *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil* 2001, s. 733 och följande sidor, 736.

utgöras av en apparat i privata hushåll. Jag är därmed övertygad om att skäl 23 och även skäl 24 ska tolkas så, att endast den publik för direkta framföranden eller uppföranden som är närvarande på den plats varifrån tillgängliggörandet sker, utesluts från begreppet överföring i den mening som avses i artikel 3.1 i direktiv 2001/29.

124. Mot synsättet att den plats varifrån överföringen sker, i fråga om en självmottagande radioapparat, ska vara den plats där apparaten står uppställd, talar vidare att detta skulle leda till sinsemellan ej sammanhängande resultat. Med nämnda synsätt skulle nämligen ett fall, där flera självmottagande radioapparater ställdes upp i en bar, inte vara fråga om någon överföring i den mening som avses i artikel 3.1 i direktiv 2001/29. Däremot skulle det vara fråga om en överföring i den mening som avses i artikel 3.1 i direktiv 2001/29 i ett fall där endast två radioapparater ställs upp i baren, till vilka en signal vidarelämnas via en apparat i byggnadens källare.

125. I ett fall som det förevarande är platsen varifrån överföringen sker, i den mening som avses i artikel 3.1 i direktiv 2001/29, därmed den plats där det ursprungliga framförandet eller uppförandet registrerades på fonogrammet.

126. Kommissionens invändning kan därmed avfärdas redan av det skälet att det inte enligt de ovannämnda grunderna till skäl 23 kan antas att publiken framför en självmottagande TV-apparat inte kan beaktas enligt artikel 3.1 i direktiv 2001/29.

127. Om domstolen med avvikelse från sin hittillsvarande praxis skulle tolka begreppet ”överföring till allmänheten” i artikel 3.1 i direktiv 2001/29 så, att en överföring till publiken framför en självmottagande apparat inte omfattas, så skulle kommissionens invändning för det andra kunna avfärdas med hänvisning till att ett sådant synsätt inte kan överföras på begreppet återgivning i den mening som avses i artikel 8.2 i direktiv 2006/115. Begreppet återgivning i den mening som avses i artikel 8.2 i direktiv 2006/115 ska nämligen tolkas med beaktande av artikel 15 jämförd med artikel 2 g WPPT. Enligt dessa föreligger en överföring av ett fonogram även när ljuden som är upptagna på ett fonogram görs hörbara för allmänheten. Därmed innefattar åtminstone begreppet återgivning i den mening som avses i artikel 8.2 i direktiv 2006/115 också den publik som är närvarande på den plats där överföringen sker.⁴⁸

128. Skäl 23 i direktiv 2001/29 medger alltså inte att begreppet allmänheten, för vilken återgivningen sker, i den mening som avses i artikel 8.2 i direktiv 2006/115 tolkas på ett sätt som i fråga om självmottagande radioapparater innebär att den publik som är närvarande på den plats där radioapparaten står uppställd inte ska beaktas.

iii) Övriga invändningar

129. Inte heller någon av de övriga invändningarna kan tillmätas någon betydelse.

– Huruvida det krävs att inträdesavgift erläggs

130. Inledningsvis är det inte avgörande för frågan huruvida det föreligger en återgivning för allmänheten i den mening som avses i artikel 8.2 i direktiv 2006/115 att en inträdesavgift erläggs. För det första talar inte något i ordalydelsen i artikel 8.2 i direktiv 2006/115 för något sådant krav. Mot detta talar för det andra även det systematiska sammanhanget med artikel 8.3 i direktivet. I denna bestämmelse föreskrivs en ensamrätt för sändningsföretag att medge eller förbjuda återgivning för allmänheten av deras sändningar, när den aktuella återgivningen sker på platser till vilka allmänheten har tillträde mot erläggande av inträdesavgift. Av den omständigheten att denna bestämmelse

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

innehåller ett kumulerat krav på att det både ska föreligga en återgivning för allmänheten och att återgivningen ska ske på platser till vilka allmänheten har tillträde mot erläggande av en inträdesavgift, kan det motsatsvis följa att en återgivning varken förutsätter en allmänhet på platsen eller erläggande av en inträdesavgift.

– Vinstsyfte

131. Inte heller invändningarna att det inte kan anses föreligga någon återgivning för allmänheten, eftersom det i förevarande fall är tandläkartjänsten och inte återgivningen av fonogrammet som står i förgrunden, och eftersom tandläkaren handlar utan vinstsyfte, övertygar.

132. För det första förutsätter inte förhandenvaron av en återgivning för allmänheten att användaren har ett vinstsyfte med denna återgivning.

133. Till att börja med tyder inget på att begreppet återgivning för allmänheten förutsätter att det föreligger ett vinstsyfte.

134. Vidare talar inte bara sammanhanget med nyssnämnda artikel 8.3 i direktiv 2006/115 mot ett sådant krav, utan även sammanhanget med artikel 5 i direktiv 2001/29, till vilken det hänvisas i artikel 10.2 i direktiv 2006/115. Sålunda stadgas i artikel 5.3 a, b och j i direktiv 2001/29 att medlemsstaterna får föreskriva undantag från rätten till överföring till allmänheten eller inskränkningar i denna rättighet i den mån det rör sig om viss privilegierad användning och inget, respektive utöver det privilegierade ändamålet gående, kommersiellt syfte föreligger. Härav följer motsatsvis att en överföring till allmänheten respektive återgivning för allmänheten kan föreligga även när inget kommersiellt syfte eller vinstsyfte föreligger.

135. Av domen i målet SGAE mot Rafael Hoteles framgår inte heller att det krävs något vinstsyfte. Där betonade domstolen visserligen hotellägarens vinstsyfte. Detta innebär dock inte att domstolen uppställde något obligatoriskt krav på vinstsyfte för att det ska föreligga en överföring till allmänheten.⁴⁹

136. En tillämpning av vinstsyftet som kriterium skulle dessutom leda till svåra gränsdragningsproblem. Då skulle det nämligen utifrån varje tjänst som tillhandahålls få avgöras om överföringen av ett fonogram är så obetydlig att den hamnar i bakgrunden i förhållande till det huvudsakliga tillhandahållandet.

137. Slutligen ska även den italienska regeringens ståndpunkt – att en sådan ekonomisk rättighet som den i artikel 8.2 i direktiv 2006/115 inte får beviljas när användaren saknar vinstsyfte med överföringen – avfärdas mot bakgrund av ovan anförda argument. Jag kan inte se varför upphovsmannen ska tillerkännas en ensamrätt vid exempelvis ett politiskt möte, medan en fonogramframställare eller en utövande konstnär däremot inte alls ska ha någon rätt. Dessutom kan avsaknaden av vinstsyfte hos användaren enligt artikel 8.2 beaktas inom ramen för bedömningen av vilken ersättning som är skälig för en sådan användning.

138. För det andra hänvisar jag i andra hand till att det i ett fall som det förevarande i alla delar kan antas föreligga ett vinstsyfte. Även när radiosändningar som patienter i en tandläkarpraktik lyssnar på, säkerligen inte utgör någon väsentlig del av den tjänst som tandläkaren tillhandahåller, är det obestridligen så att de kan vara till praktisk nytta. Normalt finner nämligen patienterna i ett väntrum att det är behagligare att lyssna på radiosändningar än på ljudet av tandläkarborren från behandlingsrummet. Dessutom tjänar sådana sändningar som underhållning under den väntetid som vanligtvis förekommer i läkarpraktiker. Den omständigheten att priset på behandlingen inte bestäms

49 — Se, för ett liknande resonemang, Walter, M., Lewinsky, S. (ovan fotnot 41), s. 990.

av huruvida det går att lyssna på fonogrammet eller inte, utesluter enligt min mening inte att det föreligger ett vinstsyfte. Presumtionen att det föreligger ett vinstsyfte förutsätter nämligen endast att det är fråga om den del av tjänsten som kan förbättra patienternas helhetsintryck av tjänsten. Detta är av ovan anförda skäl fallet här enligt min mening.

– Patienternas vilja

139. Det saknar vidare betydelse för bedömningen av huruvida överföringen sker till allmänheten, att denna sker utan patienternas vilja och av dem till och med skulle kunna uppfattas som störande skvalmusik.

– Övriga invändningar

140. Inte heller övriga invändningar ska tillmätas någon betydelse.

141. För det första förutsätter inte återgivningen för allmänheten i den mening som avses i artikel 8.2 i direktiv 2006/115 att begreppet allmänhet har en självständig social, ekonomisk eller juridisk dimension. Inledningsvis torde en sådan saknas även i andra fall där det utan tvivel borde förekomma en allmänhet, såsom på tåg- eller tunnelbanestationer. Vidare är det på upphovsrättens område och på området för närstående rättigheter, när det gäller kravet på allmänhet, inte relevant vilken dimension eller homogenitet den grupp av personer som kan utgöra allmänheten uppvisar.⁵⁰

142. För det andra ska även invändningen att en tandläkares patienter inte befinner sig samtidigt i praktiken avfärdas eftersom en kumulativ verkan räcker, vilken också kan uppnås genom tidsmässigt på varandra följande vistelser i väntrummet.

iv) Slutsats

143. Artikel 8.2 i direktiv 2006/115 ska tolkas så, att återgivning för allmänheten i den mening som avses i denna bestämmelse föreligger när en tandläkare placerar en radio i sitt väntrum och spelar upp radioprogram via denna.

d) Övriga förutsättningar

144. När det gäller förutsättningen beträffande användaren, i den mening som avses i artikel 8.2 i direktiv 2006/115, ska det konstateras att de som återger fonogrammet för allmänheten också använder fonogrammet i den mening som avses i denna bestämmelse.

145. Beträffande skyldigheten att erlagga en skälig ersättning hänvisar jag till punkterna 118–144 i mitt förslag till avgörande av denna dag i mål C-162/10, *Phonographic Performance*.

4. Slutsats

146. Artikel 8.2 i direktiv 2006/115 ska därmed tolkas så, att en tandläkare som placerar en radioapparat i sin praktik och via denna gör radiosändningar hörbara för sina patienter, är skyldig att erlagga skälig ersättning för den indirekta återgivningen av det fonogram som används i radiosändningarna.

50 — Se, för ett liknande resonemang, Walter, M., Lewinsky, S. (ovan fotnot 41), s. 990.

VII – Den första till och med den tredje tolkningsfrågan

147. Den hänskjutande domstolen har ställt sin första och sin andra tolkningsfråga för att få klarhet i huruvida de tillämpliga folkrättsliga bestämmelserna i Romkonventionen, i WPPT och i TRIPS är direkt tillämpliga i unionens rättsordning och om även enskilda kan åberopa dessa bestämmelser direkt. Med sin tredje tolkningsfråga önskar nämnda domstol få klarhet i huruvida begreppet ”överföring till allmänheten” i den mening som avses i den av den domstolen nämnda folkrättsliga bestämmelsen överensstämmer med begreppen i direktiv 92/100 och direktiv 2001/29 och, om så inte är fallet, vilken källa som eventuellt ska äga företräde.

A – Parternas huvudsakliga argument

148. Enligt *SCF* ska dessa frågor besvaras jakande. Samtliga här aktuella folkrättsliga bestämmelser utgör en integrerad del av unionens rättsordning och de är direkt tillämpliga i privaträttsliga förhållanden. Vidare ska unionsrätten i möjligaste mån tolkas folkrättskonformt, men den kan gå längre än vad som är fallet med de folkrättsliga bestämmelserna. Unionsrätten kan nå en högre skyddsnivå än de tillämpliga folkrättsliga bestämmelserna eftersom reglerna om upphovsrätt och närstående rättigheter befinner sig i ständig utveckling.

149. Enligt *Marco Del Corso* är Romkonventionen direkt tillämplig i unionens rättsordning, eftersom denna införlivats med TRIPS, vilket Europeiska unionen tillträtt. Europeiska unionen har även tillträtt WPPT. Frågan om företräde är inte aktuell eftersom de tillämpliga folkrättsliga bestämmelserna och unionsrättsliga regleringarna är identiska.

150. Enligt den *italienska regeringen* ska de första tre frågorna inte besvaras. Europeiska unionen har infört direktiven i syfte att införliva WPPT. Följaktligen ska endast direktiven tolkas.

151. *Kommissionen* anser att de första två frågorna ska besvaras nekande. När det gäller Romkonventionen framgår detta redan av att denna inte ingår i unionens rättsordning. Vad beträffar TRIPS och WPPT har kommissionen hänvisat till att den hänskjutande domstolen inte angett några specifika bestämmelser. I den mån det handlar om bestämmelser som den hänskjutande domstolen angett i sin begäran om förhandsavgörande, ska dessa frågor besvaras nekande. Enligt domstolens fasta praxis är en bestämmelse i ett folkrättsligt avtal direkt tillämplig endast om den innehåller en klar, precis och ovillkorlig skyldighet som inte kräver någon ytterligare åtgärd för införlivande. Domstolen har när det gäller GATT alltid avfärdat tanken att detta folkrättsliga avtal skulle ha direkt effekt. Denna praxis gäller även för TRIPS och WPPT. Liksom i TRIPS föreskrivs även i WPPT att avtalsparterna är skyldiga att införliva bestämmelserna i det avtalet. Detta bekräftas i artikel 14 WCT och artikel 23.1 WPPT, där det uttryckligen föreskrivs att avtalsparterna ska vidta nödvändiga åtgärder för att införliva avtalen. Unionen har vidtagit dessa åtgärder genom införandet av direktiv 2001/29.

B – Huruvida tolkningsfrågorna kan tas upp till prövning

152. Jag anser det visserligen vara synnerligen tveksamt huruvida den hänskjutande domstolen, mot bakgrund av de här redovisade svaren på den fjärde och den femte tolkningsfrågan, kommer att ha någon praktisk nytta av svaren på den första till och med den tredje tolkningsfrågan. I den fjärde och den femte tolkningsfrågan tolkas nämligen artikel 8.2 i direktiv 2006/115 med beaktande av de folkrättsliga bestämmelserna. I den mån den hänskjutande domstolen kan ta hänsyn till dessa med de folkrättsliga bestämmelserna överensstämmande direktivbestämmelserna i det mål den har att avgöra, blir det inte längre fråga om en självständig tillämpning av de folkrättsliga bestämmelserna.

153. Frågorna kan likväl inte avfärdas som irrelevanta för målets avgörande. Frågan om direkt tillämpning av de folkrättsliga bestämmelserna skulle nämligen kunna vara relevant om den hänskjutande domstolen inte kan beakta artikel 8.2 i direktiv 2006/115 i det nationella målet. Det förefaller visserligen vara möjligt att tolka motsvarande nationella bestämmelser direktivskonformt (och därmed även folkrättskonformt). Huruvida en sådan tolkning är möjlig avgörs dock ytterst enligt den nationella rätten, vilken uteslutande omfattas av den hänskjutande domstolens behörighet. I det (enligt min mening osannolika) fallet att en direktivskonform tolkning inte skulle vara möjlig, borde en direkt tillämpning av artikel 8.2 i direktivet dock omintetgöras redan på grund av att det rör sig om en tvist mellan enskilda.

154. Slutsatsen blir att de tre första tolkningsfrågorna i så måtto inte kan avfärdas på den grunden att de är irrelevanta för målets avgörande.

C – Rättslig bedömning

155. Med hänsyn till att svaret på de första tre frågorna av ovannämnda skäl endast är av begränsad praktisk nytta för syftena med det nationella målet, ämnar jag fatta mig kort vid besvarandet av dessa frågor.

156. Förutsättningen för att en folkrättslig bestämmelse ska äga direkt tillämplighet är att den ingår i ett av unionen ingånget folkrättsligt avtal och att bestämmelsen, med hänsyn till dess ordalydelse och ändamål, innebär en klar och precis skyldighet vars fullgörande eller verkningar inte är beroende av utfärdandet av ytterligare rättsakter. Den måste således vara tillräckligt bestämd och ovillkorlig.⁵¹

157. Av just detta skäl kan artikel 12 i Romkonventionen inte utgöra någon direkt tillämplig bestämmelse i unionsrätten, eftersom unionen inte är avtalspart i konventionen.

158. I den mån den hänskjutande domstolen hänvisat till TRIPS ska det för det första påpekas att detta avtal inte innehåller någon bestämmelse som motsvarar artikel 8.2 i direktiv 2006/115. Artikel 14 TRIPS, som reglerar närstående rättigheter för utövande konstnärer och fonogramframställare, innehåller nämligen inte någon motsvarande rätt för utövande konstnärer eller fonogramframställare att erhålla skälig ersättning.⁵²

159. I vilket fall som helst talar domstolens mycket restriktiva hållning, när det gäller WTO-avtalens direkta tillämplighet, allmänt mot att en TRIPS-bestämmelse skulle äga direkt tillämplighet. Enligt fast rättspraxis som av ovan nämnda skäl inte kommer att behandlas djupare här, är WTO-avtalen och därmed även TRIPS på grund av sina strukturer inte ägnade för en direkt tillämpning.⁵³

160. I den mån det är fråga om en direkt tillämpning av artikel 15 WPPT inställer sig för det första frågan huruvida denna konvention i princip är avsedd att ge direkta rättigheter åt enskilda. I detta sammanhang ska särskilt artikel 23.1 WPPT beaktas, enligt vilken fördragsparterna åtar sig att i överensstämmelse med sina rättssystem vidta de nödvändiga åtgärderna för att tillämpa detta fördrag. Denna bestämmelse skulle kunna tolkas så, att en medlemsstat är skyldig att vidta ytterligare åtgärder, vilket skulle kunna tala mot att bestämmelserna i WPPT är direkt tillämpliga. Till stöd för detta skulle även kunna anföras att flera av bestämmelserna i WPPT ger fördragsparterna ett vitt handlingsutrymme. Visserligen inställer sig frågan huruvida artikel 23.1 WPPT utgör hinder för en direkt tillämpning av vissa bestämmelser i WPPT, i den mån dessa är tillräckligt precisa och ovillkorliga.

51 — Domstolens dom av den 30 september 1987 i mål 12/86, Demirel (REG 1987, s. 3719; svensk specialutgåva, volym 9, s. 175), punkt 14, och av den 16 juni 1998 i mål C-162/96, Racke (REG 1998, s. I-3655), punkt 31.

52 — Se angående detta Correa, C., *Trade related aspects of intellectual Property rights*, Oxford University Press 2007, s. 156 och 162, samt Busche, J., Stoll, P.-T., *TRIPs – Internationales und europäisches Recht des geistigen Eigentums*, Carl Heymanns förlag 2007, s. 268 och 272.

53 — Dom av den 23 november 1999 i mål C-149/96, Portugal mot rådet (REG 1999, s. I-8395), punkt 47.

161. Denna fråga behöver inte besvaras vad gäller förevarande mål. Artikel 2 g och artikel 15 WPPT innehåller nämligen inte några tillräckligt precisa bestämmelser om huruvida rätten till skäligen ersättning även gäller i fall som det nu aktuella, där begreppet överföring ska ges en funktionell innebörd, och den allmänhet till vilken överföringen sker definieras med hjälp av synsättet att allmänheten är kumulativ-successiv. Det råder nämligen enighet om att WPPT saknar fasta bestämmelser när det gäller dessa fall. Eftersom det inte anges hur begreppen överföring till allmänheten och överföring till enskilda ska avgränsas, har dessa fördragsparter ett betydande utrymme för att bestämma när en överföring till allmänheten ska anses föreligga.⁵⁴

162. Häremot kan det inte invändas att domstolen, i sin dom i målet SGAE mot Rafael Hoteles, tolkade begreppet överföring till allmänheten i artikel 3.1 i direktiv 2001/29 på grundval av de tillämpliga folkrättsliga bestämmelserna. Domstolen tog nämligen inte stöd i bestämmelserna i Bernkonventionen för att besvara den avgörande frågan huruvida kriteriet avseende en ny lyssnarskara kan användas som kriterium för att det ska vara fråga om en ny överföring till allmänheten. Parterna i Bernkonventionen avfärdade nämligen avsiktligt detta kriterium.⁵⁵ Domstolen grundade i stället sin tolkning på WIPO:s förklaring till Bernkonventionen, det vill säga på ett dokument som inte är rättsligt bindande. Den rättsligt bindande konkretiseringen av allmänheten skedde således inte redan på folkrättslig nivå, utan först på unionsrättslig nivå med stöd av artikel 3.1 i direktiv 2001/29.

163. Inte heller artikel 2 g och artikel 15 WPPT utgör alltså några bestämmelser som parterna i det nationella målet kan åberopa direkt.

VIII – Förslag till avgörande

164. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att domstolen besvarar de tolkningsfrågor som ställts på följande sätt:

1. Artikel 8.2 i rådets direktiv 92/100/EEG av den 19 november 1992 om uthyrnings- och utlåningsrättigheter och vissa upphovsrätten närstående rättigheter inom det immaterialrättsliga området och artikel 8.2 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/115/EG av den 12 december 2006 om uthyrnings- och utlåningsrättigheter avseende upphovsrättsligt skyddade verk och om upphovsrätten närstående rättigheter (kodifierad version) ska tolkas så, att en tandläkare som i sitt väntrum placerar en radioapparat, och via denna gör en radiosändning hörbar för sina patienter, är skyldig att erlagga skälig ersättning för den indirekta återgivningen av det fonogram som används i radiosändningen.
165. 2. Enligt unionsrätten utgör varken artikel 12 i Romkonventionen av den 26 oktober 1961 om skydd för utövande konstnärer, framställare av fonogram och radioföretag, artikel 15 i WIPO-fördraget om framföranden och fonogram (WPPT) av den 20 september 1996, eller artikel 14 i avtalet om handelsrelaterade aspekter av immaterialrättigheter (TRIPS) folkrättsliga bestämmelser som en part kan åberopa direkt i en tvist mellan enskilda.

54 — Se Lewinski, S., Walter, M. (ovan i fotnot 41), s. 988.

55 — Se punkt 50 i generaladvokaten E. Sharpstons förslag till avgörande i målet SGAE mot Rafael Hoteles (ovan fotnot 4).