FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT NIILO JÄÄSKINEN
föredraget den 17 mars 2011 [1]

I – Inledning

1. I de förenade mål som domstolen blivit ombedd att pröva har Hof van beroep te Brussel (Belgien) ställt två frågor angående tolkningen av 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 [2], särskilt angående innebörden av artikel 1.2 a och c i nämnda direktiv.

2. Den hänskjutande domstolen har nämligen bedömt att det är nödvändigt att tolka begreppet ”överföring till allmänheten via satellit” för att kunna lösa två konnexa mål som är anhängiga vid den. Parterna i dessa mål är dels Airfield NV (nedan kallat Airfield) och Canal Digitaal BV (nedan kallat Canal Digitaal) mot Belgische vereniging van auteurs, componisten en uitgevers CVBA (nedan kallad Sabam) (mål C-431/09), dels Airfield ensamt mot Agicoa Belgium BVBA (nedan kallat Agicoa) (mål C-432/09).

3. Tvisten gäller frågan huruvida Airfield, som tillhandahåller allmänheten TV via satellit och erbjuder ett paket med TV-kanaler (nedan kallad satellit-TV-leverantören), måste inhämta tillstånd från rättighetsinnehavaren för att med hjälp av det närstående bolaget Canal Digitaal samtidigt och i oförvanskat skick sända program som tillhandahålls av sändarföretag, när dessa företag själva redan har erhållit tillstånd från programmens upphovsmän. Med andra ord ska det fastställas om och i vilken utsträckning en leverantör av paket med TV-kanaler som agerar under sådana förhållanden som dem som är i fråga i målen vid den nationella domstolen begår

1 — Originalspråk: franska.
2 — EGT L 248, s. 15; svensk specialutgåva, område 13, volym 25, s. 33.

intrång i verk som åtnjuter upphovsrättsligt skydd eller skydd av närstående rättigheter.

4. Bakom de relativt komplexa tekniska detaljerna i målen ligger en i realiteten ganska enkel rättsfråga. Det handlar väsentligen om hur en oberoende operatör enligt direktiv 93/83 ska behandlas i förhållande till ett sändarföretag som ingår mer eller mindre i den kommunikationskedja som i typfallet förbinder företaget med den allmänhet som är den slutliga mottagaren av programbärande signaler som sänds ut via satellit.

II – Tillämpliga bestämmelser

A – *Unionsrätten*

Direktiv 93/83

5. Direktiv 93/83 syftar till att fylla en lucka som lämnats kvar i den rättsliga ramen för skapandet av ett enda audiovisuellt område när 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 [3] antogs utan att det innehöll några upphovsrättsliga bestämmelser. [4]

6. I skälen 14 och 15 till direktiv 93/83 anges följande:

”14) Den osäkerhet beträffande vilka rättigheter som skall förvärvas vilken hindrar gränsöverskridande satellitsändningar bör elimineras genom att man definierar överföring till allmänheten via satellit på gemenskapsnivå. Denna definition bör på samma gång specificera var sändningen äger rum. En sådan definition är nödvändig för att undvika en samtidig tillämpning av flera nationella lagar på en enda sändning. Överföring till allmänheten via satellit inträffar bara när och i en medlemsstat där programbärande signaler sänds under en sändarorganisations ansvar och kontroll i en oavbruten överföringskedja till satelliten och sedan ner till jorden. Normala tekniska förfaranden som rör programbärande signaler bör inte anses vara avbrott i sändningskedjan.

3 — EGT L 298, s. 23; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 3. Direktivet ändrades år 1997 (EGT L 202, s. 60) och år 2007 (EGT L 332, s. 27).

4 — Se skälen 4, 5 och 12 i direktiv 93/83.

15) Förvärv genom avtal om ensamrätt till sändningar bör ske i enlighet med lagstiftningen om upphovsrätt och närstående rättigheter i den medlemsstat där överföring till allmänheten via satellit sker."

7. Artikel 1.2 a–c i direktiv 93/83, som ingår i kapitel I med rubriken "Definitioner", har följande lydelse:

"a) I detta direktiv avses med överföring till allmänheten via satellit den handling som innebär att ett sändarföretag under sin kontroll och på sitt ansvar för in programbärande signaler avsedda för mottagning av allmänheten i en oavbruten överföringskedja som leder till satelliten och sedan ner till jorden.

b) Överföring till allmänheten via satellit sker uteslutande i den medlemsstat där de programbärande signalerna under sändarföretagets kontroll och på dess ansvar förs in i en oavbruten överföringskedja som leder till satelliten och sedan ner till jorden.

c) Om de programbärande signalerna är kodade äger en överföring till allmänheten via satellit rum under förutsättning att utrustning för avkodning av sändningen endast tillhandahålls allmänheten genom sändarföretaget eller med dess samtycke."

8. I artikel 2 i direktiv 93/83, med rubriken "Sändningsrättigheter", anges följande:

"Medlemsstaterna skall föreskriva ensamrätt för upphovsmannen att ge tillstånd till överföring till allmänheten via satellit av upphovsrättsliga verk enligt de bestämmelser som anges i detta kapitel."

Direktiv 2001/29/EG

9. Det föreskrivs i skäl 23 till Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/29/EG av den 22 maj 2001 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället [5] att i direktivet "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 vidaresändning av ett verk till allmänheten på trådbunden eller trådlös väg,

5 — EGT L 167, s. 10.

inklusive radio- och televisionssändningar. Denna rätt omfattar inga andra åtgärder.” [6]

10. Enligt artikel 3.1 i nämnda direktiv ”[ska m]edlemsstaterna … 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”.

B – *Nationella bestämmelser*

11. I artikel 1.1 fjärde stycket i den belgiska lagen av den 30 juni 1994 om upphovsrätt och närstående rättigheter [7] (nedan kallad upphovsrättslagen), i ändrad lydelse, föreskrivs att ”[e]ndast upphovsmannen till ett litterärt eller konstnärligt verk har rätt att göra verket tillgängligt för allmänheten, oavsett enligt vilke[n] metod (inbegripet offentliggörande för allmänheten på ett sådant sätt att detta görs tillgängligt för allmänheten på en för dem individuellt vald tid och plats)”. [8]

12. I artiklarna 49 och 50 i denna lag angående ”överföring till allmänheten via satellit” återges i huvudsak ordalydelsen i artikel 1.2 a–c i direktiv 93/83, utan någon senare ändring.

III – Bakgrund

13. Det belgiska bolaget Airfield är verksamt i Belgien under beteckningen TV Vlaanderen. Det bedriver verksamhet som leverantör av digital TV och radio via satellit. Bolaget erbjuder paket med kanaler som abonnenterna kan lyssna till och se på via satellit.

14. Det paket som Airfield erbjuder allmänheten innehåller två slags TV-kanaler. Den ena typen som är gratis och okrypterad kallas vanligen ”free to air”, och den kan vem som helst ta emot med parabolantenn och satellitmottagare utan att det krävs något abonnemang. Den andra typen är krypterade TV-kanaler som bara går att se om de är avkodade.

6 — I dom av den 7 december 2006 i mål C-306/05, SGAE (REG 2006, s. I-11519), punkt 30, framhöll domstolen att direktiv 2001/29 är tillämpligt på all överföring till allmänheten av skyddade verk, medan direktiv 93/83 enbart innebär en minimiharmonisering av vissa aspekter av skyddet av upphovsrätten och närstående rättigheter vid överföring till allmänheten via satellitsändningar eller vidaresändning via kabel av sändningar från andra medlemsstater.

7 — *Belgisch Staatsblad* av den 27 juli 1994, s. 19297. Nämnda lag trädde i kraft den 1 augusti 1994.

8 — Avsnittet inom parentes tillades genom lag av den 22 maj 2005, som innebär ett införlivande av direktiv 2001/29 med belgisk rätt.

Detta kräver att det tecknas ett abonnemang hos Airfield, som ger kunderna ett så kallat ”smart card” för avkodning.

15. För att tillhandahålla digital satellit-TV har Airfield tillgång till Canal Digitaals tekniska tjänster. Canal Digitaal är ett nederländskt bolag som tillhör samma koncern som Airfield och erbjuder motsvarande tjänster som Airfield för konsumenter i Nederländerna.

16. Canal Digitaal har ingått ett avtal med bolaget SES Astra som driver satellitsystemet Astra om att hyra kapacitet från detta bolag för digital radio och TV på denna satellit.

17. Canal Digitaal har vidare ingått ett tjänsteavtal med Airfield, där det förbundit sig att från den 1 januari 2006 i sin tur hyra ut den kapacitet som bolaget hyr av Astra för TV- och radiosändningar i Belgien och Luxemburg. För TV-sändningarna har Canal Digitaal även förbundit sig att tillhandahålla tekniska tjänster, inklusive vidaresändning till satellit, multiplex, komprimering, kryptering och överföring av data, som krävs för att Airfield ska kunna sända digital-TV i Belgien och Luxemburg

18. För att erbjuda sina kunder i Flandern (Belgien) digital satellit-TV har Airfield även ingått en rad avtal med sändarföretag vars kanaler ingår i paketet och med Canal Digitaal. Tekniskt sett skiljer sig samarbetet med sändarföretagen beroende på sättet för vidaresändning av de berörda TV-kanalerna. Den hänskjutande domstolen skiljer mellan tre typer av vidarebefordran av de programbärande signalerna via satellit till konsumenterna i Belgien, två indirekta sätt och ett direkt, varvid det preciserats att de vidaresända programmen i alla tre fallen är oförvanskade.

– De båda sätten för indirekt vidaresändning av de TV-kanaler som ingår i paketet

19. I det första fallet, med så kallad indirekt vidaresändning, i hänskjutandebesluten betecknat som ”fall 1”, sänder de belgiska sändarföretagen via en fast förbindelse sina okodade programbärande signaler till utrustning som Canal Digitaal har installerat i Belgien. Därefter komprimerar och krypterar Canal Digitaal dem för att via bredband vidarebefordra dem till Canal Digitaals uppländkstation i Nederländerna. Innan signalerna sänds därifrån upp till Astrasatelliten krypteras de

på nytt. Den nyckel som allmänheten behöver för avkodning finns på ett smart card som Canal Digitaal tillhandahåller Airfield. När kunderna tecknar abonnemang hos Airfield får de ett sådant smart card.

20. Den andra typen av indirekt vidaresändning motsvarar det av den hänskjutande domstolen beskrivna fall 3. I det fallet sänder andra sändarföretag sin signal till Canal Digitaal via en annan satellit, exempelvis Eutelsat, i stället för via en fast förbindelse. Canal Digitaal tar i Nederländerna eller i Luxemburg upp den krypterade, för allmänheten icke tillgängliga, signalen från satelliten, avkodar den om så krävs, krypterar den sedan på nytt och sänder den vidare till Astrasatelliten. Airfields abonnenter kan avkoda dessa signaler genom ett smart card som Canal Digitaal tillhandahåller Airfield.

21. Airfield har ingått avtal om leverans av TV via satellit som kallas ”carriage agreements” [9] med de sändarföretag som berörs av dessa båda sätt för vidaresändning av deras signaler.

22. Enligt dessa avtal hyr Airfield ut satellittransponderkapacitet till sändarföretagen för utsändning av TV-program till TV-tittarna i Belgien, Nederländerna och Luxemburg. Airfield försäkrar att det erhållit tillstånd från det bolag som driver Astrasatelliten (satellitbolaget) att i sin tur hyra ut denna kapacitet till sändarföretagen.

23. Vidare åtar sig Airfield att motta sändarföretagens signal med TV-program vid den centrala upplänken och att därefter ombesörja komprimering, multiplex och kryptering av signalen samt sända den vidare upp till satelliten för utsändning och mottagande.

24. Sändarföretagen betalar ersättning till Airfield för nämnda uthyrning och nämnda tillhandahållande av tjänster. Sändarföretagen beviljar också Airfield tillstånd så att satellit-TV-leverantörens abonnenter i Belgien, Nederländerna och Luxemburg kan få simultan visning av deras program som sänds via Astrasatelliten.

25. I utbyte mot de rättigheter som sändarföretagen upplåter åt Airfield att fritt inkludera TV-programmen i sitt utbud ska Airfield betala sändarföretagen ersättning för de TV-program som Airfields abonnenter tar emot på det berörda territoriet.

9 — Den hänskjutande domstolen uppgav att den hade erhållit nämnda avtal endast i engelsk version.

– Sättet för direkt vidaresändning av de TV-kanaler som ingår i paketet

26. I denna situation som motsvarar det av den hänskjutande domstolen beskrivna ”fall 2” är vidaresändningen ”direkt” därför att den sker utan tekniskt bistånd från Airfield och Canal Digitaal. Sändarföretagen krypterar nämligen de programbärande signalerna själva eller via andra operatörer i ursprungslandet och sänder dem vidare direkt till Astrasatelliten. Signalerna skickas sedan tillbaka till jorden. Canal Digitaals delaktighet är begränsad till att leverera kodnyckeln till operatörerna, så att kodningen blir riktig, detta för att Airfields abonnenter sedan ska kunna se programmen med hjälp av sitt smart card.

27. Airfield har ingått en annan typ av avtal med denna grupp av sändarföretag som kallas ”heads of agreement”. I dessa föreskrivs att sändarföretagen ger tillstånd till mottagande och simultan visning för Airfields abonnenter i Belgien och Luxemburg av sändarföretagens TV-program som sänds via Astrasatelliten.

28. I utbyte mot de rättigheter som sändarföretagen upplåter åt Airfield att fritt inkludera TV-programmen i sitt utbud ska Airfield betala sändarföretagen ersättning för de TV-program som Airfields abonnenter tar emot på det berörda territoriet.

IV – Målen vid den nationella domstolen, tolkningsfrågorna och förfarandet vid EU-domstolen

29. Sabam är ett belgiskt kooperativt bolag som fungerar som upphovsrättsorganisation och företräder upphovsmän när det gäller att dels upplåta rätt för tredje man att nyttja skyddade verk, dels kräva in ersättning för sådant nyttjande.

30. Agicoa [10] är ett belgiskt kooperativt bolag som fungerar som upphovsrättsorganisation och företräder belgiska och internationella producenter av audiovisuella verk när det gäller att administrera upphovsrättigheter och närstående rättigheter till filmer och andra audiovisuella verk (med undantag för musikvideor). Bolaget kräver i sammanhanget in de ersättningar som producenterna har rätt till.

10 — Agicoa Belgium, som är sökande i målet vid den nationella domstolen, bedriver denna verksamhet enligt uppdrag som den erhållit av såväl Association de gestion internationale collective des œuvres audiovisuelles (Föreningen för internationell kollektiv förvaltning av audiovisuella verk, AGICOA), en organisation bildad enligt schweizisk rätt, som Beheers- en belangenvennootschap voor audiovisuele producenten (BAVP), ett kooperativt bolag med begränsat ansvar, bildat enligt belgisk rätt.

31. Sabam och Agicoa anser att Airfield i egenskap av oberoende enhet i förhållande till sändarföretagen vidaresände TV-program som dessa företag redan hade sänt i den mening som avses i Bernkonventionen.[11] De har hävdat att Airfield på grund av denna nya överföring till allmänheten måste ha ytterligare ett tillstånd än det som det erhållit av sändarföretagen för att kunna nyttja den katalog av upphovsrättsligt skyddat material som Sabam administrerar.

32. Airfield och Canal Digitaal anser att de inte gör några vidaresändningar utan enbart tillhandahåller allmänheten TV-program från sändarföretagen via satellit. Enligt dem svarar sändarföretagen själva för en första och enda satellitsändning, där dessa företag tar hjälp av Airfield och Canal Digitaal för de rent tekniska aspekterna av sändningen. Svarandena har gjort gällande att det endast är sändarföretagen som utför den för upphovsrättslig ersättning relevanta handlingen, såsom den definieras i artiklarna 49 och 50 i upphovsrättslagen, varigenom direktiv 93/83 genomförts i belgisk rätt.

11 — Bernkonventionen för skydd av litterära och konstnärliga verk, Parisakten av den 24 juli 1971, i dess lydelse enligt ändringen av den 28 september 1979 (nedan kallad Bernkonventionen).

33. Då parterna inte lyckades nå en överenskommelse, väckte Sabam talan mot Airfield och Canal Digitaal (mål C-431/09), medan Agicoa väckte talan mot Airfield (mål C-432/09), med stöd av upphovsrättslagen, vid Rechtbank van eerste aanleg te Brussel (allmän domstol i första instans). Denna domstol fann att Airfield och Canal Digitaal gjort sig skyldiga till intrång i den upphovsrätt och de närstående rättigheter som Sabam och Agicoa förvaltar genom att, utan att i förväg ha erhållit tillstånd av svarandena, överföra skyddade verk ur svarandenas repertoar till den publik som abonnerar på Airfields program.

34. Airfield och Canal Digitaal överklagade domarna till den hänskjutande domstolen. Denna domstol ansåg att den inte kunde ge ett tydligt svar på de frågor om tolkning och tillämpning av gemenskapsrätten som uppkommit inom ramen för de båda mål som anhängiggjorts vid den. Därför beslutade Hof van beroep te Brussel att förklara målen vilande och vända sig till domstolen med följande tolkningsfrågor, som har samma ordalydelse i de båda målen C-431/09 och C-432/09:

”1) Utgör direktiv 93/83 hinder mot att den som tillhandahåller digital satellit-TV är skyldig att inhämta tillstånd från rättighetsinnehavaren när ett sändarföretag, antingen via en fast förbindelse eller via en krypterad satellitsignal, sänder sina programbärande signaler till en av sändarföretaget oberoende leverantör av

digital satellit-TV som låter kryptera dessa signaler genom ett till denna leverantör kopplat bolag och sänder upp signalerna till en satellit, varefter dessa signaler, med tillstånd av sändarföretaget, samlade som en del av ett paket med TV-kanaler, sänds till satellit-TV-leverantörens abonnenter, vilka samtidigt och i oförvanskat skick kan se de aktuella programmen med hjälp av ett avkodningskort eller smart card som nämnda leverantör har tillhandahållit?

2) Utgör direktiv 93/83 hinder mot att den som tillhandahåller digital satellit-TV är skyldig att inhämta tillstånd från rättighetsinnehavaren när ett sändarföretag sänder sina programbärande signaler till en satellit i enlighet med instruktioner från en av sändarföretaget oberoende leverantör av digital satellit-TV, varefter dessa signaler, med tillstånd av sändarföretaget, samlade som en del av ett paket med TV-kanaler sänds till satellit-TV-leverantörens abonnenter, vilka samtidigt och i oförvanskat skick kan se de aktuella programmen med hjälp av ett avkodningskort eller smart card som nämnda leverantör har tillhandahållit?”

35. Genom beslut av domstolens ordförande den 6 januari 2010 förenades mål C-431/09 med mål C-432/09 vad gäller det skriftliga och muntliga förfarandet samt med avseende på domen.

36. Skriftliga och muntliga yttranden samt skriftliga svar på de frågor som domstolen ställde i syfte att få de faktiska omständigheterna förtydligade har tillhandahållits av Airfield och Canal Digitaal gemensamt, Sabam samt Agicoa. Europeiska kommissionen har framfört såväl skriftliga som muntliga synpunkter. Den finska regeringen har endast inkommit med ett skriftligt yttrande.

V – Bedömning

A – *Talans upptagande till sakprövning*

37. Inledningsvis har Agicoa hävdat att direktiv 93/83 inte är tillämpligt i målen vid den nationella domstolen och att de båda

tolkningsfrågorna följaktligen inte kan tas upp till sakprövning. Den begärda tolkningen kan nämligen inte vara till någon nytta för den hänskjutande domstolen när den ska avgöra den tvist som den blivit ombedd att lösa. [12] Agicoa har anfört att det däremot skulle vara lämpligt att tillämpa artikel 3.1 i direktiv 2001/29, jämförd med artikel 11bis.1.2 i Bernkonventionen. [13]

38. Agicoa har till stöd för sina påståenden först gjort gällande att arbetsgruppen om satellitsändning [14] vid sitt möte den 6 maj 2003 [15] förordade att det skulle göras en tydlig distinktion mellan ”den operatör som tillhandahåller paket med satellit-TV [och] sändarföretaget, eftersom dennes verksamhet går ut på att sammanställa ett paket med tjänster från en medlemsstat”, såsom är fallet med Airfield i de förevarande målen. Agicoa har av detta utan några andra förklaringar dragit slutsatsen att det skulle vara verkningslöst att åberopa begreppet ”överföring till allmänheten via satellit” och att det således inte åligger domstolen att besvara de frågor som ställts till den.

39. Agicoa har vidare hävdat att de mål vid den nationella domstolen som rör bolaget inte omfattas av det materiella tillämpningsområdet för direktiv 93/98, eftersom det inte är fråga om en satellit i den mening som avses i artikel 1 i direktivet. [16]

40. Slutligen anser Agicoa att direktiv 93/83 inte är tillämpligt, av det skälet att förevarande fall saknar den gränsöverskridande karaktär som nämns i direktiv 93/83 eller åtminstone att Airfield aldrig preciserat att det finns ett sådant element.

41. Enligt den första grunden saknar tolkningsfrågorna samband med föremålet för något av målen vid den nationella domstolen, alternativt är frågorna hypotetiska. Jag vill erinra om att det inom ramen för en begäran om förhandsavgörande är de nationella domstolarna som är bäst lämpade att mot bakgrund av de särskilda omständigheterna i målet bedöma såväl om ett förhandsavgörande är nödvändigt för att döma i saken som

12 — Agicoa har härvidlag hänvisat till dom av den 22 januari 2002 i mål C-390/99, Canal Satélite Digital (REG 2002, s. I-607), punkt 19, och av den 5 februari 2004 i mål C-380/01, Schneider (REG 2004, s. I-1389), punkt 22. Det slås i dessa domar i enlighet med fast rättspraxis fast att ”[d] omstolen … endast [har] möjlighet att underlåta att besvara en tolkningsfråga som en nationell domstol har ställt då det är uppenbart att den begärda tolkningen av gemenskapsrätten inte har något samband med de verkliga omständigheterna eller föremålet för tvisten i målet vid den nationella domstolen eller när frågan är hypotetisk eller när domstolen inte har tillgång till sådana uppgifter om de faktiska eller rättsliga förhållanden som är nödvändiga för att kunna ge ett användbart svar på de frågor som ställts till den”.

13 — ”Upphovsmän till litterära och konstnärliga verk äger uteslutande rätt: … 2) att låta med eller utan tråd offentligt återge radioutsändning av verket, när återgivandet anordnas av annat företag än det ursprungliga.”

14 — I protokollet från det första möte som nämnda grupp höll, den 28 november 2002, erinras det om att ”[d]et hade meddelats i rapporten angående tillämpningen av [direktiv 93/83] att de berörda ekonomiska aktörerna skulle rådfrågas”. Protokollet finns tillgängligt på kommissionens webbplats: http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/satellite-cable/working-group-satellite_en.pdf

15 — Protokoll från det andra mötet finns att tillgå på kommissionens webbplats: http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/satellite-cable/working-group-satellite_en.pdf.

16 — Ett begrepp som i artikel 1 ges definitionen ”en satellit som sänder på frekvensband som enligt internationella telekommunikationsregler är förbehållna sändning av signaler för mottagning av allmänheten eller som är förbehållen sluten point-to-point-överföring”.

relevansen av de frågor som ställs till domstolen. [17] Följaktligen är domstolen i princip skyldig att meddela ett förhandsavgörande när de frågor som har ställts avser tolkningen av unionsrätten, då dessa enligt fast rättspraxis presumeras vara relevanta. [18]

42. Utan att denna tes styrks kan det inte hävdas i de förevarande målen att det inte är till nytta för lösningen av tvisterna i målen vid den nationella domstolen att besvara de frågor som den hänskjutande domstolen har bedömt att det är både nödvändigt och juridiskt relevant att formulera i syfte att kunna avgöra hur den tillämpliga rätten och i synnerhet upphovsrättslagen ska tillämpas i Belgien mot bakgrund av kraven i direktiv 93/83, med tanke på att direktivet har införlivats i nämnda medlemsstat genom den lagen, såsom framhålls i hänskjutandebesluten.

43. Det andra och det tredje argument som Agicoa har framfört har inte styrkts närmare. Vad angår det sistnämnda följer det av rättspraxis att problematiken med avsaknad av gränsöverskridande karaktär [19] inte påverkar förutsättningarna för en sakprövning utan omfattas av själva prövningen i sak. [20] För övrigt tycks det mig inte som att alla omständigheter i målen vid den nationella domstolen hänför sig till en enda medlemsstat. [21] Begäran om förhandsavgörande kan således inte avvisas heller på denna grund.

44. Kommissionens företrädare sade sig vid förhandlingen beklaga att Hof van beroep te Brussel inte var tydligare i fråga om de faktiska omständigheterna i de båda målen vid den nationella domstolen. Han anförde att det inte var förrän efter att ha läst kommentarerna från parterna vid den nationella domstolen som kommissionen fick full kännedom om omständigheterna i saken, och den önskade

17 — Se dom av den 21 oktober 2010 i mål C-467/08, Padawan (REU 2010, s. I-10055), punkt 21 och följande punkter, samt punkt 48 och följande punkter i generaladvokaten Trstenjaks förslag till avgörande i nämnda mål.

18 — En presumtion som domstolen nyligen erinrade om i dom av den 12 oktober 2010 i mål C-45/09, Rosenbladt (REU 2010, s. I-9391), punkt 33.

19 — Jag vill här precisera att det är denna problematik som arbetsgruppen för satellitsändning tog upp under sitt senaste möte år 2003. Det ovannämnda utdraget, som Agicoa citerat, har följande fortsättning: "Kommissionens avdelningar erinrade i detta avseende om att endast verksamhet som har en gränsöverskridande dimension kan beaktas inom ramen för [direktiv 93/83], och en operatörs verksamhet som består i att vidaresända nationella kanaler för mottagning av allmänheten inom de nationella gränserna kan inte omfattas av tillämpningsområdet för nämnda direktiv, som grundas på artiklarna 43 och 49 i EG-fördraget, om etableringsfrihet och fri rörlighet för tjänster."

20 — Dom av den 13 januari 2000 i mål C-254/98, TK-Heimdienst (REG 2000, s. I-151), punkterna 14 och 15.

21 — Enligt den hänskjutande domstolen är nämligen satellit-TV-leverantören ett belgiskt bolag som samarbetar med ett nederländskt bolag. De programbärande signalerna mottas såväl i Nederländerna som i Luxemburg och de program som sänds via satellit har sitt ursprung i flera av medlemsstaterna i unionen och kan ses av publik som är bosatt inom olika territorier, särskilt i Belgien och Luxemburg.

då komplettera sitt skriftliga yttrande. [22] Man kan följaktligen fråga sig om begäran om förhandsavgörande i vart och ett av målen har formulerats på ett tillräckligt precist sätt för att domstolen ska kunna uttala sig.

45. Med hänsyn till de uppgifter som ursprungligen lämnades till domstolen eller som därefter kommit till domstolens kännedom under det skriftliga och det muntliga förfarandet anser jag att den hänskjutande domstolen i tillräcklig mån har klargjort den faktiska bakgrunden till de frågor som den har ställt, i överensstämmelse med domstolens krav. [23] Hof van beroep te Brussel har visserligen beskrivit de faktiska omständigheterna på ett något komplicerat sätt, men beskrivningen innehåller inte några tvetydigheter som kan missleda läsaren. Den svårighet som kommissionen har nämnt kommer sig enligt min åsikt av kommissionens förutfattade mening att ifrågavarande tvister endast kan röra ett slags verksamhet.

46. Följaktligen anser jag att det finns anledning att besvara de tolkningsfrågor som har ställts till domstolen, vilka det ovan erinrats om på det sätt som de har formulerats, det vill säga mot bakgrund av bestämmelserna i direktiv 93/83.

47. De förslag som jag kommer att lägga fram i detta syfte, efter några allmänna anmärkningar, följer den distinktion som den hänskjutande domstolen har gjort mellan å ena sidan de sätt på vilka sändarföretagen vidaresänder de programbärande signalerna med hjälp av Airfield och Canal Digitaal (den första tolkningsfrågan) och å andra sidan det sätt på vilket de sänder sina program utan bistånd av denna satellit-TV-leverantör och dess närstående bolag (den andra tolkningsfrågan), i enlighet med de förhållanden som beskrivits i redogörelsen för bakgrunden till målen vid den nationella domstolen.

B – *Inledande anmärkningar*

48. Enligt vad den hänskjutande domstolen har framhållit i syfte att motivera sin dubbla begäran om förhandsavgörande, önskade lagstiftaren, genom att anta artikel 1.2 a–c i direktiv 93/83, definiera begreppet ”överföring till allmänheten via satellit” i direktivet, ett begrepp som utgör föremålet för denna

22 — Kommissionen har påpekat att eftersom den hyste tvivel om huruvida Airfields sändning var en enda sändning, som bolaget hävdat i sina skrivelser, eller om det tvärtom rörde sig om en vidaresändning, hade den inte för avsikt att ändra sin ursprungliga ståndpunkt för det fall den hänskjutande domstolen skulle finna att det i de förevarande målen rörde sig om en enda sändning, utan i stället göra tillägg i syfte att uttala sig även om den andra hypotesen.

23 — Det vill säga, enligt fast rättspraxis (se, bland annat, dom av den 6 mars 2007 i de förenade målen C-338/04, C-359/04 och C-360/04, Placanica m.fl., REG 2007, s. I-1891, punkt 34 och där angiven rättspraxis), för att inte bara göra det möjligt för domstolen att lämna användbara svar, utan också ge såväl medlemsstaternas regeringar som andra berörda parter möjlighet att avge yttranden i enlighet med artikel 23 i domstolens stadga.

begäran om förhandsavgörande, så att det skapas rättssäkerhet på gemenskapsnivå.

49. Det framgår nämligen av skäl 14 till direktiv 93/83 att syftet med nämnda artikel är att eliminera den osäkerhet beträffande vilka rättigheter som ska förvärvas som hindrar gränsöverskridande satellitsändningar. [24] Dessutom är en definition av begreppet gemenskapsnivå nödvändig för att undvika samtidig tillämpning av flera nationella lagar på en enda sändning, med tanke på den stora territoriella spridning som en sändning via satellit kan ha. [25]

50. I artikel 1.2 i direktiv 93/83 ges en mycket precis definition av ”överföring till allmänheten via satellit” för direktivets syften. Där anges också platsen för överföringen, varvid ursprungslandet för sändningen pekas ut som enda anslutningsmoment, detta utan att det hänvisas till medlemsstaternas rättsordningar. Detta begrepp, som är autonomt, det vill säga självständigt definierat i unionsrätten, ska således bli föremål för en enhetlig tolkning. Enligt fast rättspraxis [26] ska ett sådant begrepp tolkas inte endast med avseende på ordalydelsen i den berörda bestämmelsen, utan även i överensstämmelse med dess syften [27], som ovan erinrats om, och mot bakgrund av dess sammanhang, särskilt om det på området finns internationella konventioner och sådana konnexa rättsakter i unionsrätten som direktiv 2001/29. [28]

51. Inom ramen för detta mål har den hänskjutande domstolen i huvudsak ställt frågan huruvida det, i fallen med sändning av TV-program såsom de definierats i de båda tolkningsfrågorna som i högre eller mindre grad inbegriper en satellit-TV-leverantör, ska vara fråga om:

— en enda överföring till allmänheten via satellit som endast sändarföretaget ansvarar för, vilket således är ensamt om

24 — Nämnda syfte anges även i skäl 5 i direktiv 93/83.

25 — Se förslaget från kommissionen som låg till grund för direktiv 93/83, KOM(91) 276 slutlig, s. 33 och följande sidor, kommissionens rapport om tillämpningen av direktivet, KOM(2002) 430 slutlig, särskilt sidorna 6–8, samt dom av den 3 februari 2000 i mål C-293/98, Egeda (REG 2000, s. I-629), punkterna 15, 20 och 21), och domen av den 14 juli 2005 i målet Lagardère Active Broadcast (ovan fotnot 16), punkt 42.

26 — Se i domen i målet Padawan (ovan fotnot 17), punkt 31 och följande punkter, angiven rättspraxis och generaladvokaten Trstenjaks förslag till avgörande i nämnda mål, punkt 61 och följande punkter. Slutsatserna där förefaller mig tillämpliga på förevarande fall.

27 — Se, bland annat, domen i målet Lagardère Active Broadcast (ovan fotnot 16), punkt 26 och följande punkter.

28 — Se, bland annat, Bernkonventionen och det fördrag om upphovsrätt som Världsorganisationen för den intellektuella äganderätten (WIPO) antog den 20 december 1996 i Genève (nedan kallat WIPO:s fördrag om upphovsrätt). Angående sambandet mellan begreppet ”överföring till allmänheten”, vilket förekommer i fördragstexter, och samma begrepp i den mening som avses i artikel 3.1 i direktiv 2001/29, se punkt 127 och följande punkter i förslag till avgörande av generaladvokaten Kokott i mål C-403/08, Football Association Premier League m.fl., vilket fortfarande är anhängigt vid domstolen.

att behöva erhålla tillstånd från upphovsmannen för att sprida programmen på detta sätt, eller

— tvärtom två överföringar till allmänheten via två olika satelliter, en första från sändarföretaget till den första sändningens publik och en andra överföring från satellit-TV-leverantören till den publik som utgörs av leverantörens abonnenter, [29] vilket betyder att upphovsrättigheterna respekteras vid var och en av dessa operationer.

52. Inledningsvis vill jag understryka att risken för missförstånd i samband med begreppet samtidig sändning måste undanröjas. I motsats till en förinspelad sändning kan en sådan ”vidaresändning” – även betecknad ”direkt vidaresändning”, som Sabam preciserade vid förhandlingen – utföras parallellt, således samtidigt, och med samma innehåll som den ursprungliga sändningen av programmen, så kallad ”ursprunglig överföring” enligt direktiv 89/552, [30] som har starka band till direktiv 93/83. Trots att de båda sändningarna är samtidiga och inte successiva måste de särskiljas vad gäller de upphovsrättigheter de kan ge upphov till. [31]

53. Kommissionen har vid förhandlingen uppgett att den i sitt skriftliga yttrande förutsett det fallet att en eventuell ursprunglig sändning av program utförd direkt av Airfield, som i sin verksamhet får sitt sändbara material från enskilda producenter av sådant material, jämställs med ett sändarföretag och i så fall otvivelaktigt måste erhålla tillstånd av upphovsmännen för att kunna utföra en överföring till allmänheten via satellit. Med hänsyn till ordalydelsen i de tolkningsfrågor som ställts till domstolen anser jag dock att den hänskjutande domstolens hypotes är en helt annan. Den är nämligen uteslutande en hypotes om en direkt vidaresändning av Airfield som dubblerar den ursprungliga sändningen

29 — Jag noterar att det i artikel 3.2 i direktiv 93/83 angående ”förvärv av sändningsrättigheter” föreskrivs att ”[e]n medlemsstat kan föreskriva att ett kollektivt avtal mellan en kollektiv organisation och ett sändarföretag angående en viss given kategori av verk kan utsträckas till rättsinnehavare inom samma område som inte företräds av den kollektiva organisationen, förutsatt att överföring till allmänheten via satellit äger rum samtidigt med en marksändning av samma sändare …”. Sändarföretaget kan således inom denna ram endast dra nytta av det nämnda systemet om det har en första sändning parallellt med överföringen till allmänheten via satellit.

30 — I artikel 1 a i direktiv 89/552, i den lydelse som var tillämplig vid tidpunkten för antagandet av direktiv 93/83, föreskrivs följande: ”I detta direktiv avses med a) TV-sändning: den ursprungliga överföringen av TV-program avsedda för mottagning av allmänheten, per tråd eller genom luften inklusive överföring via satellit, i okodad eller kodad form. Den innefattar överföring av program mellan företag för vidaresändning till allmänheten …” Däremot uppfattar jag inte att direktiv 93/83 endast är tillämpligt på den ursprungliga överföringen via satellit, då det även reglerar vidaresändning via kabel.

31 — Att jämföra med artikel 1.3 i direktiv 93/83, angående sändning via kabel, som har följande lydelse: ”I detta direktiv avses med vidaresändning via kabel en samtidig, oförändrad och oavkortad vidaresändning via kabel eller mikrovågssystem till allmänheten av en ursprunglig sändning från en annan medlemsstat via tråd eller trådlöst, inbegripet sändning via satellit, av televisions- och radioprogram som är avsedda för mottagning av allmänheten.”

och utförs parallellt av ett sändarföretag. Det preciseras i dessa båda frågor att programmen visas samtidigt och i oförvanskat skick. Härmed underförstås att dessa är tillgängliga på samma gång som de program som är tillgängliga via ett annat system för sändning än det som Airfield administrerar, vilka sänds av det sändarföretag som ”levererar” till Airfield.

54. Det är utrett i målen vid den nationella domstolen att sändarföretaget och satellit-TV-leverantören är olika operatörer på det strukturella och ekonomiska planet, men hur förhåller det sig på det juridiska planet, det vill säga i fråga om nyttjandet av verk som åtnjuter upphovsrättsligt skydd? Utmaningen i besvarandet av den frågan är betydande. I det första fallet ovan får upphovsmännen nämligen, tack vare sin rätt att tillåta eller förbjuda utnyttjande, ersättning vid ett tillfälle som erläggs av sändarföretagen, medan de i det andra fallet dessutom åtnjuter ersättning som betalas av satellit-TV-leverantören.

55. Jag noterar att den finska regeringen anser att bestämmelserna i direktiv 93/83 inte tillåter att de frågor som ställs i hänskjutandebesluten besvaras och att det är lämpligt att hänvisa till medlemsstaternas lagstiftning i överensstämmelse med domen i målet Egeda [32] för att det ska kunna avgöras vilken enhet som utför ”överföring till allmänheten via satellit” och således måste erhålla tillstånd från upphovsmännen till TV-programmen. Jag delar inte denna syn på saken, eftersom det framgår av förarbetena att artikel 1 i direktiv 93/83 hade till syfte att slå fast både vilken handling vid sändning av program som utgör ”överföring till allmänheten via satellit” och vem som är ansvarig för en sådan handling, vilket medför att denna person måste erhålla rätt att nyttja upphovsrättsligt skyddade verk. [33]

C – *Det tillstånd som ska inhämtas vid indirekt vidaresändning av TV-kanaler som ingår i paketet*

56. Genom sin första tolkningsfråga vill Hof van beroep te Brussel i väsentligen få klarhet i huruvida direktiv 93/83 utgör hinder mot att en satellit-TV-leverantör måste inhämta tillstånd från rättighetsinnehavaren för en indirekt vidaresändning av TV-kanaler via ett sändarföretag, under de förhållanden som råder i målen vid den nationella domstolen.

32 — Se, härvidlag, domarna i målen Egeda (ovan fotnot 25), punkt 25 och följande punkter, och SGAE (ovan fotnot 6), punkt 30.

33 — Se det ursprungliga förslaget till direktiv KOM(91) 276 slutlig, s. 33, punkt 3, och det ändrade förslaget till direktiv KOM(92) 526 slutlig, särskilt s. 7.

57. De berörda operationernas indirekta karaktär [34] utgörs av det faktum att sändarföretaget tillhandahåller de programbärande signalerna, antingen via en fast förbindelse eller via satellit med kodning, inte på egen hand utan via Airfield, som enligt den hänskjutande domstolen är självständigt i förhållande till sändarföretaget. Rent konkret låter denna satellit-TV-leverantör ett närstående bolag, det vill säga Canal Digitaal, kryptera signalerna och sedan sänder leverantören upp signalerna till Astrasatelliten.

58. För att kunna besvara frågorna vill jag erinra om att upphovsmannen enligt artikel 2 i direktiv 93/83 har ensamrätt att ge tillstånd till överföring till allmänheten via satellit av upphovsrättsliga verk. De bestämmelser i direktiv 93/83 som är relevanta i de förevarande målen är artikel 1.2 a–c, där begreppet överföring till allmänheten via satellit definieras.

59. Dessa bestämmelsers ordalydelse avslöjar att flera kriterier måste tas i beaktande för att ifrågavarande operation ska kunna betecknas som överföring till allmänheten via satellit, vilket fordrar tillstånd från upphovsmannen till det verk som ska sändas.

60. Parterna i målen vid den nationella domstolen är överens om en rad uppgifter som domstolen ska studera, men de har delade meningar om hur tolkningsfrågorna ska besvaras. Airfield och Canal Digitaal, å ena sidan, anser att direktiv 93/83 utgör hinder mot en skyldighet för satellit-TV-leverantören att inhämta ett specifikt tillstånd från sändarföretagens sida, med motiveringen att dennes intervention endast består av tekniska tjänster. Agicoa och Sabam, å andra sidan, har hävdat motsatsen och gjort gällande att överföring till allmänheten via satellit utförs inte bara av sändarföretagen, utan också av satellit-TV-leverantören.

61. Till att börja med konstaterar jag att begreppet ”programbärande kanaler”, i den mening som avses i artikel 1.2 i direktiv 93/83, inte utgör något problem. Det råder nämligen inget tvivel om att de signaler som är berörda av målen vid den nationella domstolen kan betecknas som sådana.

62. Agicoa och Sabam har argumenterat för att signalerna är avsedda för satellit-TV-leverantören och inte för allmänheten som sådan,

34 — Det vill säga fall 1 och fall 3 enligt den hänskjutande domstolens beskrivning, i motsats till fall 2, vars innebörd det har erinrats om ovan i samband med redogörelsen för bakgrunden i målet.

medan det enligt Airfield och Canal Digitaal det inte är nämnda leverantör som sänder till allmänheten, särskilt inte i den uppåtgående fasen till satelliten.

63. Det framgår av rättspraxis att med begreppet ”allmänhet” i artikel 1.2 i direktiv 93/83 åsyftas ”den breda allmänheten” i motsats till specialister. [35] Den del av vidaresändningen som består i att en sådan specialist som Airfield tar emot signaler måste således uteslutas från beteckningen ”överföring till allmänheten via satellit”. Den situation som den hänskjutande domstolen åsyftar är den där en operation börjar med att programbärande signaler tillhandahålls av ett sändarföretag och sedan leder till att satellit-TV-leverantörens abonnenter till slut kan se de berörda programmen i deras helhet samtidigt och i oförvanskat skick. Enligt min mening är nämnda publik, om än bara potentiell, [36] relevant med avseende på tolkningsfrågan.

64. I de förevarande målen utgörs den allmänhet som berörs av Airfields verksamhet av personer som tecknar abonnemang hos bolaget. Sändarföretaget kan mycket väl ha riktat in sig på en annan målgrupp än Airfield, med tanke på att inget av de sändarföretag vars program ingår i Airfields paket sänder exklusivt via det bolaget. Denna infallsvinkel, som går ut på att det finns en ”ny allmänhet” eller ”ny publik”, valde domstolen i domen i det ovannämnda målet SGAE, vilken gällde begreppet överföring till allmänheten via satellit i den mening som avses i artikel 3.1 i direktiv 2001/29, [37] vilket syftar till att i allt väsentligt ersätta artikel 2 i direktiv 93/83. [38] I de förevarande målen är det tillåtet att anse att den överföring till allmänheten via satellit som initialt görs av sändarföretaget och som kan tas emot gratis av var och en som har lämplig utrustning måste särskiljas från den överföring som utförs av satellit-TV-leverantören och som endast är tillgänglig för de abonnenter som fått ett kort för avkodning.

35 — Angående begreppet allmänhet i den mening som avses i direktiv 93/83, se domen i målet Lagardère Active Broadcast (ovan fotnot 16), punkt 31 och följande punkter, i vilken det hänvisas till dom av den 2 juni 2005 i mål C-89/04, Mediakabel (REG 2005, s. I-4891), punkt 30, angående tolkningen av detta begrepp i den mening som avses i direktiv 89/552. Domstolen åberopade dessa båda domar vid tolkningen av detta begrepp i den mening som avses i direktiv 2001/29 i domen i målet SGAE (ovan fotnot 6), punkt 37 och följande punkter.

36 — Det är likgiltigt om de program som sänds verkligen kan ses eller ej, precis som vad gäller en bok: det är endast tillgängliggörandet för allmänheten som räknas för att motivera en upphovsrättslig ersättning vid försäljning.

37 — I domen i målet SGAE (ovan fotnot 6), punkt 40 och följande punkter, fann domstolen med stöd av bestämmelserna i Bernkonventionen att ”radiosändning [av verk som överförs via TV-apparater som installerats i hotellrum] görs således till en allmänhet som är en annan än den som avsågs med den ursprungliga överföringen, det vill säga en ny allmänhet”. Så snart den berörda mottagningen av sändningen sker med avsikt på en större krets genom en oberoende överföring av det sända verket till ytterligare en del av allmänheten, innebär denna offentliga mottagning att upphovsmannen har ensamrätt att ge tillstånd till den. Se även beslut av den 18 mars 2010 i mål C-136/09, Organismos Sillogikis Diacheirisis Dimiourgon Theatrikon kai Optikoakoustikon Ergon, punkt 38 och följande punkter, samt generaladvokaten Kokotts förslag till avgörande i målet Football Association Premier League m.fl. (ovan fotnot 28), punkt 118 och följande punkter.

38 — Se, för ett liknande resonemang, Hugenholtz, B., ”Nouvelle lecture de la Directive Satellite-Câble: passé, présent, avenir”, *Convergence, droit d'auteur et télévision transfrontalière*, IRIS Plus 2009-8, Observatoire européen de l'audiovisuel, Strasbourg, s. 10, i vilken det uppges att artikel 3 i direktiv 2001/29 innehåller en rätt till överföring till allmänheten som är formulerad på ett så generellt sätt att den sannolikt inbegriper sändningar via satellit. Jag noterar även att det uttalas i skäl 23 till nämnda direktiv att denna rätt bör förstås i vid mening och omfatta all överföring till allmänheten som inte är närvarande på den plats varifrån överföringen sker, bland annat TV-sändning.

Eftersom deras publik inte är densamma, skiljer sig även de båda operatörernas ekonomiska intressen åt, [39] då de enligt den hänskjutande domstolen är självständiga.

65. Airfield medgav vid förhandlingen att det skulle behövas ett särskilt tillstånd av upphovsmännen och följaktligen ytterligare ersättning för dem för det fall, vilket inte har prövats i de förevarande målen, den vidaresändning som bolaget ombesörjer skulle ske något senare än den sändning som sändarföretagen utför. Det har dock föga betydelse enligt vad Sabam och kommissionen har anfört om satellit-TV-leverantörens sändning sker vid en annan tidpunkt eller samtidigt, som i målen vid den nationella domstolen. Det avgörande kriteriet för att det ska vara fråga om separata handlingar är att Airfield har agerat med en särskild målgrupp, det vill säga den publik som specifikt avses genom grupperingen av programmen, vilket skapar ett ekonomiskt mervärde för satellit-TV-leverantören.

66. Airfield definierar sin egen publik genom att göra paket med TV-kanaler som per definition är en annan audiovisuell produkt än de individuella kanaler som ingår i den. Såsom kommissionen angav vid förhandlingen skulle det kunna röra sig antingen om en ursprunglig sändning av Airfield eller om en vidaresändning, men i båda fallen måste satellit-TV-leverantören ha ett eget tillstånd från upphovsmannen. Det enda godtagbara undantaget anser jag vara det fall då, enligt villkoren i ett avtal som ingåtts med upphovsmännen och som är förenligt med nationell lagstiftning, [40] sändarföretaget hade kunnat överlåta sitt tillstånd till en satellit-TV-leverantör som utför en simultan vidaresändning. Den möjligheten verkar emellertid vara utesluten i de förevarande målen med hänsyn till de uppgifter som lämnades vid förhandlingen av Sabam, som preciserade att det enligt de allmänna avtal om tillstånd och ersättning som Sabam ingått med de berörda sändarföretagen krävdes att dessa sände de skyddade verken själva, medan den möjligheten uteslöts uttryckligen att dessa skulle kunna vända sig till tredje part för att distribuera eller vidaresända de program som var föremål för det tillstånd som upphovsmännen beviljat dem.

39 — Angående beaktandet av självständiga handlingar som innebär en operatörs fullbordade nyttjande och den fördel han har av detta, se förslag till avgörande av generaladvokaten Sharpston i målet SGAE (ovan fotnot 6), punkterna 56, 57 och 64, i vilket det hänvisas till den ståndpunkt som generaladvokaten Pergola intog härvidlag i målet Egeda (ovan fotnot 25). Vinstsyftet framhölls av domstolen i domen i målet SGAE (ovan fotnot 6), punkt 44.

40 — Se skäl 15 i direktiv 93/83.

67. Efter att ha betonat att direktiv 93/83 inte innehåller någon riktig definition av uttrycket ”den handling som innebär att ett sändarföretag under sin kontroll och på sitt ansvar för in programbärande signaler” i artikel 1.2 a i direktivet, har Airfield och Canal Digitaal anfört att de endast fyller funktionen av underleverantörer, som inte gör något annat än bistår med teknisk hjälp åt sändarföretagen, då de själva varken bestämmer innehållet i programmen eller tidpunkten för sändningen. [41]

68. Kommissionen ansåg vid förhandlingen att satellit-TV-leverantören inte desto mindre agerar som ett sändarföretag genom att den åtminstone ger instruktioner och delar upp TV-kanalerna i grupper. Agicoa och Sabam har också tagit avstånd från Airfields och Canal Digitaals analys, med motiveringen att de sistnämndas funktion är att ”underlätta” för de sändarföretag som de ingått avtal med.

69. Jag noterar även att den hänskjutande domstolen i de förevarande målen enligt lydelsen av den första tolkningsfrågan håller för utrett att sändarföretaget ”sänder sina programbärande signaler till en … leverantör av digital satellit-TV”. Härav följer att det faktiskt är sändarföretaget som visar sig vara ursprunget till överföringsproceduren. Det återstår att se om det är detta företag och inte Airfield som ”för in programbärande signaler”, vilket är relevant för överföring till allmänheten via satellit, i den mening som avses i direktiv 93/83, eller om sändarföretaget i egenskap av enbart producent av sändbart material inskränker sig till att tillhandahålla det audiovisuella innehåll vars sändning via satellit i juridisk och teknisk mening verkställs under Airfields och Canal Digitaals ledning.

70. Jag anser att svaret står att finna i de ”carriage agreements” som Airfield ingår med sändarföretagen. Det framgår nämligen av § 7.2 i det carriage agreement som förts in i handlingarna i målen att Airfield efter eget skön kan välja vilka TV-program bolaget vill inkludera i sitt utbud inom hela territoriet eller en del av detta och att denna förmån erhålls i utbyte mot en ersättning. Det är således denne satellit-TV-leverantör som definierar innehållet i det som sänds upp till satelliten och som följaktligen måste inhämta tillstånd från upphovsmännen.

71. Jag vill erinra om att den ändamålsenliga verkan av artikel 1.2 a i direktiv 93/83 är att den relevanta överföringen definieras ur upphovsrättslig synvinkel i samband med TV-sändning via satellit. Den lösning som gemenskapslagstiftaren valt blir meningslös om överföring till allmänheten via satellit förstås som en enda sluten orsakskedja som består i

41 — Kriterierna för ett entydigt beslut om innehållet och sändningen är sannerligen viktiga enligt förarbetena till direktiv 93/83 (se KOM(91) 276 slutlig, s. 33 och följande sidor, och KOM(92) 526, slutlig, s. 7).

att signaler införs som sänds upp till en satellit och sedan ner till jorden, allt detta under det sändarföretags ansvar och kontroll som utfört den ursprungliga sändningen.

72. Kommissionen har i sitt yttrande understrukit att det med tanke på att direktiv 93/83 har ett rättssäkerhetssyfte inte är lämpligt att låta dess tillämplighet vara beroende av tekniska tillfälligheter rörande satelliten. Det framgår av domstolens praxis att sändarsystemet måste vara slutet i den meningen att allmänheten inte får ha tillgång till de programbärande signalerna så länge de finns i överföringskedjan. [42] Jag anser att så är fallet i de förevarande målen, eftersom signalerna är krypterade och det därför inte är möjligt för tredje man att fånga upp dem.

73. Airfield och Canal Digitaal har hävdat att då deras intervention begränsar sig till ”normala tekniska förfaranden” kan de enligt skäl 14 i direktiv 93/83 [43] inte anses kunna åstadkomma avbrott i sändningskedjan. [44] De berörda framförde argumentet att skapandet av paket med TV-kanaler inte orsakar något avbrott därför att programmen vidaresänds sådana som de mottas från sändarföretagen utan att deras innehåll eller sändningstid ändras, och de tekniska operationer som Airfield och Canal Digitaal utför är således inte handlingar som ger upphov till upphovsrättslig ersättning.

74. Sett till lydelsen av tolkningsfrågan och uppgifterna i akten, delar jag Agicoas och Sabams motsatta bedömning att nämnda interventioner [45] kräver en teknisk anpassning av de signaler som sändarföretagen sänder

42 — I punkt 39 i domen i målet Lagardère Active Broadcast (ovan fotnot 16) anges att ”[direktiv 93/83] avser … ett slutet kommunikationssystem där satelliten utgör den centrala och väsentliga beståndsdelen som inte är utbytbar, vilket, för det fall satelliten inte fungerar, innebär att det är tekniskt omöjligt att överföra signalerna och att allmänheten inte kan ta emot någon sändning”. I de förevarande målen har det inte bestritts att satelliten utgör den centrala beståndsdelen i systemet.

43 — I målet Lagardère Active Broadcast (ovan fotnot 16) nämns ett avbrott i överföringskedjan efter det att signalerna passerat via satelliten (se generaladvokaten Tizzanos förslag till avgörande, punkt 48 och följande punkter). Ett avbrott skulle också kunna vara följden av att andra reklaminslag läggs in än de som ursprungligen ingick i programmen.

44 — I det ändrade förslag som ledde till antagandet av direktiv 93/83 (KOM(92) 526 slutlig, s. 7) preciseras det att det inte är avbrott om det tekniska förfarandet är normalt och så länge överföringen kontrolleras av sändarföretaget. Angående kedjans oavbrutna karaktär, se även det ursprungliga förslaget till direktiv (KOM(91) 276 slutlig, punkt 4).

45 — Det vill säga bland annat komprimering, multiplex, kryptering och urval av de signaler som är avsedda att ingå i Airfields paket, vilket går utöver att enbart vara ”ett sätt att rent tekniskt säkerställa eller förbättra mottagningen av den ursprungliga sändningen” och utgör en ”teknisk intervention … som gör det möjligt för kunderna ta emot signalen … och därmed få tillgång till det skyddade verket”, såsom domstolen konstaterat i domen i målet SGAE (ovan fotnot 6), punkt 42, och beslutet i målet Organismos Sillogikis Diacheirisis Dimiourgon Theatrikon kai Optikoakoustikon Ergon (ovan fotnot 37), punkt 40 och följande punkter.

ut och att överföringskedjan följaktligen avbryts. Det måste framhållas att Airfield med teknisk hjälp av Canal Digitaal ändrar de signaler som sändarföretagen sänder och använder sin egen frekvens för att sända TV-programmen, vilket gör det möjligt att anse att satellit-TV-leverantören agerar självständigt i förhållande till nämnda företag. Jag anser att dessa handlingar går utöver ”normala tekniska förfaranden”,[46] att det här är fråga om ett avbrott i den överföringskedja som ursprungligen startades av sändarföretagen och att en ny kedja således skapas och definieras av Airfield. Denna operation tillåter Airfield att styra vidaresändningen via satellit av de berörda programmen mot en annan publik än den ursprungliga sändningens målgrupp, även om sändningen av dessa program sker samtidigt och programmens innehåll är helt identiskt.

75. Vid läsningen av hänskjutandebesluten framgår att den nationella domstolen utgår från antagandet att de programbärande signalerna sänds i krypterad form och tas emot i detta tillstånd av satellit-TV-leverantörens abonnenter, som tilldelas ett ”smart card” av sin leverantör för att möjliggöra avkodning av signalerna. Det aktuella fallet omfattas således av artikel 1.2 c i direktiv 93/83.

76. Airfield har uppgett att sändarföretagen har gett sitt tillstånd till dess försäljning av sådana kort till kunderna. Enligt Agicoa och Sabam har bevis för detta påstådda medgivande emellertid inte lagts fram av berörda parter. Det ankommer på den nationella domstolen att bedöma huruvida det lagts fram tillräckliga bevis.

77. Airfield har angående det sistnämnda kriteriet vid förhandlingen anfört att sändarföretagen begär hjälp att kryptera programmen just för att de endast ska kunna tas emot på det valda territoriet, det vill säga belgiska Flandern, och inte vara tillgängliga för alla.[47] Detta visar verkligen enligt min åsikt att satellit-TV-leverantörens intervention har betydande inverkan på styrningen av ”överföring till allmänheten via satellit”, i den mening som avses i direktiv 93/83. Enligt min mening kan det tillstånd som upphovsmännen beviljar ett sändarföretag för överföring som består i spridning genom ursprunglig sändning

46 — Ett uttryck som kan jämföras med den gemensamma förklaringen angående artikel 8 i WIPO:s fördrag om upphovsrätt i vilken det anges att ”[d]et är självklart att enbart tillhandahållande av installationer avsedda för att möjliggöra eller åstadkomma en överföring inte utgör en överföring till allmänheten via satellit i den mening som avses i detta fördrag eller i Bernkonventionen”.

47 — Kommissionen anförde i sin rapport angående tillämpningen av direktiv 93/83, som upprättades år 2002 (KOM(2002) 430 slutlig., punkt 3.1.1), att användningen av kodning tillsammans med en begränsad tillgång till utrustning för avkodning bidar till territoriell ensamrätt och följaktligen till att den inre marknaden fragmenteras, tvärtemot de mål som eftersträvas med direktivet.

via satellit inte presumeras omfatta en självständig operatörs vidaresändning av samma program till sina kunder som utgör en annan publik.

78. Mot bakgrund av det ovan anförda anser jag att den första tolkningsfrågan bör få ett nekande svar. Det bör slås fast att direktiv 93/83 ska tolkas så, att det inte är oförenligt med unionsrätten att en medlemsstat kräver av en satellit-TV-leverantör att han inhämtar ett särskilt tillstånd för att använda de programbärande signaler som är upphovsrättsligt skyddade, när dessa signaler vidaresänds på ett indirekt sätt av ett sändarföretag, vilket innebär en högre grad av deltagande från leverantörens sida, under sådana förhållanden som dem i målen vid den nationella domstolen.

D – *Det tillstånd som ska inhämtas vid direkt vidaresändning av de TV-kanaler som ingår i paketet*

79. Hof van beroep te Brussel har i sin andra fråga i huvudsak undrat huruvida direktiv 93/83 utgör hinder mot att en satellit-TV-leverantör är skyldig att inhämta tillstånd från upphovsmännen för spridning av skyddade verk i samband med ett sändarföretags direkta vidaresändning av TV-kanaler under de förhållanden som råder i förevarande fall.

80. De beståndsdelar som skiljer denna tolkningsfråga från den första gäller inte de unionsrättsliga bestämmelser vars tolkning har begärts, vilket fortfarande är de relevanta bestämmelserna i nämnda direktiv, utan de faktiska omständigheterna i målen vid den nationella domstolen som är föremål för begäran om förhandsavgörande. I det typfall som den hänskjutande domstolen kallar fall 2 konstaterar den att rollfördelningen är en annan, såtillvida som sändarföretaget är mer aktivt vid sändningen av de TV-kanaler som satellit-TV-leverantören tillhandahåller, närmare bestämt under den inledande etappen av den process som sändningen upp till satelliten utgör. [48]

81. I denna situation kan vidaresändningen betecknas som ”direkt”, eftersom sändarföretaget självt med eller utan hjälp av tredje part utför kodningen av de programbärande signalerna och skickar i väg dem till satelliten utan

48 — Jag noterar att de båda tolkningsfrågorna däremot har formulerats på ett identiskt sätt vad gäller uppgifterna om sändningen ner till jorden.

att Airfield och Canal Digitaal intervenerar. Satellit-TV-leverantören och det närstående bolaget nöjer sig med att ge sändarföretaget ”instruktioner” enligt den terminologi som används i den andra tolkningsfrågan.

82. Villkoren för tillämpning av bestämmelserna i artikel 1.2 a och c i direktiv 93/83, vilka har analyserats vad gäller den första tolkningsfrågan, är verkningsfulla även här. Även om de allmänna överväganden som jag tidigare gjort med anledning av dessa villkor fortfarande äger sin giltighet här, måste de i gengäld göras till föremål för en konkret prövning som är anpassad till denna situation med hänsyn till de olikheter i jämförelse med de andra situationer som den hänskjutande domstolen har redogjort för.

83. Parterna i målen vid den nationella domstolen har intagit samma motstående ståndpunkter som inom ramen för svaret på den första tolkningsfrågan. Med beaktande av att satellit-TV-leverantörens inblandning i den berörda operationen kan antas vara mer begränsad i detta fall än i fallet i den första frågan, anser jag att om den frågan besvaras jakande, borde domstolen i än högre grad anse att det inte kan krävas av leverantören att han inhämtar tillstånd från upphovsmannen för en vidaresändning som utförs på ett mer aktivt sätt av sändarföretaget. Redan nu vill jag påpeka att jag föreslår att domstolen ger de relevanta bestämmelserna i direktiv 93/83 en tolkning som leder till ett nekande svar i de båda situationerna.

84. I likhet med vad som anförts angående den första frågan är det tillåtet att anse att de programbärande signaler som sändarföretaget sänder, denna gång direkt upp till satelliten, inte är avsedda att som sådana tas emot av allmänheten, medan de är det när de sänds tillbaka till jorden. Inte desto mindre når dessa signaler i slutet av överföringskedjan, vilken måste ses i sin helhet, den specifika, och således i ekonomisk bemärkelse nya, målgrupp som Airfields kunder utgör.

85. Jag anser att satellit-TV-leverantören är involverad redan i sändningens första skede, om än på ett mer summariskt sätt än i de situationer som behandlas i den första frågan. Enligt den hänskjutande domstolen ger leverantören sina ”instruktioner” till de berörda sändarföretagen så att dessa vid krypteringen, som de själva ansvarar för, använder samma koder som satellit-TV-leverantören för att det

därefter ska vara möjligt för Airfields kunder att avkoda signalerna med hjälp av det kort de får av Airfield och att se nämnda sändarföretags program.

86. I detta typfall är det obestridligt så att de programbärande signalerna införs i överföringskedjan under sändarföretagets övervakning och ansvar, eftersom – vilken är den mest anmärkningsvärda skillnaden i förhållande till den förra situationen – sändarföretaget sänder dessa signaler upp till satelliten på egen hand. Denna handling visar sig således kunna tillskrivas sändarföretaget och inte satellit-TV-leverantören, med tanke på att den hänskjutande domstolen har preciserat att det rör sig om enheter som är självständiga i förhållande till varandra.

87. Till följd av Airfields intervention förlorar dock sändarföretagen kontrollen över operationerna. Rent konkret ger Airfield emellertid mer än ett enbart tekniskt bistånd, eftersom bolaget dels definierar kodnycklarna, dels sammansättningen av paketen med TV-kanaler i de tvingande villkor som anges i de ”heads of agreement” som Airfield ingår med vart och ett av de sändarföretag som valt en så kallad direkt vidaresändning. I synnerhet föreskrivs det i § 3.1 i nämnda avtal att Airfield efter eget skön kan inkludera TV-programmen i sitt utbud eller ej, mot betalning av ersättning för den förmån som medgetts. För mig visar alla dessa villkor att de berörda sändarföretagen inte har total kontroll och således inte fullt ansvar för operationerna i samband med sändningen upp till satelliten, utan att de åtminstone delar dessa attribut med satellit-TV-leverantören eller att denne till och med är ensam om dem.

88. Enligt Airfield är bolagets begränsade intervention i överföringskedjan ett normalt tekniskt förfarande och utgör inte en orsak till avbrott i den. Enligt min mening är de ”instruktioner” som bolaget ger emellertid inte försumbara, eftersom de är frekventa [49] och särskilt eftersom det är instruktionerna som utgör en garanti för att den publik som är leverantörens målgrupp, det vill säga personer som tecknat abonnemang hos denne, verkligen kan ta emot de program som sänds och avkoda dem, [50] och för övrigt gör det möjligt att sammanställa TV-kanalerna i paket i överensstämmelse med leverantörens val.

49 — Företrädaren för Airfield preciserade vid förhandlingen att koderna ändras en gång i månaden, vilket betyder att operatören regelbundet ger nya direktiv till sändarföretagen om vilken krypteringsmetod de ska använda.

50 — Agicoa har med rätta påpekat att Airfield, som ensam kontrollerar signalerna, skulle kunna besluta att avbryta överföringen till en av sina kunder utan intervention av sändarföretagen, om personen i fråga inte betalade sitt abonnemang.

89. Det tillstånd till överföring till allmänheten via satellit som sändarföretaget erhållit av upphovsmannen till ett TV-program gäller emellertid inte nödvändigtvis som ett samtycke för den som är associerad via den sammanställning med andra program som Airfield valt, vars karaktär eller föremål skulle kunna visa sig vara föga förenligt med den publik som upphovsmannen till nämnda skyddade verk för sin del önskade nå. [51] Den omständigheten att även satellit-TV-leverantören måste inhämta tillstånd från upphovsmannen skulle kunna göra det möjligt för denne att skydda såväl sina ekonomiska intressen som sin ideella upphovsrätt till det program som sänds tillsammans med andra program.

90. Den utrustning för avkodning som behövs för att kunna se de berörda sändningarna erhåller abonnenterna av satellit-TV-leverantören med, verkar det som, sändarföretagets medgivande. I och med att denna omständighet har bestritts, ankommer det på den hänskjutande domstolen att bedöma om detta har styrkts.

91. Den sistnämnda omständigheten påverkar dock inte min bedömning att satellit-TV-leverantören i realiteten utför en handling som innebär ett nyttjande av verk som åtnjuter upphovsrättsligt skydd och skydd för upphovsrätten närstående rättigheter och som är separat från den handling som sändarföretaget utför och utgör en ”överföring till allmänheten via satellit”, i den mening som avses i direktiv 93/83. [52]

92. Jag anser således att den andra tolkningsfrågan liksom den första bör besvaras nekande, även om de programbärande signalerna i detta fall vidaresänds direkt av sändarföretagen, det vill säga med en något mindre insats från satellit-TV-leverantörens sida, under de aktuella förhållandena.

51 — Likaledes skulle en författare kunna motsätta sig att hans bok såldes tillsammans med andra böcker i ett odelbart paket som innehöll verk som enligt honom skulle kunna göra ett dåligt intryck.

52 — Således noterar jag att vid det möte som arbetsgruppen för satellitsändning höll år 2003 ansåg majoriteten av deltagarna, när de uttalade sig om utländska gratiskanaler som inte var krypterade och sändes via satellit från en medlemsstat men som kunde tas emot i alla medlemsstaterna, att ett avtalsarrangemang mellan en satellit-TV-leverantör och ett sändarbolag i syfte att låta en sådan kanal helt och hållet ingå i paketet (för att lättare kunna hitta i paketet via den elektroniska programguiden) var ett avtal som motsvarade ett tillstånd från sändarföretaget, vilket medförde upphovsrättslig ersättning (protokoll tillgängligt på kommissionens ovannämnda webbsida). Om ett avtal av samma typ avser en gränsöverskridande sändning av betalkanaler, borde enligt min mening satellit-TV-leverantören, vilken har en ännu säkrare ekonomisk fördel av operationen, kunna åta sig skyldigheter på området för upphovsrätt och närstående rättigheter.

VI – Förslag till avgörande

93. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att domstolen besvarar de båda tolkningsfrågorna från Hof van beroep te Brussel enligt följande:

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 utgör inte hinder mot att den som tillhandahåller digital satellit-TV är skyldig att inhämta tillstånd från innehavarna av upphovsrätt, eller upphovsrätten närstående rättigheter, när ett sändarföretag sänder sina programbärande signaler till denne under sådana förhållanden som i målen i den nationella domstolen.