Rättsfallssamlingen

DOMSTOLENS DOM (tredje avdelningen)

den 15 mars 2012*

”Upphovsrätt och närstående rättigheter — Direkt tillämplighet i unionens rättsordning för Romkonventionen, TRIPS-avtalet och WPPT — Direktiv 92/100/EG — Artikel 8.2 — Direktiv 2001/29/EG — Begreppen ’återgivning för allmänheten’ respektive ’överföring till allmänheten’ — Återgivning för allmänheten respektive överföring till allmänheten av fonogram som sänds trådlöst i en tandläkarmottagning”

I mål C-135/10,

angående en begäran om förhandsavgörande enligt artikel 267 FEUF, framställd av Corte d’appello di Torino (Italien) genom beslut av den 10 februari 2010, som inkom till domstolen den 15 mars 2010, i målet

Società Consortile Fonografici (SCF)

mot

Marco Del Corso,

ytterligare deltagare i rättegången:

Procuratore generale della Repubblica,

meddelar

DOMSTOLEN (tredje avdelningen)

sammansatt av avdelningsordföranden K. Lenaerts samt domarna J. Malenovský (referent), E. Juhász, G. Arestis och T. von Danwitz,

generaladvokat: V. Trstenjak,

justitiesekreterare: handläggaren A. Impellizzeri,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 7 april 2011,

med beaktande av de yttranden som avgetts av:

— Società Consortile Fonografici (SCF), genom L. Ubertazzi, F. Pocar och B. Ubertazzi, avvocati,

— Marco Del Corso, genom R. Longhin, A. Tigani Sava, L. Bontempi och V. Vaccaro, avvocati,

* Rättegångsspråk: italienska.

— Italiens regering, genom G. Palmieri, i egenskap av ombud, biträdd av P. Gentili, avvocato dello Stato,

— Irland, genom D. O'Hagan, i egenskap av ombud, biträdd av E. Fitzsimons och J. Jeffers, barristers,

— Greklands regering, genom G. Papadaki, i egenskap av ombud,

— Frankrikes regering, genom J. Gstalter, i egenskap av ombud,

— Europeiska kommissionen, genom J. Samnadda och S. La Pergola, båda i egenskap av ombud,

och efter att den 29 juni 2011 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

följande

Dom

1 Begäran om förhandsavgörande avser tolkningen av 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 (EGT L 346, s. 61), och artikel 3 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/29/EG av den 22 maj 2001 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället (EGT L 167, s. 10).

2 Begäran har framställts i ett mål mellan Società Consortile Fonografici (nedan kallat SCF) och Marco Del Corso, läkare med specialisering inom tandvård och protetik (nedan kallad tandläkare), angående trådlös utsändning av skyddade fonogram i dennes privata tandläkarmottagning.

Tillämpliga bestämmelser

Internationell rätt

3 Avtalet om handelsrelaterade aspekter av immaterialrätter (nedan kallat TRIPS-avtalet), vilket utgör bilaga 1 C till avtalet om upprättande av Världshandelsorganisationen (WTO), undertecknades den 15 april 1994 i Marrakech och godkändes genom rådets beslut 94/800/EG av den 22 december 1994 om ingående på gemenskapens vägnar – vad beträffar frågor som omfattas av dess behörighet – av de avtal som är resultatet av de multilaterala förhandlingarna i Uruguayrundan (1986–1994) (EGT L 336, s. 1; svensk specialutgåva, område 11, volym 38, s. 3), innehåller en del II med rubriken ”Normer för tillgång till, omfattning och användning av immaterialrätter”. I denna del återfinns artikel 14.1, 14.2 och 14.6 i nämnda avtal, som har följande lydelse:

”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 [Internationella konventionen om skydd för utövande konstnärer, framställare av ljudupptagningar samt radioföretag, antagen i Rom den 26 oktober 1961 (nedan kallad 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."

4 Världsorganisationen för den intellektuella äganderätten (Wipo) antog den 20 december 1996, i Genève, Wipos fördrag om framföranden och fonogram (nedan kallat WCT) samt Wipos fördrag om upphovsrätt (nedan kallat WPPT). Dessa båda fördrag har godkänts på Europeiska gemenskapens vägnar genom rådets beslut 2000/278/EG av den 16 mars 2000 (EGT L 89, s. 6).

5 Artikel 1 i WPPT har följande lydelse:

"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 föreligga enligt andra fördrag."

6 Enligt artikel 2 b i WPPT avses i detta fördrag med "fonogram" "en upptagning av ljuden i ett framförande eller av andra ljud eller av en framställning av ljud på annat sätt än i form av en upptagning som ingår i ett filmverk eller i annat audiovisuellt verk".

7 I artikel 2 d i WPPT föreskrivs att med "fonogramframställare" avses "den fysiska eller juridiska person som tar initiativet till och ansvarar för den första upptagningen av ljuden i ett framförande eller andra ljud, eller framställningar av ljud".

8 I artikel 2 g i WPPT föreskrivs att med "överföring till allmänheten" av ett framförande eller ett fonogram avses "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."

9 I artikel 10 i WPPT, som har rubriken "Rätt att göra upptagna framföranden tillgängliga", föreskrivs följande:

"Utövande konstnärer skall ha ensamrätt att tillåta att deras på fonogram upptagna framföranden på trådbunden eller trådlös väg görs tillgängliga för allmänheten på ett sådant sätt att enskilda personer kan få tillgång till dem från en plats och vid en tidpunkt som de själva väljer."

10 I artikel 14 i WPPT, som har rubriken "Rätt att göra fonogram tillgängliga", föreskrivs följande:

"Fonogramframställare skall ha ensamrätt att tillåta att deras fonogram på trådburen eller trådlös väg görs tillgängliga för allmänheten på ett sådant sätt att enskilda personer kan få tillgång till dem från en plats och vid en tidpunkt som de själva väljer."

11 I artikel 15 i WPPT, som har rubriken ”Rätt till ersättning för utsändning i ljudradio eller television och överföring till allmänheten”, 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.

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 Wipos 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.”

12 I artikel 23.1 i WPPT föreskrivs följande:

”Fördragsparterna åtar sig att i överensstämmelse med sina rättssystem vidta de nödvändiga åtgärderna för att tillämpa detta fördrag.”

13 Artikel 8 i WCT har rubriken ”Överföringsrätten” och lyder enligt följande:

”Utan att det påverkar tillämpningen av artikel 11.1.1, artikel 11a.1.1 och artikel 11a.1.2, artikel 11b.1.1, artikel 14.1.1 och artikel 14a.1 i Bernkonventionen, äger upphovsmän till litterära och konstnärliga verk uteslutande rätt att låta överföra verken till allmänheten, med tråd- eller trådlös överföring, inbegripet att göra verken tillgängliga för allmänheten på ett sådant sätt att personer ur allmänheten kan få tillgång till verken på platser och vid tidpunkter som var och en själv väljer.”

14 Europeiska unionen är i motsats till samtliga medlemsstater i Europeiska unionen, utom Republiken Malta, inte part i Romkonventionen.

15 Enligt artikel 12 i Romkonventionen, avseende sekundäranvändning av fonogram, gäller 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. …”

Unionsrätten

16 Sista skälet i beslut 94/800 har följande lydelse:

”Avtalet om upprättande av [WTO] inklusive bilagor kan inte åberopas direkt inför gemenskapens och medlemsstaternas domstolar.”

17 Genom 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 (EUT L 376, s. 28), som trädde i kraft den 16 januari 2007, har direktiv 92/100 kodifierats och upphävts.

18 När det gäller de i förevarande mål relevanta omständigheterna hänför sig dock dessa till tidpunkter som innebär att det är direktiv 92/100 som ska tillämpas.

19 Sjunde skälet i direktiv 92/100 har följande lydelse:

”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 de berörda rättighetshavarna.”

20 Tionde skälet i detta direktiv har följande lydelse:

”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.”

21 I artikel 8.2 och 8.3 i direktiv 92/100 föreskrivs följande:

”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 8.2 i direktiv 2006/115 föreskrivs följande:

”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.”

23 Skälen 15 och 25 i direktiv 2001/29 har följande lydelse:

”(15) Den diplomatkonferens som hölls under ledning av [Wipo] i december 1996 utmynnade i att två nya fördrag antogs, [WCT] och [WPPT] … Genom detta direktiv uppfylls också ett antal av dessa nya internationella förpliktelser.

…

(25) De rättsliga oklarheterna i fråga om nivån och arten av skydd för handlingar som består av tillhandahållande på begäran via nät av upphovsrättsligt skyddade verk och alster som skyddas av närstående rättigheter bör lösas genom bestämmelser om harmoniserat skydd på

gemenskapsnivå. Det bör klargöras att alla rättsinnehavare som erkänns i detta direktiv har ensamrätt att göra upphovsrättsligt skyddade verk och andra alster tillgängliga för allmänheten genom interaktiva tillhandahållanden på beställning. Sådant interaktivt tillhandahållande på begäran utmärks av att enskilda personer kan få tillgång till dem på en plats och vid en tidpunkt som de bestämmer individuellt.”

24 I artikel 3 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,

c) för framställarna av de första upptagningarna av filmer: av originalet och kopior av deras filmer, och

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

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

Nationell rätt

25 Artikel 72 i den italienska lagen nr 633 om skydd för upphovsrätt och andra närstående rättigheter (legge nr 633 recante protezione del diritto d’autore e di altri diritti connessi al suo esercizio), av den 22 april 1941 (*Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana* nr 166, av den 16 juli 1941), vilken ersatts av artikel 11 i lagstiftningsdekret nr 68 om införlivande av direktiv 2001/29/EG av den 22 maj 2001 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället (decreto legislativo nr 68, attuazione della direttiva 2001/29/CE sull’armonizzazione di taluni aspetti del diritto d’autore e dei diritti connessi nella società dell’informazione), av den 9 april 2003 (ordinarie tillägg till GURI nr 87, av den 14 april 2003), i den lydelse som är tillämplig i det nationella målet (nedan kallad 1941 års lag), innehåller följande bestämmelser:

”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.”

26 Artikel 73.1 i 1941 års lag, i dess lydelse enligt artikel 12 i ovannämnda lagstiftningdekret nr 68, innehåller följande bestämmelser:

”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, utsändning 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.”

27 I artikel 73 bis i 1941 års lag, i dess lydelse enligt artikel 9 i lagstiftningsdekret nr 685 (decreto legislativo n°685, attuazione della direttiva 92/100/CEE concernente il diritto di noleggio, il diritto di prestito e taluni diritti connessi al diritto d’autore in materia di proprieta intellettuale) av den 16 november 1994 (GURI nr 293, av den 16 december 1994) föreskrivs följande:

”1. 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.

2. Om inget annat avtalats mellan parterna ska denna ersättning fastställas, utbetalas och fördelas enligt bestämmelserna i [tillämpningsförordningen till 1941 års lag].

Målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna

28 SCF har som företrädare för anslutna fonogramframställare i uppdrag att inom och utanför Italien bedriva så kallad collectingverksamhet, inom ramen för tillvaratagandet av anslutna fonogramframställares rättigheter och inkassering och fördelning av ersättning för deras räkning.

29 SCF inledde i sin egenskap av företrädare förhandlingar med italienska tandläkareförbundet (Associazione Nazionale Dentisti Italiani) om ingående av ett kollektivavtal för att fastställa vad som ska utgöra skälig ersättning i den mening som avses i artiklarna 73 och 73 bis i 1941 års lag, för all ”återgivning för allmänheten” av fonogram inbegripet sändning i privata yrkesmässigt bedrivna mottagningar.

30 Efter det att förhandlingarna strandat väckte SCF den 16 juni 2006 talan vid Tribunale di Torino mot Marco Del Corso och yrkade fastställande av att han i sin privata tandläkarmottagning i Turin sände skyddade fonogram som bakgrundsmusik, och av att han var skyldig att erlägga skälig ersättning för denna verksamhet i den mån den utgjorde en ”återgivning för allmänheten” i den mening som avses i 1941 års lag, i internationell rätt och i unionsrätten.

31 Marco Del Corso genmälde bland annat att musiken på hans mottagning ingick i trådlös utsändning och att SCF endast kunde göra upphovsrätt gällande vid användning av det medium, på vilket fonogrammet registrerats, medan ersättningen för att lyssna på trådlös utsändning inte ska erläggas av lyssnaren utan av den som sänder radio- eller TV-programmet. I 1941 års lag är nämligen ersättningen för en skiva uttryckligen skild från ersättningen för användningen av en radioapparat.

32 Marco Del Corso åberopade under alla omständigheter att artiklarna 73 och 73 bis i 1941 års lag inte är tillämpliga i förevarande fall. Enligt honom avser nämligen dessa artiklar återgivning för allmänheten på offentliga platser och vid all annan användning för allmänheten av fonogram. En privat tandläkarmottagning kan dock inte klassificeras som en offentlig plats vilket däremot är fallet med lokaler inom den offentliga vården.

33 Tribunale di Torino meddelade dom den 20 mars 2008, vilken ändrades genom beslut av den 16 maj samma år, i vilken den ogillade SCF:s talan med motiveringen att det i det aktuella fallet var uteslutet att återgivningen skedde i vinstsyfte, att den musikgenre som sändes i tandläkarmottagningen inte på något sätt inverkade på patientens val av tandläkare och att situationen inte omfattades av de situationer som avses i artikel 73 bis i 1941 års lag, eftersom tandläkarmottagningen var privat och följaktligen inte kunde likställas med en offentlig plats eller en plats som var tillgänglig för allmänheten då nämligen patienterna inte utgjorde vilken allmänhet som helst utan var individualiserade och normalt kunde få tillträde till mottagningen genom att i förväg boka tid eller åtminstone efter att ha erhållit tandläkarens medgivande.

34 SCF överklagade domen till Corte d'appello di Torino.

35 Corte d'appello beslutade med hänsyn till de oklarheter som förelåg beträffande frågan huruvida sändningen av fonogram i fria yrkesutövares mottagningar, såsom tandläkarmottagningar, omfattas av begreppet ”återgivning för allmänheten” i internationell lagstiftning och i unionsrätten, att vilandeförklara målet och ställa följande tolkningsfrågor till domstolen:

”1. Är [Romkonventionen], TRIPS-avtalet, och [WPPT] direkt tillämpliga i gemenskapens rättsordning?

2. Är dessa instrument i den internationella rätten även direkt tillämpliga på förhållanden mellan enskilda?

3. Överensstämmer begreppet 'återgivning för allmänheten' i de ovannämnda instrumenten i internationell rätt med motsvarande gemenskapsrättsliga begrepp i [direktiv 92/100] och [direktiv 2001/29], och, om så inte är fallet, vilken rättskälla ska ges företräde?

4. Innebär kostnadsfri utsändning av fonogram i privata tandläkarmottagningar, i vilka en ekonomisk verksamhet bedrivs i form av utövandet av ett så kallat fritt yrke, där kunderna tar del av fonogrammen oberoende av om de har en önskan att göra detta, '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]?

5. Har fonogramframställarna rätt till ersättning för denna utsändning?”

Prövning av tolkningsfrågorna

Första till tredje frågan

36 Den hänskjutande domstolen har ställt den första, den andra och den tredje frågan, vilka ska prövas i ett sammanhang, för att först och främst få klarhet i huruvida Romkonventionen, TRIPS-avtalet, och WPPT är direkt tillämpliga i unionens rättsordning, och huruvida enskilda kan åberopa dessa direkt. Den hänskjutande domstolen önskar vidare svar på huruvida begreppen ”återgivning för allmänheten” respektive ”överföring till allmänheten” i dessa internationella rättsakter[*] sammanfaller med det begrepp som förekommer i direktiv 92/100 och direktiv 2001/29[*] samt slutligen, för det fall sistnämnda fråga besvaras nekande, vilken rättskälla som ska äga företräde. [* Domstolen utgår i sitt

resonemang från en språkversion i vilken ett och samma begrepp används i samtliga dessa rättsakter. I den svenska versionen av de aktuella bestämmelserna används emellertid olika uttryck, för detta begrepp, nämligen överföring till allmänheten, återgivning för allmänheten och offentlig återgivning. Övers. anm.]

37 Vad för det första beträffar frågan huruvida Romkonventionen, TRIPS-avtalet, och WPPT är direkt tillämpliga i unionens rättsordning, erinrar domstolen inledningsvis om att enligt artikel 216.2 FEUF ska ”[a]vtal som ingås av unionen … vara bindande för unionens institutioner och medlemsstaterna”.

38 TRIPS-avtalet och WPPT undertecknades av unionen och godkändes i beslut 94/800 respektive beslut 2000/278. Detta avtal och detta fördrag är således bindande för unionens institutioner och medlemsstaterna.

39 Enligt domstolens fasta praxis gäller dessutom att bestämmelserna i konventioner som unionen har ingått utgör en integrerad del av unionens rättsordning (dom av den 30 april 1974 i mål 181/73, Haegeman, REG 1974, s. 449, punkt 5, svensk specialutgåva, volym 2, s. 281, av den 30 september 1987 i mål 12/86, Demirel, REG 1987, s. 3719, punkt 7, svensk specialutgåva, volym 9, s. 175, och av den 22 oktober 2009 i mål C-301/08, Bogiatzi, REG 2009, s. I-10185, punkt 23), och de är därmed tillämpliga inom denna.

40 Detta är fallet när det gäller TRIPS-avtalet och WPPT.

41 Beträffande Romkonventionen ska det påpekas att unionen inte är part i denna och att den inte kan anses ha tagit över medlemsstaternas skyldigheter när det gäller tillämpningen av denna konvention, om inte annat på grund av att samtliga medlemsstater inte har tillträtt konventionen (se, analogt, dom av den 24 juni 2008 i mål C-188/07, Commune de Mesquer, REG 2008, s. I-4501, punkt 85).

42 Bestämmelserna i Romkonventionen ingår således inte i unionens rättsordning.

43 Vad för det andra beträffar frågan huruvida enskilda kan åberopa bestämmelser i TRIPS-avtalet och WPPT direkt, erinrar domstolen om att det, enligt domstolens praxis, inte är tillräckligt att bestämmelserna ingår i unionens rättsordning. Det krävs dessutom att bestämmelserna till sitt innehåll framstår som ovillkorliga och tillräckligt precisa och att deras beskaffenhet och systematik inte utgör hinder för ett sådant åberopande (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet Demirel, punkt 14, dom av den 16 juni 1998 i mål C-162/96, Racke, REG 1998, s. I-3655, punkt 31, och av den 10 januari 2006 i mål C-344/04, IATA och ELFAA, REG 2006, s. I-403, punkt 39).

44 Det första villkoret är uppfyllt när de åberopade bestämmelserna innehåller klara och precisa skyldigheter vilkas fullgörande eller verkningar inte är beroende av någon ytterligare rättsakt (se, för ett liknande resonemang, dom av den 15 juli 2004 i mål C-213/03, Pêcheurs de l’étang de Berre, REG 2004, s. I-7357, punkt 39 och där angiven rättspraxis, och av den 8 mars 2011 i mål C-240/09, Lesoochranárske zoskupenie, REU 2011, s. I-1255, punkt 44 och där angiven rättspraxis).

45 Vad gäller TRIPS-avtalet framgår det av sista skälet i beslut 94/800 att Avtalet om upprättande av Världshandelsorganisationen, inklusive bilagor, inte kan åberopas direkt inför unionens och medlemsstaternas domstolar.

46 Domstolen har dessutom redan slagit fast att bestämmelserna i TRIPS-avtalet inte har direkt effekt med hänsyn till deras beskaffenhet och systematik. Dessa bestämmelser är inte av sådant slag att de medför rättigheter för de enskilda som dessa kan göra gällande direkt vid domstol med stöd av unionsrätten (se, för ett liknande resonemang, dom av den 23 november 1999 i mål C-149/96,

Portugal mot rådet, REG 1999, s. I-8395, punkterna 42–48, av den 14 december 2000 i de förenade målen C-300/98 och C-392/98, Dior m.fl., REG 2000, s. I-11307, punkt 44, och av den 16 november 2004 i mål C-245/02, Anheuser-Busch, REG 2004, s. I-10989, punkt 54).

47 Vad beträffar WPPT gäller enligt dess artikel 23.1 att de fördragsslutande parterna åtar sig att i enlighet med sina rättssystem vidta erforderliga åtgärder för att säkerställa tillämpningen av detta fördrag.

48 Härav följer att tillämpningen av bestämmelserna i WPPT, när det gäller deras genomförande eller verkningar, förutsätter att ytterligare handlingar företas. Dessa bestämmelser saknar alltså direkt effekt i unionsrätten och kan inte skapa rättigheter för enskilda som dessa kan åberopa direkt vid domstol med stöd av unionsrätten.

49 För Romkonventionens del gäller enligt artikel 1.1 i WPPT att bestämmelserna däri inte inskränker de skyldigheter som de fördragsslutande parterna har gentemot varandra enligt Romkonventionen.

50 Härav följer att även om unionen inte är part i Romkonventionen, så är den likafullt skyldig enligt artikel 1.1 i WPPT att inte hindra medlemsstaternas fullgörande av sina skyldigheter enligt denna. Konventionen har alltså indirekta effekter inom unionen.

51 Vad för det tredje gäller frågan om förhållandet mellan å ena sidan begreppen ”återgivning för allmänheten”, ”överföring till allmänheten” och ”offentlig återgivning” i TRIPS-avtalet, WPPT och Romkonventionen och begreppen ”återgivning för allmänheten” respektive ”överföring till allmänheten” i direktiven 92/100 och 2001/29, å andra sidan, gäller enligt domstolens fasta praxis att unionsrättsakter så långt möjligt ska tolkas mot bakgrund av folkrätten, i synnerhet när dessa rättsakter just syftar till att genomföra ett internationellt avtal som unionen har ingått (se bland annat dom av den 14 juli 1998 i mål C-341/95, Bettati, REG 1998, s. I-4355, punkt 20, och av den 7 december 2006 i mål C-306/05, SGAE, REG 2006, s. I-11519, punkt 35).

52 Det framgår i detta hänseende av skäl 15 i direktiv 2001/29 att ett av ändamålen med detta direktiv är att uppfylla ett antal av de nya internationella förpliktelser för unionen som följer av WCT och WPPT, vilka enligt samma skäl anses utgöra en betydande uppdatering av det internationella skyddet av upphovsrätt och närstående rättigheter. De begrepp som återfinns i detta direktiv ska under dessa omständigheter så långt möjligt tolkas mot bakgrund av dessa två fördrag (se, för ett liknande resonemang, dom av den 17 april 2008 i mål C-456/06, Peek & Cloppenburg, REG 2008, s. I-2731, punkt 31).

53 Av tionde skälet i direktiv 92/100 framgår dessutom att 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.

54 Eftersom syftet med nämnda direktiv är att harmonisera vissa aspekter av det immaterialrättsliga området med iakttagande av de internationella konventioner som är relevanta när det gäller upphovsrätt och upphovsrätten närstående rättigheter, såsom bland annat Romkonventionen, TRIPS-avtalet och WPPT, anses direktivet således innebära en uppsättning regler som är förenliga med dem som ingår i dessa konventioner.

55 Av det anförda följer att de begrepp som förekommer i direktiven 92/100 och 2001/29, såsom ”återgivning för allmänheten” och ”överföring till allmänheten”, ska tolkas mot bakgrund av motsvarande begrepp i nämnda internationella konventioner och på ett sådant sätt att de är förenliga med de sistnämnda, och med beaktande av det sammanhang i vilket dessa begrepp förekommer samt med hänsyn till ändamålet med de relevanta avtalsbestämmelserna på det immaterialrättsliga området.

56 Med hänsyn till de ovan redovisade övervägandena ska första till tredje frågan besvaras enligt följande:

— Bestämmelserna i TRIPS-avtalet och WPPT är tillämpliga i unionens rättsordning.

— Romkonventionen utgör inte en del av unionens rättsordning och är därför inte tillämplig i denna rättsordning, men den har icke desto mindre indirekta effekter i denna rättsordning.

— Enskilda kan inte åberopa vare sig nämnda konvention, TRIPS-avtalet eller WPPT direkt.

— Begreppen ”återgivning för allmänheten” respektive ”överföring till allmänheten” ska tolkas mot bakgrund av motsvarande begrepp i Romkonventionen, TRIPS-avtalet och WPPT, och på ett sådant sätt att de är förenliga med denna konvention, detta avtal och detta fördrag, med beaktande även av det sammanhang i vilket begreppen förekommer samt med hänsyn till ändamålet med de relevanta avtalsbestämmelserna på det immaterialrättsliga området.

Den fjärde och den femte frågan

Inledande synpunkter

57 Den hänskjutande domstolen har ställt sin fjärde och sin femte fråga för att få klarhet i huruvida kostnadsfri utsändning av fonogram i en tandläkarmottagning, i vilken verksamhet i form av fri yrkesutövning bedrivs, där kunderna tar del av fonogrammen oberoende av om de har en önskan att göra detta, innebär en ”överföring till allmänheten” av fonogrammen eller ett ”tillgängliggörande för allmänheten” i den mening som avses i artikel 3.2 b i direktiv 2001/29, och om en sådan utsändning ger fonogramframställarna rätt till ersättning för denna utsändning.

58 Det ska i detta hänseende först påpekas att den hänskjutande domstolen i nämnda frågor har hänvisat till artikel 3.2 b i direktiv 2001/29, avseende fonogramframställares ensamrätt att tillåta eller förbjuda tillgängliggörandet för allmänheten, på trådbunden eller trådlös väg, av deras fonogram på ett sådant sätt att enskilda kan få tillgång till dem från en plats och vid en tidpunkt som de själva väljer.

59 Som framgår av motiveringen till förslaget till direktiv 2001/29 (KOM(97) 628), vilket har stöd i skäl 25 i det direktivet, avser tillgängliggörandet för allmänheten i den mening som avses i nämnda bestämmelse, ”interaktiva tillhandahållanden på beställning”, vilka utmärks av att enskilda personer kan få tillgång till dem från en plats och vid en tidpunkt som de själva väljer.

60 Det framgår av beslutet om hänskjutande att det nationella målet endast avser trådlös utsändning av musik i en tandläkarmottagning för kunder som befinner sig där, och inte något interaktivt tillhandahållande på beställning.

61 Av rättspraxis framgår emellertid att det åligger EU-domstolen att i syfte att ge den nationella domstolen ett användbart svar, så att den kan avgöra det mål som är anhängigt vid den, i förekommande fall omformulera den fråga som har ställts till den (dom av den 4 maj 2006 i mål C-286/05, Haug, REG 2006, s. I-4121, punkt 17, och av den 11 mars 2008 i mål C-420/06, Jager, REG 2008, s. I-1315, punkt 46).

62 Dessutom kan EU-domstolen, för att ge den nationella domstolen ett användbart svar, vara tvungen att beakta unionsbestämmelser som den hänskjutande domstolen inte har hänvisat till i sina tolkningsfrågor (dom av den 26 juni 2008 i de förenade målen C-329/06 och C-343/06, Wiedemann och Funk, REG 2008, s. I-4635, punkt 45, och av den 23 november 2010 i mål C-145/09, Tsakouridis, REU 2010, s. I-11979, punkt 36).

63 Det ska i detta hänseende påpekas att syftet med artikel 8.2 i direktiv 92/100 är att säkerställa att användaren betalar skälig ersättning till de utövande konstnärerna eller till fonogramframställarna när ett fonogram som har utgetts i kommersiellt syfte används i original eller kopia för trådlös utsändning eller eljest för återgivning för allmänheten.

64 Under dessa förhållanden får den fjärde och den femte frågan anses avse huruvida begreppet ”återgivning för allmänheten” i den mening som avses i artikel 8.2 i direktiv 92/100 ska tolkas så, att det omfattar kostnadsfri utsändning av fonogram i en tandläkarmottagning, inom ramen för utövandet av ett fritt yrke, där kunderna tar del av fonogrammen oberoende av om de har en önskan att göra detta, och huruvida en sådan utsändning ger fonogramframställarna rätt till ersättning.

Upptagande till sakprövning

65 Enligt Marco Del Corso kan den fjärde och den femte frågan inte tas upp till sakprövning eftersom han aldrig medgett att han med hjälp av en radioapparat spridit skyddade fonogram till patienterna i tandläkarmottagningen, en uppfattning som enligt honom stärks av att dessa patienter aldrig betalat något inträde.

66 Det ska i detta hänseende påpekas att det är den nationella domstolen, och inte EU-domstolen, som har att fastställa de faktiska omständigheter som gett upphov till målet vid den domstolen och att bedöma vilka konsekvenserna blir härav för det avgörande som den har att meddela (se dom av den 16 september 1999 i mål C-435/97, WWF m.fl., REG 1999, s. I-5613, punkt 32, och av den 11 november 2010 i mål C-232/09, Danosa, REU 2010, s. I-11405, punkt 33).

67 Det är nämligen, inom ramen för kompetensfördelningen mellan unionsdomstolarna och de nationella domstolarna, i princip den nationella domstolens uppgift att undersöka om de faktiska förutsättningarna för att tillämpa en unionsbestämmelse är uppfyllda i det mål som är anhängigt vid den, men domstolen kan när den avger ett förhandsavgörande i förekommande fall bidra med preciseringar för att vägleda den nationella domstolen vid dess tolkning (se, för ett liknande resonemang, dom av den 4 juli 2000 i mål C-424/97, Haim, REG 2000, s. I-5123, punkt 58, och av den 4 juni 2009 i de förenade målen C-22/08 och C-23/08, Vatsouras och Koupatantze, REG 2009, s. I-4585, punkt 23).

68 Som framgår av beslutet om hänskjutande grundas den fjärde och den femte frågan i förevarande mål på antagandet att Marco Del Corso spred skyddade fonogram till sina patienter.

69 Dessa frågor kan därmed tas upp till sakprövning och denna prövning ska ske mot bakgrund av de faktiska omständigheter som den hänskjutande domstolen redovisat.

Prövning i sak

70 När det gäller begreppet ”återgivning för allmänheten” ska det inledningsvis påpekas att det förekommer såväl i artikel 8.2 i direktiv 92/100, vilken är relevant i det nationella målet, men också i artikel 3.1 i direktiv 2001/29 och i artikel 12 i Romkonventionen, artikel 15 i WPPT och artikel 14.1 i TRIPS-avtalet.

71 Som framgår av punkt 55 i förevarande dom ska begreppen ”återgivning för allmänheten” och ”överföring till allmänheten” tolkas mot bakgrund av motsvarande begrepp i Romkonventionen, TRIPS-avtalet och WPPT och på ett sätt som är förenligt med dessa konventioner, samt med beaktande av det sammanhang i vilket dessa begrepp förekommer och med hänsyn till ändamålet med bestämmelserna i nämnda konventioner.

72 Enligt ordalydelsen i artikel 3.1 i direktiv 2001/29 ska medlemsstaterna 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. Förlagan till denna bestämmelse utgörs av artikel 8 WCT som nästan ordagrant återges i artikeln.

73 Enligt artikel 8.2 i direktiv 92/100 ska medlemsstaterna föreskriva en rätt i syfte att säkerställa en enda skälig ersättning från användaren när ett fonogram som har utgetts i kommersiellt syfte används i original eller kopia för trådlös utsändning eller eljest för återgivning för allmänheten, samt att säkerställa att denna ersättning fördelas mellan de berörda utövande konstnärerna och fonogramframställarna. Denna bestämmelse har utformats efter förebild av artikel 12 i Romkonventionen och med i stort sett samma ordalydelse (se dom av den 6 februari 2003 i mål C-245/00, SENA, REG 2003, s. I-1251, punkt 35).

74 En jämförelse mellan artiklarna 3.1 i direktiv 2001/29 och artikel 8.2 i direktiv 92/100 utvisar att begreppet ”överföring till allmänheten” respektive ”återgivning för allmänheten” som förekommer i dessa båda bestämmelser används i sammanhang som inte är identiska och som visserligen avser likartade men dock delvis olika ändamål.

75 Upphovsmännen har nämligen enligt artikel 3.1 i direktiv 2001/29 en rätt av förebyggande natur som medför att de kan ingripa mot eventuella användare av upphovsmännens verk som planerar att överföra nämnda verk till allmänheten, och därvid förbjuda sådan överföring. Däremot åtnjuter de utövande konstnärerna och fonogramframställarna en rätt av ersättningskaraktär enligt artikel 8.2 i direktiv 92/100 som inte får utövas förrän ett fonogram som har utgetts i kommersiellt syfte eller en kopia av detta fonogram används eller har använts av användaren för återgivning för allmänheten.

76 Vad närmare bestämt avser artikel 8.2 i direktiv 92/100 följer härav för det första att denna bestämmelse innebär en individualiserad bedömning av begreppet ”överföring till allmänheten” respektive ”återgivning för allmänheten”. Detta gäller även beträffande användarens identitet och frågan om de ifrågavarande fonogrammens användning.

77 För det andra framgår det följaktligen av artikel 8.2 i direktiv 92/100, när den tillämpas i fall av en användning av verket, att den rätt som avses med denna bestämmelse utgör en rätt av huvudsakligen ekonomisk art.

78 Bedömningen av om en användare genomför en återgivning för allmänheten i den mening som avses i artikel 8.2 i direktiv 92/100 ska, i enlighet med det individualiserade synsätt som valts i punkt 76 i förevarande dom, ske med hänsyn till situationen för en viss användare samt till situationen för alla de personer till vilka användaren överför de skyddade fonogrammen.

79 Denna bedömning ska ske med beaktande av flera kompletterande, ej självständiga och av varandra beroende kriterier. De ska därmed tillämpas individuellt såväl som med hänsyn till deras inbördes samspel, då de i olika konkreta situationer kan uppvisa mycket olika grader av intensitet.

80 Den nationella domstolen har således att göra en helhetsbedömning av den konkreta situationen.

81 Det ska i detta hänseende påpekas att domstolen redan har utpekat vissa kriterier i ett annat sammanhang, avseende artikel 3.1 i direktiv 2001/29.

82 Domstolen har för det första redan betonat omständigheten att användarens agerande är nödvändigt i sammanhanget. Domstolen har därför i fråga om ett hotell och i fråga om en pubägare slagit fast att vederbörande genomför en överföring i den mening som avses i artikel 3.1 i direktiv 2001/29 när vederbörande agerar med full kännedom om följderna av sitt handlande, för att ge sina kunder tillgång till en trådlös utsändning som innehåller skyddade verk. Utan sådant agerande skulle dessa

kunder, även om de befinner sig inom det område som täcks av sändningen, nämligen i princip inte kunna få tillgång till det sända verket (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet SGAE, punkt 42, och dom av den 4 oktober 2011 i de förenade målen C-403/08 och C-429/08, Football Association Premier League m.fl., REU 2011, s. I-9083, punkt 195).

83 Domstolen har för det andra preciserat några av delarna i begreppet allmänheten.

84 Den har i det avseendet slagit fast att ”allmänheten” i den mening som avses i artikel 3.1 i direktiv 2001/29 avser ett obestämt antal potentiella tittare eller åhörare och dessutom förutsätter ett ganska stort antal personer (se, för ett liknande resonemang, dom av den 2 juni 2005 i mål C-89/04, Mediakabel, REG 2005, s. I-4891, punkt 30, av den 14 juli 2005 i mål C-192/04, Lagardère Active Broadcast, REG 2005, s. I-7199, punkt 31, och domen i det ovannämnda målet SGAE, punkterna 37 och 38).

85 Vad för det första gäller att allmänheten är av ”obestämd” karaktär, påpekar domstolen att det – enligt definitionen av begreppet ”överföring till allmänheten (offentligt framförande)” i Wipos ordlista, vilken utan att ha bindande verkan åtminstone ger ledning vid tolkningen av begreppet offentligheten – handlar om att ”göra så att ett verk kan uppfattas … på varje lämpligt sätt av personer i allmänhet, i motsats till vissa bestämda personer tillhörande en privat krets”.

86 Vad därefter angår kriteriet avseende ”ett ganska stort antal personer”, avses därmed att begreppet allmänheten är förenat med ett visst *de minimis*-krav varför begreppet inte omfattar alltför små eller till och med obetydliga kretsar av berörda personer.

87 För fastställandet av detta antal har domstolen beaktat de kumulativa effekter som följer av att verk sprids till eventuella tittare eller åhörare (se domen i det ovannämnda målet SGAE, punkt 39). Det gäller i det avseendet inte bara att veta hur många personer som har tillgång till ett och samma verk vid samma tillfälle, utan även hur många av dem som i följd efter varandra har tillgång till verket.

88 För det tredje slog domstolen i punkt 204 i domen i det ovannämnda målet Football Association Premier League m.fl. fast att det inte är utan betydelse huruvida en överföring i den mening som avses i artikel 3.1 i direktiv 2001/29 har ett vinstsyfte.

89 Detta gäller därmed i ännu högre grad i fråga om en sådan rätt till skälig ersättning som den som föreskrivs i artikel 8.2 i direktiv 92/100, med hänsyn till att den är av huvudsakligen ekonomisk art.

90 Domstolen slog nämligen fast att ett hotells åtgärd för att ge hotellgästerna tillgång till ett verk i en trådlös utsändning ska anses som ett tillhandahållande av en extra tjänst i syfte att dra en viss fördel därav, i den mån denna tjänst inverkar på ett hotells status och därmed på rumspriserna. På liknande sätt slog domstolen fast att en pubs överföring av trådlöst sända verk sker i syfte, och är ägnad, att påverka antalet kunder i puben, och i slutändan dess ekonomiska resultat (se, för ett liknande resonemang, domarna i de ovannämnda målen SGAE, punkt 44, och Football Association Premier League m.fl., punkt 205).

91 Det är sålunda underförstått att den allmänhet som är föremål för överföringen dels utgör målgruppen för användaren, dels är mottaglig på ett eller annat sätt för användarens överföring och inte har ”fångats in” av en ren slump.

92 Det är bland annat mot bakgrund av dessa kriterier som bedömningen av huruvida en tandläkare, som i närvaro av sina patienter sprider fonogram som bakgrundsmusik, i ett mål som det nu aktuella genomför en överföring till allmänheten i den mening som avses i artikel 8.2 i direktiv 92/100.

93 Även om det i enlighet med vad som anges i punkt 80 i förevarande dom i princip ankommer på de nationella domstolarna att avgöra om detta är förhållandet i det enskilda fallet och att i detta avseende göra den slutliga bedömningen av de faktiska omständigheterna, konstaterar domstolen att den med avseende på det nationella målet förfogar över alla de uppgifter som krävs för att avgöra om det har skett någon sådan överföring till allmänheten.

94 Det ska för det första påpekas att i likhet med de ovannämnda målen SGAE och Football Association Premier League m.fl., kan tandläkarpatienter även om de befinner sig inom området för utsändningen av signalen med fonogrammen ta del av dessa endast tack vare tandläkarens avsiktliga agerande. En sådan tandläkare ska således anses agera avsiktligt vid utsändningen av dessa fonogram.

95 Vad därefter gäller kunder till en sådan tandläkare som den i det nationella målet aktuella, påpekar domstolen att dessa normalt utgör en krets av personer vars sammansättning är mycket stabil och att de alltså utgör en väl avgränsad samling möjliga tittare eller åhörare, där andra personer i princip inte har tillgång till tandläkarens vård. Till skillnad från definitionen i punkt 85 i förevarande dom handlar det här alltså inte om ”personer i allmänhet”.

96 Beträffande den betydelse som enligt punkt 84 i förevarande dom ska tillmätas antalet personer som tack vare tandläkaren kan höra det fonogram som sprids, konstaterar domstolen för övrigt att då det är fråga om kunder till en tandläkare, har detta antal liten eller obefintlig betydelse eftersom den krets av personer som är närvarande vid samma tillfälle i tandläkarmottagningen generellt är mycket begränsad. Om kunderna avlöser varandra gäller dessutom likafullt att dessa kunder, som är närvarande en och en, i regel inte är åhörare av samma fonogram, i synnerhet sådana som sänds trådlöst.

97 Det kan slutligen inte ifrågasättas att en tandläkare i en situation som den i det nationella målet, som sänder fonogram som bakgrundsmusik i närvaro av sina patienter, inte rimligen kan vänta sig fler kunder endast tack vare denna utsändning eller höja priset på den vård som tillhandahålls på mottagningen. En sådan utsändning kan alltså inte i sig inverka på tandläkarens intäkter.

98 Eftersom en tandläkares kunder uppsöker en tandläkarmottagning uteslutande i syfte att erhålla vård, kan en utsändning av fonogram nämligen på intet sätt ingå i utförandet av tandläkarvård. Kunderna får slumpmässigt och oberoende av deras önskan tillgång till vissa fonogram beroende på när de anländer till mottagningen och hur länge de stannar i väntrummet samt beroende på vilken behandling de ges. Under dessa förhållanden kan det inte antas att en tandläkares normala kundkrets är mottaglig för den utsändning som nu är i fråga.

99 Utsändningen är alltså inte förenad med något vinstsyfte och det kriterium som anges i punkt 90 i förevarande dom är alltså inte uppfyllt.

100 Av det anförda följer att en sådan tandläkare som den i det nationella målet aktuella, som kostnadsfritt sänder fonogram i sin mottagning för sina kunder, vilka tar del av fonogrammen oberoende av om de har en önskan att göra detta, inte genomför någon ”återgivning för allmänheten” i den mening som avses i artikel 8.2 i direktiv 92/100.

101 Härav följer att det krav som uppställs i artikel 8.2 i direktiv 92/100 för att användaren ska utge skälig ersättning, och som avser att denne ska genomföra en ”återgivning för allmänheten” i den mening som avses i denna bestämmelse, inte är uppfyllt i en situation som den i det nationella målet aktuella.

102 Under dessa förhållanden ska den fjärde och den femte frågan besvaras enligt följande. Begreppet ”återgivning för allmänheten” i den mening som avses i artikel 8.2 i direktiv 92/100 ska tolkas så, att det inte omfattar kostnadsfri utsändning av fonogram i en sådan tandläkarmottagning som den som

är i fråga i det nationella målet, inom ramen för utövandet av ett fritt yrke, där kunderna tar del av fonogrammen oberoende av om de har en önskan att göra detta. Fonogramframställarna har följaktligen inte någon rätt till ersättning vid en sådan utsändning.

Rättegångskostnader

103 Eftersom förfarandet i förhållande till parterna i målet vid den nationella domstolen utgör ett led i beredningen av samma mål, ankommer det på den nationella domstolen att besluta om rättegångskostnaderna. De kostnader för att avge yttrande till domstolen som andra än nämnda parter har haft är inte ersättningsgilla.

Mot denna bakgrund beslutar domstolen (tredje avdelningen) följande:

1) **Bestämmelserna i avtalet om handelsrelaterade aspekter av immaterialrätter, vilket utgör bilaga 1 C till avtalet om upprättande av Världshandelsorganisationen (WTO), undertecknat den 15 april 1994 i Marrakech och godkänt genom rådets beslut 94/800/EG av den 22 december 1994 om ingående på gemenskapens vägnar – vad beträffar frågor som omfattas av dess behörighet – av de avtal som är resultatet av de multilaterala förhandlingarna i Uruguayrundan (1986–1994), och i Världsorganisationens för den intellektuella äganderätten (Wipo) fördrag av den 20 december 1996 om framföranden och fonogram, är tillämpliga i unionens rättsordning.**

   Internationella konventionen om skydd för utövande konstnärer, framställare av ljudupptagningar samt radioföretag, antagen i Rom den 26 oktober 1961, utgör inte en del av unionens rättsordning och är därför inte tillämplig i denna rättsordning, men den har icke desto mindre indirekta effekter i denna rättsordning.

   Enskilda kan inte åberopa vare sig den konvention, det avtal eller det fördrag som nämns ovan.

   Begreppen ”återgivning för allmänheten” respektive ”överföring till allmänheten” vilka förekommer 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 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/29/EG av den 22 maj 2001 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället, ska tolkas mot bakgrund av motsvarande begrepp i ovannämnda konvention, avtal och fördrag, och på ett sådant sätt att det är förenligt med de senare, med beaktande även av det sammanhang i vilket begreppen förekommer samt med hänsyn till ändamålet med de relevanta avtalsbestämmelserna på det immaterialrättsliga området.

2) **Begreppet ”återgivning för allmänheten” i den mening som avses i artikel 8.2 i direktiv 92/100 ska tolkas så, att det inte omfattar kostnadsfri utsändning av fonogram i en sådan tandläkarmottagning som den som är i fråga i det nationella målet, inom ramen för utövandet av ett fritt yrke, där kunderna tar del av fonogrammen oberoende av om de har en önskan att göra detta. Fonogramframställarna har följaktligen inte någon rätt till ersättning vid en sådan utsändning.**

Underskrifter