FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT ANTONIO TIZZANO

fremsat den 21. april 2005 [1]

I — Indledning

1. Ved kendelse af 17. februar 2004 har Cour de cassation (Frankrig) i medfør af artikel 234 EF forelagt Domstolen to præjudicielle spørgsmål vedrørende fortolkningen af Rådets direktiv 92/100/EØF af 19. november 1992 om udlejnings- og udlånsrettigheder samt om visse andre ophavsretsbeslægtede rettigheder i forbindelse med intellektuel ejendomsret [2] (herefter »direktiv 92/100«) og af Rådets direktiv 93/83/EØF af 27. september 1993 om samordning af visse bestemmelser vedrørende ophavsrettigheder og ophavsretsbeslægtede rettigheder i forbindelse med radio- og tv-udsendelse via satellit og videresprednin g pr. kabel [3] (herefter »direktiv 93/83«).

2. Den forelæggende ret ønsker først og fremmest oplyst, hvilken medlemsstat det påhviler at betale vederlaget til udøvende kunstnere af et fonogram, når det signal, der anvendes til radiospredning af dette fonogram, udsendes af en medlemsstat til en satellit, der sender det til en retransmissionssender på jorden i en anden medlemsstat, hvorved det videresprede s til førstnævnte medlemsstat. Såfremt flere nationale lovgivninger finder anvendelse, spørger den også Domstolen om, hvorvidt fællesskabsretten tillader, at beløb betalt i en medlemsstat fratrækkes beløb betalt i den anden medlemsstat.

II — Retsforskrifter

Fællesskabsbestemmelser

3. Direktiv 92/100 tilsigter at indføre harmoniserede rammer for de nationale lovgivninger vedrørende udlejnings- og udlånsrettigheder i forbindelse med ophavsret samt visse ophavsretsbeslægtede rettigheder i den udstrækning det er nødvendigt for at sikre det indre markeds funktion.

1 — Originalsprog: italiensk.
2 — EFT L 346, s. 61.
3 — EFT L 248, s. 15.

4. Der er i øvrigt kun tale om en minimal harmonisering, således som det præciseres i tyvende betragtning til direktivet, hvori det udtrykkeligt fastslås, at medlemsstaterne kan fastsætte bestemmelser om en mere vidtgående beskyttelse af indehavere af ophavsretsbeslægtede rettigheder end dem, der er fastsat i direktivet.

5. Denne beskyttelse er navnlig omhandlet i direktivets artikel 8, stk. 2, som bestemmer følgende:

»Medlemsstaterne tillægger udøvende kunstnere og fonogramfremstillere ret til vederlag, som deles mellem dem, således at brugeren betaler et rimeligt, samlet vederlag, hvis et fonogram, der er udgivet i kommercielt øjemed, eller en reproduktion af et sådant fonogram, anvendes til udsendelse ved hjælp af radiobølger eller til kommunikation til offentligheden. Medlemsstaterne kan, hvis der ikke er enighed mellem de udøvende kunstnere og fonogramfremstillerne, fastlægge betingelserne for et sådant vederlags fordeling mellem dem.«

6. Direktiv 93/83 tilsigter at samordne visse bestemmelser vedrørende ophavsrettigheder og ophavsretsbeslægtede rettigheder i forbindelse med radio- og tv-udsendelse via satellit og viderespredning pr. kabel »for at forhindre, at flere nationale lovgivninger anvendes samtidigt på én og samme udsendelse« (fjortende betragtning).

7. I samme betragtning fastslås det, at »de normale tekniske procedurer vedrørende programbærende signaler kan ikke betragtes som afbrydelser af sendekæden«, hvorefter de begreber, der anvendes i direktivet, defineres.

8. I artikel 1, stk. 1, defineres »satellit« som »en satellit, der sender på frekvensbånd, som kommunikationsretligt er forbeholdt radio- og tv-udsendelse af signaler, der kan modtages af almenheden, eller som er forbeholdt lukket punkt-til-punkt kommunikation. I sidstnævnte tilfælde skal den individuelle modtagelse af signalerne imidlertid ske under omstændigheder, der er sammenlignelige med dem, der gør sig gældende i førstnævnte tilfælde«.

9. Samme artikels stk. 2 bestemmer endvidere med betydning for den foreliggende sag følgende:

»a) I dette direktiv forstås ved »tilgængeliggørelse for almenheden via satellit«:

den handling under radio- og tv-selskabets kontrol og ansvar at introducere programbærende signaler, der er beregnet for almenheden i en ubrudt sendekæde, der fører op til satellitten og ned mod jorden.

b) Tilgængeliggørelse for almenheden via satellit finder kun sted i den medlemsstat, hvor de programbærende signaler under radio- og tv-selskabets kontrol og ansvar introduceres i en ubrudt sendekæde, der fører op til satellitten og ned mod jorden.«

10. Med hensyn til udøvende kunstneres, fonogramfremstilleres og radio- og tv-selskabers rettigheder bestemmes det i artikel 4, stk. 1, at »[f]or så vidt angår tilgængeliggørelse til almenheden via satellit, skal udøvende kunstneres, fonogramfremstilleres og radio- og tv-selskabers rettigheder beskyttes i overensstemmelse med artikel 6, 7, 8 og 10 i direktiv 92/100/EØF«.

Nationale bestemmelser

11. Med hensyn til den franske lovgivning er det tilstrækkeligt at nævne artikel L. 214-1 i code de la propriété intellectuelle, der bestemmer:

»Når et fonogram er udgivet i kommercielt øjemed, kan den udøvende kunstner og producenten ikke hindre:

[...]

2. Radio- eller tv-udsendelse heraf eller samtidig og uforkortet viderespredning pr. kabel af denne radio- og tv-udsendelse.

Denne anvendelse af fonogrammer, der er udgivet i kommercielt øjemed, uanset hvor optagelsen af fonogrammerne har fundet sted, berettiger til vederlag til udøvende kunstnere og producenter. Dette vederlag betales af de personer, som anvender de udgivne fonogrammer i kommercielt øjemed under de betingelser, der er nævnt i denne artikels stk. 1 og 2.

Vederlaget fastsættes på grundlag af indtægten fra udnyttelsen, eller, i mangel heraf, efter en skønsmæssig vurdering [...]« [4].

4 — Domstolens oversættelse.

III — Faktiske omstændigheder og retsforhandlinger

12. Selskabet Europe 1 communication SA, hvis rettigheder Lagardère Active Broadcast (herefter henholdsvis »Europe 1« og »Lagardère«) er indtrådt i er et i Frankrig etableret radioselskab. Dets programmer produceres i Paris og transmitteres først til en satellit. Radiosignalet kommer tilbage til jorden, hvor det modtages af retransmissionssendere på fransk område, som med frekvensmodulation (FM) viderespreder det i Frankrig.

13. Ovennævnte transmissionssystem er ikke det eneste, som Europe 1 benytter. Det har således også en sender på tysk område i Felsberg i Saarland, som selskabet fra det indledte sine aktiviteter, har benyttet til at omgå den franske lovgivning, der var gældende på daværende tidspunkt, og hvorefter kun offentlige radiospredningsorganer havde ret til at benytte retransmissionssendere på fransk område.

14. Satellitten transmitterer også signalet til denne retransmissionssender, som viderespreder det til Frankrig på langbølge i henhold til en koncessionsaftale, der i Tyskland er indrømmet Compagnie européenne de radiodiffusion et de télévision Europe 1 (herefter »CERT«), et i Tyskland etableret selskab, som Europe 1 ejer 99,70% af kapitalen i.

15. Jeg skal her præcisere, at signalet fra studierne i Paris stadig kan sendes til den tyske sender via det digitale jordbaserede kredsløb, der, inden satellitsystemet blev indført, var den almindeligt anvendte transmissionsform, hvis satellitten ikke fungerer.

16. Jeg skal endvidere præcisere, at de programmer, der udsendes af senderen i Felsberg, også kan modtages i et begrænset område på tysk område, selv om de udelukkende er bestemt for fransktalende lyttere.

17. I Frankrig betalte Europe 1 Société pour la perception de la rémunération équitable (herefter »SPRE«) vederlaget til de udøvende kunstnere og producenterne af de fonogrammer, der anvendes i dets programmer. CERT betalte i Tyskland et årligt standardvederlag for radiospredning af de samme fonogrammer til Gesellschaft zur Verwertung von Leistungsschutzrechten (herefter »GVL«), det tyske modstykke til SPRE.

18. Med henblik på at undgå dobbeltbetaling af vederlagene for anvendelse af de samme fonogrammer fremgik det af en aftale mellem Europe 1 og SPRE, der var blevet forlænget

indtil den 31. december 1993, at Europe 1 fra det beløb, der skulle betales til SPRE, kunne fratrække det beløb, som CERT havde betalt til GVL.

19. Selv om der fra 1. januar 1994 ikke fandtes nogen aftale, der indrømmede Europe 1 retten til at foretage et sådant fradrag, fortsatte selskabet hermed.

20. Da SPRE ikke mente, at et sådant fradrag var berettiget, anlagde det sag ved tribunal de grande instance de Paris, som gav det medhold.

21. I denne forbindelse ophævede CERT kontrakten om betaling af vederlag til GVL, som derefter anlagde sag i Tyskland. Dommen i første instans gav GVL medhold, mens en dom fra Saarländisches Oberlandesgericht (appelretten i Saarland) gav CERT medhold, hvorefter sagen blev forelagt for Bundesgerichtshof (den tyske kassationsdomstol).

22. Bundesgerichtshof, der fandt, at de pågældende radioudsendelser henhørte under tysk ret, fordi de spredes til almenheden via sendere i Tyskland, men at vederlaget til GVL skulle nedsættes for at tage højde for det vederlag, der betales i Frankrig, konkluderede uden at forelægge præjudicielle spørgsmål for Domstolen, at direktiv 93/83 ikke fandt anvendelse, ophævede appelrettens dom og hjemviste sagen til Oberlandesgericht, som har udsat den sag, der er indbragt for den, indtil Domstolen har afsagt dom i den foreliggende sag.

23. Samtidig var den franske retssag på initiativ af Lagardère, der var indtrådt i Europe 1's rettigheder, skredet fremad, først og fremmest med en appel indgivet til Cour d'appel de Paris til prøvelse af afgørelsen truffet i første instans, der gav SPRE medhold, og da denne appel blev forkastet, med en indbringelse for Cour de cassation. Det er netop Cour de cassation, der er i tvivl om fortolkningen af visse fællesskabsretlige bestemmelser, og som har udsat sagen og forelagt Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Når et radioselskab, der sender fra en medlemsstats område, for at gøre sine programmer tilgængelige for en del af sine lyttere i denne stat benytter retransmission via en sender, der befinder sig på et nærliggende område i en anden medlemsstat, og som dets datterselskab, hvori det ejer aktiemajoriteten, har fået koncession på at benytte, er det da lovgivningen i sidstnævnte stat, der finder anvendelse ved fastsættelsen af det rimelige, samlede vederlag i henhold til artikel 8, stk. 2, i direktiv 92/100/EØF af 19. november 1992 og artikel 4 i direktiv 93/83 af 27. september 1993, som skal betales for de fonogrammer, der er udgivet i kommercielt øjemed, og som forekommer i de programmer, der retransmitteres?

2) Hvis det første spørgsmål besvares bekræftende, er selskabet, der har foretaget den oprindelige udsendelse, da berettiget til at trække det beløb, som dets datterselskab har betalt, fra det vederlag, som selskabet skal betale for alle de udsendelser, der modtages på det nationale område?«

24. Under de således indledte retsforhandlinger for Domstolen har Lagardère, CERT, SPRE, GVL, den franske og den tyske regering samt Kommissionen indgivet indlæg.

25. De samme parter har afgivet mundtlige indlæg i retsmødet den 2. marts 2005.

IV — Stillingtagen

Det første præjudicielle spørgsmål

26. Med det første spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om den omstændighed, at en del af almenheden modtager radioprogrammer produceret i en medlemsstat via et signal, der først sendes til en satellit og derefter til en jordbaseret retransmissionssender placeret i en anden medlemsstat, der sender programmerne til den førstnævnte medlemsstat, indebærer, at det påhviler lovgivningen i den anden medlemsstat at regulere vederlaget til udøvende kunstnere og fremstillere af de anvendte fonogrammer for så vidt angår de programmer, der videresendes fra dens område.

27. Som Kommissionen og GVL har gjort gældende, afhænger svaret på dette spørgsmål af, hvordan den transmission, der er tale om i den foreliggende sag, kvalificeres. Hvis den betragtes som en »tilgængeliggørelse for almenheden via satellit« som omhandlet i direktiv 93/83, er vederlaget til de udøvende kunstnere og fremstillere af de anvendte fonogrammer i henhold til samme direktivs artikel 1, stk. 2, litra b), udelukkende omfattet af lovgivningen i den medlemsstat, hvorfra signalet udsendes, dvs. i den foreliggende sag fransk lovgivning. I modsat fald ville sagen uden tvivl ligge uden for anvendelsesområdet for direktiv 93/83, hvilket ville resultere i, at det ikke kunne udelukkes, at tysk lovgivning kunne finde anvendelse på fonogrammer udsendt via senderen i Felsberg.

28. Ved nærmere eftertanke kunne direktivets manglende anvendelighed på den foreliggende sags omstændigheder også udledes af svaret på et andet spørgsmål, der er knyttet til og på sin vis går forud for det foregående, og som parterne endog har drøftet under sagen. Eftersom direktivet ikke omfatter alle typer satellitter, men kun dem, der opfylder bestemte betingelser, kan man

rejse det spørgsmål, om den satellit, der er tale om, rent faktisk er en »satellit« i det pågældende direktivs forstand. Hvis dette ikke er tilfældet, finder direktivet så meget desto mere ikke anvendelse på den foreliggende sag.

29. Når dette er sagt, skal jeg i denne forbindelse understrege, at det fremgår af artikel 1, stk. 1, i direktiv 93/83, at der kun er tale om satellitter, når de »sender på frekvensbånd, som kommunikationsretligt er forbeholdt«: i) »radio- og tv-udsendelse af signaler, der kan modtages af almenheden« eller ii) »som er forbeholdt lukket punkt-til-punkt kommunikation. I sidstnævnte tilfælde skal den individuelle modtagelse af signalerne imidlertid ske under omstændigheder, der er sammenlignelige med dem, der gør sig gældende i førstnævnte tilfælde«.

30. I den foreliggende sag fremgår det af besvarelserne af det specifikke spørgsmål, som Domstolen har stillet, at det signal, der udsendes af satellitten til retransmissionssenderen i Felsberg, ikke kan modtages direkte af almenheden. Der er altså ingen tvivl om, at den første hypotese, der er omhandlet i artikel 1, stk. 1, i direktiv 93/83, ikke holder.

31. Det er vanskeligere at fastslå, om den anden hypotese er opfyldt, navnlig fordi det ikke står klart, hvad der skal forstås ved »omstændigheder, der er sammenlignelige«. Der er således ingen tvivl om, at dette udtryk indebærer, at almenheden skal modtage programmer fra satellitten, men den konkrete undersøgelse af denne betingelse fører dog i den foreliggende sag til, at parterne når frem til fuldstændig modsatrettede konklusioner.

32. Den franske regering, Lagardère og SPRE mener således, at betingelsen er opfyldt i den foreliggende sag, fordi almenheden takket være den jordbaserede retransmission af satellittens signal alligevel kan modtage programmerne. Den tyske regering og GVL er imidlertid af den modsatte opfattelse, idet de mener, at omstændighederne ikke er »sammenlignelige«, eftersom almenheden kun kan modtage programmerne via et signal af en anden art end signalet fra satellitten, hvorfor direktiv 93/83 således ikke finder anvendelse. Kommissionen, der ikke har udtalt sig skriftligt om dette spørgsmål, tilsluttede sig i alt væsentligt dette sidstnævnte synspunkt på retsmødet.

33. Den undersøgelse, der går ud på at fastlægge, om der i den foreliggende sag er tale om en »satellit« i direktivets forstand, skal altså koncentrere sig om følgerne af, at almenheden kun kan modtage signalet fra satellitten, hvis det retransmitteres via Hertzbølger.

34. Besvarelsen af dette spørgsmål er imidlertid lige så afgørende for at fjerne den tvivl,

der er givet udtryk for ovenfor (punkt 27) med hensyn til, om den udsendelse, der er tale om, kan kvalificeres som »tilgængeliggørelse for almenheden via satellit«.

35. I artikel 1, stk. 2, litra a), i direktiv 93/83 defineres en sådan »tilgængeliggørelse« som »den handling under radio- og tv-selskabets kontrol og ansvar at introducere programbærende signaler, der er beregnet for almenheden i en *ubrudt sendekæde*, der fører op til satellitten og ned mod jorden« [5]. Med den præcisering, der er indeholdt i fjortende betragtning til direktivet, at *normale tekniske procedurer* ikke kan betragtes som afbrydelser af sendekæden.

36. Uanset hvilket synspunkt man indtager, er nøglen til den foreliggende sag altså i det væsentlige den samme. Det drejer sig således under alle omstændigheder om at afgøre, om og i hvilket omfang den omstændighed, at almenheden i den foreliggende sag kun kan modtage signalet fra satellitten efter, at det er blevet retransmitteret via Hertz-bølger, har betydning.

37. For at besvare dette spørgsmål må spørgsmålets to aspekter undersøges, dvs. at det skal klarlægges, om der i den foreliggende sag kan tales om en transmission: i) der finder sted under »omstændigheder, der er sammenlignelige« med dem, der gør sig gældende, når satellitten transmitterer signaler, der kan modtages af almenheden, og ii) som udgør en »tilgængeliggørelse for almenheden via satellit« idet, den er karakteriseret ved en »ubrudt sendekæde«.

38. i) Med hensyn til det første aspekt skal jeg først og fremmest bemærke, at direktiv 93/83, som det fremgår af sjette betragtning, omhandler to forskellige typer satellitter nemlig sendende satellitter og telekommunikationssatellitter. I det nævnte direktiv fastslås det først, at selv om »individuel modtagelse af udsendelser fra begge satellittyper i dag er mulig og økonomisk overkommelig«, behandles ophavsrettigheder i forbindelse med tilgængeliggørelse for almenheden via den ene eller den anden type satellit [6] forskelligt i medlemsstaterne, og derefter bestemmes det, at det har til formål at fastsætte ens regler, der finder anvendelse, uanset hvilken satellittype der anvendes [7].

39. Det er imidlertid efter min mening netop i lyset af disse forudsætninger, at de i punkt 29 ovenfor nævnte to hypoteser skal forstås. Tidligere var det kun direkte sendende satellitter, der transmitterede signaler, som kunne modtages af almenheden via frekvensbånd, der udtrykkeligt var beregnet til dette formål. Telekommunikationssatellitter derimod anvendte (og anvender stadig)

5 — Min fremhævelse.

6 — Sjette betragtning.

7 — Trettende betragtning.

frekvensbånd, som ikke er bestemt for almenheden. Takket være den teknologiske udvikling er det imidlertid nu blevet muligt at udsende kraftigere signaler end tidligere på disse frekvensbånd, således at almenheden ved hjælp af parabolantenner til en overkommelig pris kan modtage programmer, der udsendes på denne måde via satellit. Det følger heraf, at selv om de anvendte frekvensbånd ikke er forbeholdt tilgængeliggørelse for almenheden, kan almenheden alligevel modtage programmerne direkte fra satellitten.

40. Jeg mener imidlertid, at kun de omstændigheder, jeg netop har omtalt, udgør de »omstændigheder, der er sammenlignelige«, der er omhandlet i artikel 1, stk. 1, i direktiv 93/83. I den foreliggende sag sender satellitten derimod ikke på betingelser, der uanset de anvendte frekvensbånd muliggør en individuel modtagelse af satellittens signal; for at dette signal kan nå almenheden, er det tværtimod nødvendigt i alle tilfælde at anvende en retransmission via Hertz-bølger.

41. Jeg er altså tilbøjelig til at mene, som også den tyske regering, Kommissionen og GVL gør det, at omstændighederne i den foreliggende sag ikke er sammenlignelige, og at man derfor ikke kan tale om en »satellit« i den forstand, hvori udtrykket anvendes i direktiv 93/83.

42. ii) Ser vi på det andet aspekt, som jeg har nævnt, mener jeg analogt hermed, som også den tyske regering, Kommissionen og GVL gør det, at der i den foreliggende sag heller ikke er tale om »tilgængeliggørelse for almenheden via satellit«, da kommunikationskæden på ingen måde er ubrudt, således som det kræves i direktivet.

43. I den situation, jeg netop har beskrevet, modtager almenheden således ikke signalet direkte fra satellitten via en parabolantenne, men tværtimod via en almindelig antenne, når signalet er transformeret og videresendt af retransmissionssendere i Frankrig og Tyskland via henholdsvis frekvensmodulation og langbølger.

44. Som GVL fremhævede under retsmødet, består satellittens rolle i den foreliggende sag i øvrigt udelukkende i at erstatte det tidligere eksisterende digitale kredsløb, der siden starten af Europe 1's aktiviteter havde sendt signalet fra selskabets studier i Paris til senderen i Felsberg, og som i øvrigt fortsat anvendes, hvis satellitten ikke fungerer (jf. punkt 13-15 ovenfor). Den nyskabelse, der er sket med overgangen til satellitsystemet, påvirker således udelukkende den måde, hvorpå senderen modtager signaler, mens det ikke medfører nogen ændringer for almenheden, som modtager signalet fra

Felsberg. Eftersom denne sender fortsat sender via langbølger — som det allerede var tilfældet, da den modtog signalet via kabel og ikke via satellit — har lytterne ikke på nogen måde skullet ændre det udstyr, de altid har benyttet til at modtage Europe 1's programmer.

45. Med direktiv 93/83 blev der imidlertid indført en særlig ordning vedrørende »tilgængeliggørelse for almenheden via satellit«, netop for at tage højde for, at »individuel modtagelse af [signalet fra satellitten] *i dag* er mulig og økonomisk overkommelig« [8], som det fremgår af sjette betragtning. Jeg udleder i lighed med GVL heraf, at reglerne for denne kommunikationsform vedrører de nye muligheder for almenhedens modtagelse af signalet, der er opstået som følge af de teknologiske fremskridt, og ikke de muligheder, der har eksisteret længe, som f.eks. Hertz-bølger.

46. Jeg mener heller ikke, at det er muligt at omgå den hindring, som en afbrydelse af kommunikationskæden udgør, ved ligesom den franske regering, Lagardère og SPRE at foreslå en vid fortolkning af begrebet »normale tekniske procedurer«.

47. Navnlig den franske regering gjorde på retsmødet gældende, at den omstændighed, at der sker en retransmission af signalet med Hertz-bølger, ikke er til hinder for, at der i denne forbindelse er tale om en »ubrudt sendekæde«; begrundelsen herfor er, at satellitter, der ikke udsender signaler, der kan modtages direkte af almenheden, også er omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 93/83. Hvis det bestrides, at indskydelsen af en jordbaseret transmission mellem satellitten og almenheden udgør »en normal teknisk procedure«, og følgelig fastslås, at begrebet tilgængeliggørelse for almenheden via satellit ikke gælder i den foreliggende sag, betyder det efter den franske regerings opfattelse, at den del af artikel 1, stk. 1, i direktiv 93/83, som også definerer som satellitter de satellitter, der, selv om de ikke anvender frekvensbånd, der er forbeholdt transmission til almenheden, videresender signaler, hvis individuelle modtagelse finder sted under »omstændigheder, der er sammenlignelige« med dem, der anvendes på de pågældende frekvensbånd, mister enhver betydning.

48. Jeg mener imidlertid, at en sådan indsigelse fører til, at man tjener ind på gyngerne (via begrebet »ubrudt sendekæde«), hvad man har sat til på karrusellerne (via begrebet »omstændigheder, der er sammenlignelige«). Jeg må dog under alle omstændigheder hertil svare, at direktivet ikke mister sin betydning, hvis det, som jeg mener, og som Kommissionen også har påpeget, accepteres, at begrebet »normale tekniske procedurer« kun omfatter de tekniske tilpasninger af signalet, der ikke ændrer dets karakter af satellittransmission [9]. Tværtimod mener jeg,

8 — Min fremhævelse.

9 — Dette er f.eks. tilfældet med de løsninger, der muliggør transmission af signalet fra studierne til satellitten (som f.eks. brug af et kabel, der forbinder studierne med sendestationen til satellitten) og almenhedens modtagelse af signalet, når det sendes tilbage til jorden (som f.eks. forbindelsen til en parabolantenne og en boligs kabelforbindelse).

at man dermed når frem til en mere sammenhængende fortolkning af begreberne »satellit« og »tilgængeliggørelse for almenheden via satellit«.

49. Som allerede anført ovenfor medfører lytternes manglende mulighed for at modtage satellitsignalet direkte således ikke, at den individuelle modtagelse af signalet sker under »omstændigheder, der er sammenlignelige« med dem, hvormed signalet modtages direkte af almenheden, hvilket betyder, at det ikke er muligt at tale om »satellit« i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i direktiv 93/83 (jf. punkt 39-41 ovenfor).

50. Ligeledes kan den omstændighed, at satellitsignalet nødvendigvis skal videresendes med Hertz-bølger, inden det kan modtages af almenheden, ikke kvalificeres som »en normal teknisk procedure«, hvilket betyder, at der i den foreliggende sag ikke er tale om en »ubrudt sendekæde« og dermed ikke om tilgængeliggørelse for almenheden via satellit.

51. Jeg mener derfor at kunne udlede af ovenstående, at en transmission som den, der er tale om i den foreliggende sag, ikke er omfattet af begrebet »tilgængeliggørelse for almenheden via satellit« som omhandlet i direktiv 93/83.

52. Som jeg gentagne gange har fastslået, er det imidlertid kun, når der er tale om denne form for tilgængeliggørelse, at bestemmelserne om vederlag til de udøvende kunstnere og fremstillere af de anvendte fonogrammer udelukkende er omfattet af lovgivningen i den medlemsstat, hvorfra signalet udsendes. Det følger heraf, at denne bestemmelse ikke kan finde anvendelse i den foreliggende sag.

53. Lad mig afslutningsvis tilføje, at jeg endvidere mener, at denne konklusion bekræftes af en systematisk fortolkning af direktiv 93/83.

54. I den del, der er helliget retransmission via kabel til almenheden af programmer fra andre medlemsstater, som oprindeligt er udsendt via satellit, kræver direktiv 93/83 på ingen måde, at det udelukkende er lovgivningen i det land, hvorfra signalet udsendes, der finder anvendelse, således som det derimod er tilfældet med tilgængeliggørelse for almenheden via satellit. Tværtimod fremgår det af artikel 8, stk. 1, at de medlemsstater, hvor denne videresprednin finder sted, sikrer »overholdelse af gældende bestemmelser vedrørende ophavsret og beslægtede rettigheder«, idet de naturligvis skal anvende deres egne bestemmelser på området og ikke bestemmelserne i det land, hvor den første (satellit-) udsendelse af signalet finder sted.

55. Ses der imidlertid bort fra reglen om, at det udelukkende er lovgivningen i den

medlemsstat, hvorfra satellitsignalet udsendes, der finder anvendelse, når almenhedens modtagelse af programmet sker via en viderespredning via kabel, er der, som Kommissionen har gjort gældende, ingen grund til, at den samme løsning ikke også skulle finde anvendelse, når viderespredningen som i den foreliggende sag sker via Hertz-bølger og ikke via kabel.

56. Sammenfattende foreslår jeg, at Cour de cassations første præjudicielle spørgsmål besvares således, at når en del af almenheden modtager radioprogrammer produceret i en medlemsstat via et signal, der først sendes til en satellit og derefter fra denne satellit til en jordbaseret retransmissionssender i en anden medlemsstat, der så sender de pågældende programmer via langbølge til førstnævnte medlemsstat, er der ikke tale om tilgængeliggørelse for almenheden via satellit som omhandlet i direktiv 93/83, og fællesskabsretten er derfor ikke til hinder for, at det rimelige, samlede vederlag, som i henhold til direktiv 92/100 skal betales til udøvende kunstnere eller fremstillere af de anvendte fonogrammer, når de sendes fra den medlemsstat, hvor den jordbaserede retransmissionssender er placeret, fastsættes i henhold til lovgivningen i denne medlemsstat.

Det andet præjudicielle spørgsmål

57. Besvares det første spørgsmål bekræftende, har den forelæggende ret forelagt et andet spørgsmål. Den ønsker navnlig oplyst, om et selskab, der sender et signal fra en medlemsstat, er berettiget til at trække det vederlag, som dets datterselskab har betalt i den medlemsstat, på hvis område den jordbaserede sender er placeret, der, selv om den hovedsageligt sender signalet til førstnævnte medlemsstat, også muliggør modtagelse i de områder i den anden medlemsstat, der ligger tæt på senderen, fra det rimelige vederlag, som selskabet skal betale for hele transmissionen på det nationale område.

58. Ifølge den tyske regering findes der ingen fællesskabsretlige bestemmelser, hvis fortolkning kan besvare det pågældende spørgsmål. GVL indtager en tilsvarende holdning, idet det konkluderer, at såfremt direktiv 93/83 ikke finder anvendelse på den foreliggende sag, kan direktiv 92/100 heller ikke finde anvendelse.

59. Den franske regering og SPRE mener derimod ikke, at de behøver at besvare dette spørgsmål, da de har foreslået det første spørgsmål besvaret således, at der ikke kan opkræves nogen betaling i Tyskland. SPRE gør dog subsidiært gældende, at der ikke kan udledes nogen form for fradragsordning af direktiv 93/83 og direktiv 92/100; det mener under alle omstændigheder og endnu mere subsidiært, at fradrag af de beløb, der er betalt i Frankrig, må kunne foretages i Tyskland.

60. Endelig mener Kommissionen og Lagardère, at en dobbelt betaling ikke er i overensstemmelse med artikel 8, stk. 2, i

direktiv 92/100, hvori det bestemmes, at brugeren af et fonogram til en hvilken som helst kommunikation til offentligheden skal betale de udøvende kunstnere eller fremstillere af fonogrammet »et rimeligt, samlet vederlag«. Ifølge Lagardère følger det heraf, at det bør være muligt at fradrage det beløb i Frankrig, som er betalt i Tyskland. Kommissionen når frem til den modsatte konklusion, idet den har anført, at det tværtimod er det beløb, der er betalt i Frankrig, der skal fradrages i Tyskland. Ifølge Kommissionen bør en sådan løsning dog kun finde anvendelse subsidiært; da der ikke findes en mere omfattende harmonisering på området, mener den således, at Domstolen bør begrænse sig til at fastslå, at det samlede beløb, der opkræves i form af et rimeligt, samlet vederlag, ikke bør overstige et niveau, der tillader radiospredning af fonogrammerne på rimelige vilkår, og som tager hensyn til den faktiske og potentielle lytterskares reelle størrelse, uden direkte at foreskrive en fradragsordning.

61. Jeg skal først og fremmest understrege, at direktiv 92/100 ganske vist harmoniserer visse aspekter af de forskellige lovgivninger, der findes i medlemsstaterne, men det har ikke ændret ved den vigtige rolle som territorialprincippet spiller på området ophavsrettigheder og beslægtede rettigheder, et princip, der i øvrigt også anerkendes i de gældende folkeretlige bestemmelser på området [10].

10 — Jf. artikel 11a i konventionen til værn for litterære og kunstneriske værker, der blev underskrevet i Bern den 9.9.1886 (senest ændret ved Paris-akten af 24.7.1971), hvori det præciseres, at »det påhviler lovgivningerne i Unionens medlemsstater [oprettet med konventionen] at fastsætte betingelserne for udøvelse af [de pågældende] rettigheder, men disse betingelser har kun en virkning, der er strengt begrænset til det land, som har fastsat dem«.

62. Fællesskabsretten tillader således, at de kompetente myndigheder i de to berørte medlemsstater hver især i henhold til deres nationale ret kan kræve betaling af vederlaget til de udøvende kunstnere og fremstillere af de fonogrammer, der udsendes til offentligheden fra deres område.

63. Som vi netop har set, fremgår det imidlertid af artikel 8, stk. 2, i direktiv 92/100, at der skal betales et »rimeligt, samlet vederlag« til kunstnerne. Det kan, som Kommissionen og Lagardère gør det, udledes heraf, at, når de kompetente myndigheder hver især i henhold til deres egen lovgivning kræver betaling af vederlaget til kunstnerne, skal de tage hensyn til de betingelser, der er knyttet til vederlaget.

64. Det drejer sig derfor om at kontrollere, om og i hvilket omfang disse betingelser også kan spille en rolle i den foreliggende sag, idet der på grundlag af en analyse af dem udledes retningslinjer, der er nyttige i en sag som den foreliggende, hvor vederlaget fastsættes med henvisning til fonogrammer, der så at sige henhører under flere nationale myndigheders kompetence.

65. Jeg mener dog, at bestemmelserne i artikel 8, stk. 2, definerer vederlaget som

sådan generelt og ikke i tilknytning til en enkelt medlemsstat. Jeg mener således, at disse betingelser kan tages i betragtning, herunder ved fastsættelsen af vederlaget i det her omhandlede tilfælde.

66. Jeg vil herefter analysere disse betingelser i denne retning og i øvrigt med det samme præcisere, at drøftelserne i realiteten kun vedrører betingelsen om, at vederlaget skal være »rimeligt«. Det forekommer mig at være indlysende, at betingelsen om, at vederlaget skal være »samlet«, ikke kan resultere i elementer, der er nyttige i den foreliggende sag, da den blot indebærer, at det vederlag, som brugeren af fonogrammet skal betale, generelt skal fastsættes under hensyntagen til de forskellige berørte parters (udøvende kunstnere, fremstillere) rettigheder, uden at det er underforstået, heller ikke implicit, at betalingen kun kan finde sted i én medlemsstat. Denne fortolkning er faktisk den eneste, der er i overensstemmelse med ånden bag den pågældende bestemmelse, hvorefter »udøvende kunstnere og fonogramfremstillere [har] ret til vederlag, som deles mellem dem. Medlemsstaterne kan, hvis der ikke er enighed mellem [sidstnævnte], fastlægge betingelserne for et sådant vederlags fordeling mellem dem«.

67. Når dette er sagt, vil jeg undersøge, om det til gengæld er muligt at besvare det forelagte spørgsmål ved at analysere betingelsen om, at vederlaget skal være »rimeligt«.

68. I denne forbindelse skal jeg først og fremmest understrege, som jeg også gjorde i mit forslag til afgørelse i SENA-sagen [11], og som Domstolen efterfølgende bekræftede i sin dom, at begrebet »rimeligt vederlag« er et fællesskabsretligt begreb, da det anvendes i et direktiv uden nogen direkte eller indirekte henvisning til de nationale lovgivninger for så vidt angår dets fortolkning. Det betyder, at det i hele Fællesskabet »skal undergives en selvstændig og ensartet fortolkning, som skal søges under hensyntagen til bestemmelsens kontekst og formålet med den pågældende ordning« [12].

69. Ikke blot indeholder direktivet ikke nogen præcis definition af dette begreb; det giver heller ikke nogen direkte eller indirekte retningslinjer på dette område. Det må derfor udledes heraf, at det har været meningen at give de nationale retsordener en bred manøvremargen, sandsynligvis ud fra den overbevisning, at det ikke var nødvendigt eller hensigtsmæssigt med en mere omfattende harmonisering på dette område [13]. Det tilkommer således udelukkende medlemsstaterne og de nationale

11 — Forslag til afgørelse fremsat den 26.9.2002 i SENA-sagen (dom af 6.2.2003, sag C-245/00, Sml. I, s. 1251).

12 — Jf. SENA-dommen, præmis 23, og mit forslag til afgørelse, punkt 32.

13 — Forslaget til afgørelse i SENA-sagen, punkt 34 og 37.

retsinstanser at fastlægge de mest relevante kriterier for at sikre, at dette fællesskabsbegreb overholdes.

70. Den frihed, der indrømmes dem, er dog ikke ubegrænset, da den altid skal udøves i forbindelse med anvendelsen af et fællesskabsretligt begreb og dermed er undergivet fællesskabsinstitutionernes og navnlig Domstolens kontrol og under hensyntagen til de vilkår og begrænsninger, som følger af direktivet, og mere generelt under hensyntagen til EF-traktatens principper og opbygning [14].

71. Domstolen præciserede navnlig i SENA-dommen, at da »dette vederlag [...] udgør modydelsen for anvendelsen af et kommercielt fonogram [...] [skal] dets rimelige karakter bl.a. [...] fortolkes under hensyn til værdien af denne anvendelse i den økonomiske omsætning« [15]. Endvidere skal de retningslinjer for anvendelsen af direktivet, som medlemsstaterne vælger, gøre »det muligt at opnå en passende ligevægt mellem de udøvende kunstneres og fonogramfremstilleres interesse i at modtage et vederlag for radio- og fjernsynsudsendelse af et bestemt fonogram og tredjemands interesse i at kunne udsende dette fonogram *under rimelige betingelser*« [16].

72. Jeg mener imidlertid, at vederlagets rimelighed under omstændigheder som i den foreliggende sag, hvor to medlemsstaters lovgivninger finder anvendelse, uden at fællesskabsretten sikrer nogen form for koordinering mellem dem for at undgå dobbeltbeskatning, også skal garanteres ud fra dette synspunkt, således at en virksomhed ikke betaler et samlet beløb for udsendelse af et fonogram, der er højere end værdien af selve anvendelsen af fonogrammet i den økonomiske omsætning. Hvis dette ikke var tilfældet, ville radioudsendelser ikke ske på »rimelige betingelser«, således som Kommissionen har gjort gældende.

73. Mens det således påhviler de berørte medlemsstater at fastlægge den gældende lovgivning under de omstændigheder, der gør sig gældende i den foreliggende sag, skal de dog også under alle omstændigheder påse, at det samlede beløb, der betales i form af et rimeligt vederlag, tager behørigt hensyn til den reelle kommercielle værdi af anvendelsen af fonogrammet i de pågældende områder og, hvad der navnlig er af interesse her, til den faktiske og potentielle lytterskares størrelse i hvert af disse områder.

74. Anvendelsen af dette kriterium kan således i den foreliggende sag føre til, at hver medlemsstat kun kan opkræve beløb for udsendelse af fonogrammet på deres eget område. Da direktivet ikke går så langt som

14 — Jf. forslaget til afgørelse i SENA-sagen, punkt 38 og 40, samt SENA-dommen, præmis 38.

15 — SENA-dommen, præmis 37.

16 — SENA-dommen, præmis 46 (min fremhævelse).

til at pålægge fordelingsordninger, mener jeg imidlertid, at denne konsekvens ikke kan anses for at være automatisk, men eventuelt kan følge af en vurdering af ovennævnte princip.

75. Sammenfattende foreslår jeg derfor, at det andet præjudicielle spørgsmål besvares således at, når lovgivningerne i to medlemsstater finder anvendelse på udsendelsen af et fonogram, er vederlaget til de udøvende kunstnere og fremstillere af fonogrammet rimeligt i henhold til artikel 8, stk. 2, i direktiv 92/100, hvis det samlede beløb tager behørigt hensyn til den reelle kommercielle værdi af anvendelsen af fonogrammet i de berørte medlemsstater, og navnlig til størrelsen af den faktiske og potentielle lytterskare i hver af medlemsstaterne.

V — Forslag til afgørelse

76. Henset til ovenstående bemærkninger foreslår jeg, at Domstolen besvarer de præjudicielle spørgsmål fra Cour de cassation således:

»1) Når en del af almenheden modtager radioprogrammer produceret i en medlemsstat via et signal, der først sendes til en satellit og derefter fra denne

satellit til en jordbaseret retransmissionssender i en anden medlemsstat, der så sender de pågældende programmer via langbølge til førstnævnte medlemsstat, er der ikke tale om »tilgængeliggørelse for almenheden« som omhandlet i Rådets direktiv 93/83/EØF af 27. september 1993 om samordning af visse bestemmelser vedrørende ophavsrettigheder og ophavsretsbeslægtede rettigheder i forbindelse med radio- og tv-udsendelse via satellit og viderespredning pr. kabel, og fællesskabsretten er derfor ikke til hinder for, at det rimelige, samlede vederlag, som i henhold til Rådets direktiv 92/100/EØF af 19. november 1992 om udlejnings- og udlånsrettigheder samt om visse andre ophavsretsbeslægtede rettigheder i forbindelse med intellektuel ejendomsret skal betales til udøvende kunstnere eller fremstillere af de anvendte fonogrammer, når de sendes fra den medlemsstat, hvor den jordbaserede retransmissionssender er placeret, fastsættes i henhold til lovgivningen i denne medlemsstat.

2) Når lovgivningerne i to medlemsstater finder anvendelse på udsendelsen af et fonogram, er vederlaget til de udøvende kunstnere og fremstillere af fonogrammet »rimeligt« i henhold til artikel 8, stk. 2, i direktiv 92/100, hvis det samlede beløb tager behørigt hensyn til den reelle kommercielle værdi af anvendelsen af fonogrammet i de berørte medlemsstater, og navnlig til størrelsen af den faktiske og potentielle lytterskare i hver af medlemsstaterne.«