FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT ANTONIO TIZZANO

föredraget den 21 april 2005 [1]

I — Inledning

1. Genom dom av den 17 februari 2004 har Cour de Cassation med stöd av artikel 234 EG till domstolen ställt två frågor om tolkningen av rådets direktiv 92/100/EEG av den 19 november 1992 om uthyrnings- och utlåningsrättigheter och om vissa upphovsrätten närstående rättigheter inom det immaterialrättsliga området (nedan kallat direktiv 92/100) [2] och rådets direktiv 93/83/EEG av den 27 september 1993 om samordning av vissa bestämmelser om upphovsrätt och närstående rättigheter avseende satellitsändningar och vidaresändning via kabel (nedan kallat direktiv 93/83) [3].

2. Den nationella domstolen vill först och främst få klarhet i vilken medlemsstat det är som skall reglera den ersättning som skall betalas till de utövande konstnärerna och fonogramframställarna i det fall då den signal som används för radio- och televisionsutsändningen av detta fonogram sänds av en medlemsstat till en satellit som sänder den till en relästation belägen i en annan medlemsstat, från vilken signalen återutsänds i den förstnämnda medlemsstatens riktning. För den händelse flera nationella lagstiftningar är tillämpliga vill den nationella domstolen dessutom få klarhet i huruvida möjligheten att i en medlemsstat dra av vad som har erlagts i den andra medlemsstaten härrör från gemenskapsrätten.

II — Tillämpliga bestämmelser

Relevanta gemenskapsrättsliga bestämmelser

3. Syftet med direktiv 92/100 är att genomföra en harmonisering av det rättsliga skyddet för uthyrnings- och utlåningsrättigheter och vissa upphovsrätten närstående rättigheter inom det immaterialrättsliga området, i den mån det krävs för att säkerställa att den gemensamma marknaden fungerar väl.

1 — Originalspråk: italienska.

2 — EGT L 346, s. 61.

3 — EGT L 248, s. 15; svensk specialutgåva, område 13, volym 25, s. 33.

4. Det är för övrigt endast fråga om en minimal harmonisering, såsom även framgår av tjugonde skälet i detta direktiv, vari medlemsstaterna uttryckligen tillerkänns möjligheten att ge innehavare av upphovsrätten närstående rättigheter ett mer långtgående skydd än det som föreskrivs i direktivet.

5. Detta skydd är särskilt föremål för artikel 8.2 i direktivet, i vilken det 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."

6. Syftet med direktiv 93/83 är att samordna vissa bestämmelser om upphovsrätt och närstående rättigheter avseende satellitsändningar och vidaresändning via kabel för att "undvika en samtidig tillämpning av flera nationella lagar på en enda [satellit]sändning" (skäl 14).

7. Sedan det i detta skäl konstaterats att "[n]ormala tekniska förfaranden som rör programbärande signaler inte [bör] anses vara avbrott i sändningskedjan" definieras i direktivet de begrepp som används i detta.

8. Särskilt definieras i artikel 1.1 "satellit" som "en satellit som sänder på frekvensband som enligt internationella telekommunikationsregler är förbehållna sändning av signaler för mottagning av allmänheten eller som är förbehållen sluten point-to-point-överföring. I det senare fallet skall emellertid de förhållanden under vilka individuell mottagning av signalerna äger rum vara jämförbara med de[m] som gäller i det första fallet."

9. I artikel 1.2 i direktivet föreskrivs dessutom, såvitt är av intresse här, följande:

"a) I detta direktiv avses med överföring till allmänheten via satellit den handling

som innebär att ett sändarföretag under sin kontroll och på sitt ansvar för in programbärande signaler avsedda för mottagning av allmänheten i en oavbruten överföringskedja som leder till satelliten och sedan ner till jorden.

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

10. Vad därefter avser utövande konstnärers, fonogramproducenters och sändarföretags rättigheter fastställs i artikel 4.1 att "[v]id överföring till allmänheten via satellit skall dessa skyddas enligt bestämmelserna i artiklarna 6, 7, 8 och 10 i direktiv 92/100/EEG".

Nationella bestämmelser

11. Vad därefter avser de franska bestämmelserna skall jag endast erinra om artikel L. 214-1 i lagsamlingen om immaterialrätt. Enligt denna

"kan den utövande konstnären eller producenten när ett fonogram har offentliggjorts för kommersiella ändamål inte invända mot

...

2° radio- och televisionsutsändning av detta, eller mot att denna radio- och televisionsutsändning samtidigt och i sin helhet sänds via kabel.

Sådan användning av fonogram som offentliggjorts för kommersiella ändamål ger, oavsett var dessa fonogram har registrerats, rätt till en ersättning åt de utövande konstnärerna och producenterna. Denna ersättning skall utbetalas av dem som använder de fonogram som offentliggjorts för kommersiella ändamål på de villkor som anges i punkterna 1 och 2 i denna artikel.

Ersättningen skall fastställas på grundval av inkomster från utnyttjandet eller, om sådana saknas, som schablonbelopp ..."[4]

4 — Inofficiell översättning.

III — Bakgrund och förfarande

12. Bolaget Europe 1 communication, vars rättigheter övertagits av bolaget Lagardère Active Broadcast (nedan kallade Europe 1 respektive Lagardère), är ett sändningsförtag som är etablerat i Frankrike. Dess radioprogram produceras i Paris och överförs först till en satellit. Signalen återvänder därefter till jorden till sändarstationer belägna på det franska territoriet, vilka sänder den i Frankrike med frekvensmodulering (FM).

13. Det ovannämnda systemet för sändning är inte det enda som Europe 1 utnyttjar. Företaget förfogar nämligen även över en sändarstation som är placerad på andra sidan den tyska gränsen, i Felsberg i Saarland, och som det har utnyttjat alltifrån början av sin verksamhet för att kringgå den vid den tiden gällande franska lagstiftningen, enligt vilken rätten att förfoga över en antenn för återutsändning på det franska territoriet förbehölls offentliga sändningsorgan.

14. Satelliten överför signalen även till denna sändarstation som med långvåg sänder den tillbaka till Frankrike, i enlighet med en koncession som i Tyskland beviljats Compagnie européenne de radiodiffusion et de télévision Europe 1 (nedan kallat CERT), ett bolag som bildats enligt tysk rätt och vars kapital till 99,70 procent innehas av Europe 1.

15. Jag vill i detta avseende precisera att i det fall satellitsystemet är skadat kan signalen som kommer från studiorna i Paris även i dag nå den tyska sändarstationen med hjälp av en digital markledning, som före övergången till satellitsystemet var det vanliga sättet för överföring.

16. Jag påpekar också att även om de program som överförs genom sändarstationen i Felsberg uteslutande är avsedda för en fransktalande allmänhet kan de även mottas inom en begränsad omkrets på det tyska territoriet.

17. I Frankrike betalade Europe 1 till Société pour la perception de la rémunération équitable (nedan kallat SPRE) den ersättning som skulle betalas till de utövande konstnärerna och till producenterna av de fonogram som använts i dess sändningar. CERT utbetalade för sändningen av dessa fonogram i Tyskland en årlig schablonmässig avgift till Gesellschaft zur Verwertung von Leistungsschutzrechten (nedan kallat GVL), som är den tyska motsvarigheten till SPRE.

18. I syfte att undvika kumulering av ersättningar för användning av dessa fonogram tilläts Europe 1 genom ett avtal mellan detta bolag och SPRE, vilket förnyats fram till och

med den 31 december 1993, att från det belopp som skulle betalas till SPRE dra av de belopp som CERT erlagt till GVL.

19. Även om inget avtal från och med den 1 januari 1994 tillät detta avdrag fortsatte Europe 1 att använda sig av detta.

20. SPRE ansåg inte att avdraget var berättigat och väckte talan vid Tribunal de grande instance i Paris, som avgjorde frågan till dess fördel.

21. I denna situation upphävde CERT kontraktet om betalning av ersättningen till GVL, vilket bolag följaktligen vidtog rättsliga åtgärder i Tyskland. Efter en dom av rätten i första instans till GVL:s fördel och en dom av Saarländisches Oberlandesgericht (appellationsdomstolen i Saarland) till CERT:s fördel anhängiggjordes frågan vid Bundesgerichtshof.

22. Bundesgerichtshof ansåg att de ifrågavarande sändningarna var underkastade tysk rätt, eftersom de sändes från sändarstationer som var belägna i Tyskland, och att den ersättning som skulle betalas till GVL dock borde reduceras med hänsyn till vad som erlagts i Frankrike. Utan att ställa några tolkningsfrågor till EG-domstolen drog denna domstol slutsatsen att direktiv 93/83 inte var tillämpligt och upphävde domen i andra instans samtidigt som den återförvisade målet till appellationsdomstolen. Den sistnämnda domstolen har beslutat att vilandeförklara målet i avvaktan på EG-domstolens dom.

23. Under tiden hade på initiativ av Lagardère, som under tiden övertagit rättigheterna från Europe 1, det franska domstolsförfarandet fortskridit, först genom ett överklagande till Cour d'appel i Paris mot avgörandet i första instans till SPRE:s fördel och därefter, sedan företaget inte heller nådde någon framgång med överklagandet, genom ytterligare ett överklagande till Cour de Cassation. Det är just den sistnämnda domstolen som hyser tvivel om tolkningen av vissa bestämmelser i gemenskapsrätten och som därför har vilandeförklarat målet och ställt följande frågor till domstolen:

"1) I de fall där ett sändarbolag, i syfte att göra sina program tillgängliga för en viss del av dess nationella lyssnare, från en viss medlemsstats territorium använder sig av en närbelägen utsändare inom en annan medlemsstats territorium för vilken dess majoritetsägda dotterbolag har beviljats koncession, är det den sistnämnda statens lag som skall tillämpas på den enda skäliga ersättning som föreskrivs i artikel 8.2 i direktiv 92/100/EEG av den 19 november 1992 och artikel 4 i direktiv 93/83/EEG av den 27 september 1993, vilken skall erläggas för de fonogram som förekommer i programmen och som har offentliggjorts för kommersiella ändamål?

2) Om den första frågan besvaras jakande, skall det första sändarbolaget ha rätt att från det belopp som detta bolag skall erlägga för samtliga sändningar som har mottagits inom det nationella territoriet, dra av de belopp som dess dotterbolag har erlagt?"

24. Lagardère, CERT, SPRE, GVL, den franska och den tyska regeringen samt kommissionen har yttrat sig i domstolens mål.

25. Dessa parter har därefter deltagit vid förhandlingen den 2 mars 2005.

IV — Bedömning

Den första frågan

26. Genom den första frågan vill den nationella domstolen få klarhet i huruvida den omständigheten att en del av allmänheten mottar de radioprogram som producerats i en medlemsstat med hjälp av en signal som först sänts till en satellit och därefter till en markbunden sändarstation belägen i en annan medlemsstat som sänder dessa program till den förstnämnda staten, innebär att det är lagstiftningen i den andra medlemsstaten som, med avseende på de program som den återutsänt, skall reglera den ersättning som skall betalas till de utövande konstnärerna och till producenterna av de fonogram som använts.

27. Såsom kommissionen och GVL har påpekat är svaret på denna fråga beroende av hur den ifrågavarande sändningen skall betecknas. Om den skall anses som en "överföring till allmänheten via satellit" i den mening som avses i direktiv 93/83 skall den ersättning som skall betalas till de utövande konstnärerna och till producenterna av de fonogram som använts, enligt artikel 1.2 b i detta direktiv, uteslutande regleras genom lagen i den stat från vilken signalen har utsänts, och i förevarande fall således genom fransk lag. I annat fall befinner man sig tveklöst utanför tillämpningsområdet för direktiv 93/83, med den följden att det inte är uteslutet att tillämpa den tyska lagen på den ersättning som skall betalas för användningen av fonogram som sänds från sändarstationen i Felsberg.

28. Vid närmare påseende kan det förhållandet att direktivet inte kan tillämpas på förevarande fall emellertid även följa av svaret på en annan fråga, som har samband med och i viss mening är en förutsättning i förhållande till den föregående frågan, och som parterna även har diskuterat under förfarandet. Eftersom direktivet inte rör alla typer av satelliter, utan endast de satelliter som motsvarar vissa förhållanden, kan frågan

ställas här huruvida den aktuella satelliten verkligen är en "satellit" i den mening som avses i det aktuella direktivet. Om så inte är fallet finns det än större skäl till att direktivet inte skall vara tillämpligt på förevarande fall.

29. Sedan detta fastställts erinrar jag i detta avseende om att "satelliter" enligt artikel 1.1 i direktivet endast är de satelliter som sänder på "frekvensband som enligt internationella telekommunikationsregler är förbehållna" i) "sändning av signaler för mottagning av allmänheten" eller som är förbehållen ii) "sluten point-to-point-överföring. I det senare fallet skall emellertid de förhållanden under vilka individuell mottagning av signalerna äger rum vara jämförbara med de[m] som gäller i det första fallet."

30. I förevarande fall framgår det av svaren på domstolens särskilda fråga att signalen som utsänts från satelliten till den sändarstation som är belägen i Felsberg inte kan mottas direkt av allmänheten. Det är således otvivelaktigt så, att det första villkoret enligt artikel 1.1 i direktivet inte är uppfyllt.

31. Det är svårare att fastställa huruvida det andra villkoret är uppfyllt, särskilt som det inte är klart vad som skall förstås med "jämförbara förhållanden". Det råder nämligen inget tvivel om att detta uttryck innebär att allmänheten skall ha nåtts av program som kommer från satelliten. Dock leder i förevarande fall en prövning av detta villkor parterna till helt motsatta slutsatser.

32. Den franska regeringen, Lagardère och SPRE anser nämligen att villkoret är uppfyllt i förevarande fall, eftersom allmänheten tack vare den markbundna återutsändningen av den signal som sänts av satelliten i vart fall kan motta programmen. Den tyska regeringen och GVL har uttalat sig för motsatsen. Enligt dem är förhållandena inte "jämförbara", eftersom allmänheten endast kan motta programmen med hjälp av en signal av annan karaktär än den signal som kommer från satelliten. Direktivet är således inte tillämpligt. Kommissionen som inte yttrat sig skriftligen på denna punkt har vid förhandlingen i huvudsak även anslutit sig till denna sistnämnda uppfattning.

33. Undersökningen av huruvida det i förevarande fall är fråga om en "satellit" i den mening som avses i direktivet skall således koncentreras på följderna av att det är nödvändigt att med radiovågor återutsända den signal som kommer från satelliten så att allmänheten kan motta den.

34. Svaret på denna fråga är emellertid avgörande även när det gäller att välja det

ovan (punkt 27) angivna alternativet i fråga om möjligheten att beteckna den i förevarande fall aktuella utsändningen som "överföring till allmänheten via satellit".

35. Enligt artikel 1.2 a i direktivet avses med denna "överföring" nämligen "den handling som innebär att ett sändarföretag under sin kontroll och på sitt ansvar för in programbärande signaler avsedda för mottagning av allmänheten i en *oavbruten överföringskedja* som leder till satelliten och sedan ner till jorden" [5]. Detta med den viktiga preciseringen enligt skäl 14 i direktivet att *normala tekniska förfaranden* inte kan anses vara avbrott i sändningskedjan.

36. Den centrala frågan i förevarande fall är under alla omständigheter således fortfarande i huvudsak densamma. Det är nämligen fråga om att fastställa huruvida och på vilket sätt, under förhållandena i förevarande fall, den omständigheten är av betydelse att allmänheten kan motta den signal som kommer från satelliten endast med hjälp av en återutsändning med radiovågor av denna.

37. För att besvara denna fråga skall det således göras en prövning i två avseenden. Det skall fastställas huruvida man i förevarande fall kan tala om en sändning i) som genomförs under "jämförbara förhållanden" i förhållande till dem under vilka satelliten sänder signaler som kan mottas av allmänheten, och ii) huruvida den utgör en "överföring till allmänheten via satellit", i den mån som den kännetecknas av en "oavbruten överföringskedja".

38. i) Beträffande prövningen i det första avseendet påpekar jag först och främst att det, såsom framgår av sjätte skälet, är två olika typer av satelliter som granskas i direktiv 93/83, nämligen överföring till allmänheten via direktsändande satellit och överföring till allmänheten via kommunikationssatellit. Efter det att det i direktivet har påvisats att, även om "individuell mottagning nuförtiden är möjlig och kostnaden bärbar i fråga om båda satellittyperna", det i medlemsstaterna "[f]rån upphovsrättslig synpunkt görs skillnad" mellan den överföring till allmänheten som genomförs med hjälp av en eller annan typ av satellit [6], fastställs det att syftet med direktivet är att föreskriva gemensamma bestämmelser som skall tillämpas oavsett vilken av de två satellittyperna som används. [7]

39. Det är just mot bakgrund av denna förutsättning som, enligt min mening, de i punkt 29 angivna två fallen skall läsas. Tidigare var det nämligen endast satelliter för direkt utsändning som sände signaler som kunde mottas av allmänheten, och som därvid använde frekvensband som uttryckligen var avsedda för detta ändamål. Tele-

5 — Min kursivering.

6 — Skäl 6.

7 — Skäl 13.

kommunikationssatelliterna använde (och använder alltjämt) band som inte är förbehållna mottagning av allmänheten. Det har tack vare den tekniska utvecklingen härefter dock blivit möjligt att på dessa sistnämnda band sända signaler med större effekt än tidigare, så att även parabolantenner för privat bruk, till överkomligt pris, gör det möjligt att motta program som sänts via satelliter på detta sätt. Härav följer att även om de band som används inte är förbehållna överföring till allmänheten kan denna i vart fall motta program direkt från satelliten.

40. Enligt min mening är det dessa, och endast dessa, som är just de "jämförbara förhållanden" som det hänvisas till i artikel 1.1 sista meningen i direktivet. I det aktuella fallet sänder satelliten däremot inte under sådana förhållanden som gör det möjligt — vilka band som än används — för den enskilde att motta den signal som denna har sänt. Tvärtom är det för att satelliten skall kunna nå allmänheten nödvändigt med en återsändning via radiovågor.

41. Jag är således böjd att, i likhet med den tyska regeringen, kommissionen och GVL, anse att förhållandena i förevarande fall inte är "jämförbara", och att man således knappast kan tala om "satellit" i den mening som avses i direktivet.

42. ii) På motsvarande sätt anser jag i fråga om prövningen i det andra avseendet, i likhet med den tyska regeringen, kommissionen och GVL, att det i förevarande fall inte heller är fråga om en "överföring till allmänheten via satellit", eftersom överföringskedjan faktiskt inte är oavbruten, såsom det däremot krävs enligt direktivet.

43. I den just beskrivna situationen mottar allmänheten nämligen inte signalen direkt från satelliten med hjälp av en särskild parabolantenn. Allmänheten mottar i stället signalen genom en enkel antenn, efter det att signalen har omvandlats och återutsänts med frekvensmodulation respektive långvåg från sändarstationer som är belägna i Frankrike och i Tyskland.

44. För övrigt är satellitens roll — såsom GVL har påpekat vid förhandlingen — i förevarande fall endast att ersätta den tidigare digitala marksändningen, som alltifrån det att Europe 1 inledde sin verksamhet har gjort att signalen från studiorna i Paris har kommit fram till anläggningen i Felsberg, och som för övrigt fortsätter att användas i det fall satelliten inte fungerar väl (se ovan, punkterna 13–15). Den förändring som skett genom övergången till satellitsystemet begränsar sig således till att uteslutande påverka sättet att inmata sändarstationen, utan att detta innebär någon förändring från allmänhetens synpunkt, vilken kan motta den signal som kommer från Felsberg. Eftersom den sändarstation som är

belägen där fortsätter att sända med långvåg — såsom den gjorde redan tidigare när signalen nådde den med hjälp av en kabel och inte via satellit — har lyssnarna inte alls behövt ändra de apparater som de alltid har använt sig av för att motta program från Europe 1.

45. Genom direktiv 93/83 har särskilda bestämmelser införts för "överföring till allmänheten via satellit" just för att, såsom framgår av skäl 6 i direktivet, beakta den omständigheten att "individuell mottagning [av satellitsignalen] *nuförtiden* är möjlig och kostnaden bärbar" [8]. Härav drar jag, i likhet med GVL, slutsatsen att de bestämmelser som föreskrivs för denna typ av överföring avser de nya former för mottagning av signalen för allmänheten som blivit möjliga att genomföra genom de tekniska framstegen, men inte de former som sedan länge funnits tillgängliga, såsom i fallet med radiovågorna.

46. Inte heller kan man enligt min mening kringgå det hinder som utgörs av avbrottet av överföringskedjan och, såsom den franska regeringen, Lagardère och SPRE har gjort, framföra en vidsträckt tolkning av begreppet normala tekniska förfaranden.

47. Den franska regeringen har vid förhandlingen hävdat att den omständigheten att signalen återutsänds med radiovågor inte utesluter att man i detta avseende kan tala om en "oavbruten överföringskedja". Anledningen härtill är att även satelliter som inte sänder signaler som direkt kan mottas av allmänheten omfattas av direktivets tillämpningsområde. Att förneka att en markbunden övergång mellan satelliten och allmänheten är "ett normalt tekniskt förfarande", och därför inte anse att förevarande fall omfattas av begreppet överföring till allmänheten via satellit, skulle enligt den franska regeringen således innebära att den del av artikel 1.1 i direktiv 93/83 förlorade sitt innehåll, i vilken även de satelliter betecknas som satelliter som, även om de inte använder de band som förbehålls sändningar till allmänheten, sänder signaler som individuellt mottas under "jämförbara förhållanden", nämligen förhållanden som kan jämföras med dem som kan påvisas när man här använder sig av de ovannämnda banden.

48. Denna invändning slutar enligt min mening dock med att det som man skickat ut genom huvudingången (begreppet jämförbara förhållanden) slinker in bakvägen (begreppet oavbruten överföringskedja). I vart fall måste jag invända att om man, såsom jag anser är riktigt och som även kommissionen har hävdat är riktigt, godtar ett begrepp för "normala tekniska förfaranden" som endast täcker sådana tekniska anpassningar av signalen som inte ändrar dess karaktär av satellitsändning, [9] innebär detta inte att direktivet har förlorat sitt

8 — Min kursivering.

9 — Det är till exempel fallet med förfaranden som gör det möjligt att utsända signalen från studior till satelliten (såsom användningen av en kabel från studior till sändarstationen för satelliten) och allmänhetens mottagning av denna när den återvänder till jorden (såsom anslutningen till en parabolantenn och kabelsystemet för ett hus).

innehåll. Tvärtom gör man, enligt min mening, på så sätt en tolkning som är mer förenlig med begreppen satellit och överföring till allmänheten via satellit.

49. Såsom jag har påpekat ovan utgör det förhållandet att lyssnarna inte kan motta satellitsignalen direkt hinder för att anse att individuell mottagning av denna sker under "jämförbara förhållanden", nämligen förhållanden som kan jämföras med dem under vilka signalen mottas direkt av allmänheten, vilket får till följd att man inte kan tala om "satellit" i den mening som avses i direktivet (se ovan, punkterna 39–41).

50. På samma sätt kan den övergång till radiovågor som signalen måste genomgå innan den kan mottas av allmänheten inte betecknas som ett "normalt tekniskt förfarande", vilket har till följd att det i förevarande fall inte är fråga om någon "oavbruten överföringskedja" och således inte någon överföring till allmänheten via satellit.

51. Enligt min mening kan av det ovanstående slutsatsen således dras att en sändning som den ifrågavarande inte omfattas av begreppet överföring till allmänheten via satellit, i den mening som avses i direktiv 93/83.

52. Som jag har sagt flera gånger är det dock endast i fråga om denna typ av överföring som, i den mening som avses i direktivet, bestämmelserna i den stat från vilken signalen har utsänts avseende den ersättning som skall betalas till de utövande konstnärerna och till producenterna av de fonogram som använts är tillämpliga. Härav följer att denna bestämmelse inte kan tillämpas i förevarande fall.

53. Jag tillägger slutligen att en systematisk tolkning av direktiv 93/83 enligt min mening ger ytterligare stöd för denna slutsats.

54. Det föreskrivs nämligen inte i den del av direktivet som ägnas frågan om återsändning via kabel till allmänheten av program från andra medlemsstater som ursprungligen sänts via satellit att det uteslutande är lagen i signalens ursprungsland som skall tillämpas, såsom däremot sker i fråga om "överföring till allmänheten via satellit". Tvärtom skall enligt artikel 8.1 de medlemsstater i vilka denna återsändning äger rum säkerställa "att gällande upphovsrätt och närstående rättigheter tillämpas", varvid det är uppenbart att den egna lagstiftningen på området och inte lagstiftningen i ursprungslandet skall tillämpas för den första (satellit) utsändningen av signalen.

55. Om huvudregeln att det endast är lagen i den stat från vilken satellitsignalen utgår som

är tillämplig ger vika när allmänhetens mottagning av programmet sker med hjälp av en återutsändning via kabel, finns det, såsom kommissionen har påpekat, inget skäl för att utesluta att samma lösning även gäller när återutsändningen, såsom i förevarande fall, inte sker via kabel utan med radiovågor.

56. På grundval av ovanstående föreslår jag därför att domstolen skall besvara den första frågan från Cour de Cassation så, att i de fall i vilka en del av allmänheten mottar radioprogram som producerats i en medlemsstat med hjälp av en signal som först sänts till en satellit och därefter från denna till en markbunden sändare belägen i en annan medlemsstat, vilken i sin tur sänder dessa program med långvåg till den förstnämnda staten, är det inte fråga om en "överföring till allmänheten via satellit" i den mening som avses i direktiv 93/83, och gemenskapsrätten utgör därmed inte hinder för att den enda skäliga ersättning som föreskrivs i direktiv 92/100 till de utövande konstnärerna och till producenterna av de fonogram som använts, fastställs på grundval av lagen i den medlemsstat i vilken den markbundna sändaren är belägen.

Den andra frågan

57. För det fall den första frågan besvaras jakande, har den nationella domstolen ställt en andra fråga. Den nationella domstolen söker klarhet i huruvida ett företag, som utsänder den ursprungliga signalen från en medlemsstat, har rätt att från det belopp som den skall erlägga för samtliga sändningar som har mottagits inom det nationella territoriet dra av de belopp som har erlagts av dess dotterbolag i den medlemsstat i vilken en markbunden sändarstation finns som, även om den i huvudsak sänder signalen till den förstnämnda medlemsstaten, möjliggör mottagning även på den andra medlemsstatens område, som gränsar till sändarstationen.

58. Enligt den tyska regeringen finns det inga gemenskapsrättsliga bestämmelser vars tolkning kan vara till nytta för att besvara den aktuella frågan. GVL har ställt sig på samma linje och hävdat att om direktiv 93/83 inte är tillämpligt på förevarande fall kan direktiv 92/100 inte heller vara det.

59. Den franska regeringen och SPRE anser däremot att de inte behöver uttala sig i denna fråga, eftersom de har besvarat den första frågan på så sätt att det inte kan krävas någon betalning i Tyskland. I andra hand har SPRE dock påpekat att det av direktiven 93/83 och 92/100 inte kan dras någon slutsats om ett avdragssystem. I varje fall, och i sista hand, anser SPRE att det borde vara möjligt att i Tyskland dra av vad som har betalats i Frankrike.

60. Vad slutligen avser kommissionen och Lagardère anser de att en dubbel betalning inte är förenlig med artikel 8.2 i direktiv

92/100, enligt vilken den som utnyttjar ett fonogram för någon som helst överföring till allmänheten är skyldig att till de utövande konstnärerna och till producenterna av detta fonogram utbetala en "enda skälig" ersättning. Av detta följer, enligt Lagardère, att möjlighet borde ges att i Frankrike dra av vad som har erlagts i Tyskland. Kommissionens slutsats är däremot den motsatta. Enligt kommissionen bör man i stället i Tyskland dra av vad som har erlagts i Frankrike. Denna lösning skall enligt kommissionen dock endast tillämpas i andra hand. Enligt dess uppfattning skall domstolen, i avsaknad av en mer långtgående harmonisering på området, endast fastställa att det totala belopp som begärs som enda skäliga ersättning inte överskrider en nivå som gör det möjligt att sända fonogram på skäliga villkor och ta hänsyn till antalet faktiska och potentiella mottagare, utan att övergå till att direkt föreskriva ett avdragssystem.

61. Jag erinrar först och främst om att även om direktiv 92/100 i vissa avseenden inneburit en harmonisering av olika bestämmelser i medlemsstaterna, har det inte ändrat territorialitetsprincipens avgörande roll inom ramen för upphovsrätten och närstående rättigheter, en princip som för övrigt även erkänts i på området gällande internationella bestämmelser. [10]

10 — Se artikel 11 bis i Konventionen för skydd av litterära och konstnärliga verk, som undertecknats i Bern den 9 september 1886 (senast ändrad genom rättsakt utfärdad i Paris den 24 juli 1971). Enligt denna artikel är det "förbehållet unionsländernas lagstiftning [den union som upprättats genom konventionen] att fastställa villkoren för tillämpningen av de [ifrågavarande] rättigheterna. Verkan av sådana villkor skall dock vara strängt begränsad till det land som uppställt dem."

62. Gemenskapsrätten ger således de behöriga myndigheterna i de två berörda medlemsstaterna möjlighet att, med tillämpning av sina nationella bestämmelser, kräva utbetalning av den ersättning som skall betalas till utövande konstnärer och till producenterna av de fonogram som sänds ut till allmänheten från deras territorium.

63. Såsom har framgått ovan föreskrivs det dock i artikel 8.2 i direktivet att det till konstnärerna skall utbetalas en "enda skälig" ersättning. Härav kan man, såsom kommissionen och Lagardère har gjort, dra slutsatsen att när de ovannämnda myndigheterna, var och en med tillämpning av sin nationella lagstiftning, kräver utbetalning av den ersättning som skall betalas till konstnärerna skall de beakta de villkor som uppställs för ersättningen.

64. Det är med andra ord fråga om att kontrollera huruvida och i vilken mån dessa villkor kan få betydelse även i det fall som är av intresse här. Genom att undersöka dem kan uppgifter fås fram som är ändamålsenliga för ett fall som det förevarande, i vilket den berättigade ersättningen skall avgöras med hänvisning till de fonogram som, så att säga, faller under flera nationella myndigheters jurisdiktion.

65. Enligt ordalydelsen i artikel 8.2 betecknas ersättningen enligt min mening, i sig och

i allmänhet, inte så att den sätts i relation till en enda medlemsstat. Jag anser således att de aktuella villkoren kan bedömas även för att beteckna ersättningen i det fall som prövas här.

66. Jag skall därför undersöka dem i detta avseende och preciserar att resonemanget i själva verket endast avser villkoret att ersättningen skall vara "skälig". Enligt min mening är det nämligen uppenbart att villkoret för en "enda" ersättning inte är sådant att några ändamålsenliga uppgifter kan tillhandahållas i förevarande fall, eftersom detta endast innebär att det i den ersättning som utbetalas av användaren av fonogrammet totalt skall tas hänsyn till de rättigheter som tillkommer de olika personerna i fråga (utövande konstnärer och producenter), utan att det dock ens underförstått antyds att betalningen skall ske i en enda medlemsstat. Denna innebörd av det ifrågavarande villkoret är nämligen den enda som är förenlig med syftet med den aktuella bestämmelsen, vari det föreskrivs 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 mellan."

67. Sedan detta fastställts skall jag bedöma huruvida däremot en undersökning av villkoret att ersättningen skall vara skälig kan ge ett svar på den aktuella frågan.

68. I detta avseende erinrar jag först och främst om att begreppet skälig ersättning, såsom jag har påpekat i mitt förslag till avgörande i målet SENA [11] och såsom domstolen har fastställt i domen i detta mål, är ett gemenskapsrättsligt begrepp, förutsatt att det används i ett direktiv utan att det varken direkt eller indirekt hänvisas till nationella lagstiftningar för att tolka det. I dessa fall bör detta begrepp således inom gemenskapen ge anledning till "en självständig och enhetlig tolkning inom hela gemenskapen, vilken skall göras med hänsynstagande till sammanhanget och syftet med föreskrifterna i fråga" [12].

69. I direktivet ges i fråga om det aktuella begreppet varken någon precis definition eller någon direkt eller indirekt upplysning i detta avseende. Slutsatsen skall således dras att syftet med direktivet varit att lämna en vidsträckt frihet att reglera detta i de nationella rättsordningarna, varvid gemenskapslagstiftaren sannolikt varit övertygad om att en mer långtgående harmonisering inte har varit nödvändig eller lämplig på området i fråga. [13] Det är således medlemsstaterna och de nationella domstolarna som

11 — Förslag till avgörande av den 26 september 2002 i det mål som avgjorts genom dom av den 6 februari 2003 i mål C-245/00, SENA (REG 2003, s. I-1251).

12 — Se domen i det ovannämnda målet SENA, punkt 23, och mitt förslag till avgörande i detta mål, punkt 32.

13 — Förslaget till avgörande i det ovannämnda målet SENA, punkterna 34 och 37.

skall fastställa de mest relevanta kriterierna för att säkerställa att detta gemenskapsrättsliga begrepp iakttas.

70. Den frihet som de i detta avseende tillerkänns är dock inte obegränsad utan skall alltid utövas i förhållande till tillämpningen av ett gemenskapsrättsligt begrepp, och således under gemenskapsinstitutionernas kontroll, i synnerhet domstolens kontroll, och med iakttagande av de villkor och begränsningar som uppställs i direktivet, samt mer allmänt av fördragets principer och systematik. [14]

71. Såsom domstolen har preciserat i domen i målet SENA är det särskilt så, eftersom "skäligheten av denna ersättning, som utgör en motprestation till användandet av ett kommersiellt fonogram ... [skall] bedömas med hänsyn tagen till det ekonomiska värdet av detta användande". [15] Dessutom skall de former för att tillämpa direktivet som medlemsstaterna valt "gör[a] det möjligt att uppnå en passande avvägning mellan det intresse som den utövande konstnären och producenten har av att erhålla ersättning för radio- och televisionsutsändning av ett bestämt fonogram och tredje mans intresse av att kunna radio- och televisionsutsända detta fonogram på *skäliga villkor*". [16]

14 — Se det ovannämnda förslaget till avgörande i målet SENA, punkterna 38 och 40, och domen i detta mål, punkt 38.

15 — Domen i det ovannämnda målet SENA, punkt 37.

16 — Domen i det ovannämnda målet SENA, punkt 46 (min kursivering).

72. Enligt min mening skall "skäligheten" av ersättningen under omständigheterna i förevarande fall, under vilka lagstiftningarna i de två medlemsstaterna är tillämpliga utan att gemenskapsrätten säkerställer sådana former för samordning dem emellan som syftar till att undvika dubbla avgifter, säkerställas även i detta avseende, och således därigenom göra så att ett företag för sändningen av ett fonogram i sin helhet inte skall betala ett högre belopp än det ekonomiska värdet för att använda fonogrammet. I annat fall genomförs, såsom kommissionen har påpekat, sändningen inte på "skäliga villkor".

73. Om det således är de berörda medlemsstaterna som skall fastställa vilka bestämmelser som är tillämpliga under de omständigheter som är i fråga, är det dock även riktigt att dessa i vart fall skall garantera att det verkliga kommersiella värdet av användandet av fonogrammet på respektive territorier och, särskilt, såvitt är av intresse här, antalet faktiska och potentiella mottagare som mottar sändningen i de berörda medlemsstaterna vederbörligen beaktats vid fastställandet av det totala belopp som erlagts som "skälig" ersättning.

74. Tillämpningen av detta kriterium kan således även innebära att varje medlemsstat vid behov kan kräva endast de belopp som skall betalas för sändningen av fonogrammet på det egna territoriet. Jag anser dock att

eftersom gemenskapslagstiftaren inte i direktivet har föreskrivit något system för fördelning kan detta inte automatiskt anses följa härav, utan eventuellt av den ovan angivna principbedömningen.

75. Mot bakgrund av det ovanstående föreslår jag därför att domstolen skall besvara den andra frågan så, att när relevanta bestämmelser i två medlemsstater skall tillämpas på sändningen av ett fonogram är ersättningen som skall betalas till de utövande konstnärerna och producenterna av fonogrammet "skälig", i den mening som avses i artikel 8.2 i direktiv 92/100, om det vid fastställandet av dess totala belopp vederbörligen tas hänsyn till det verkliga kommersiella värdet av användandet av fonogrammet i de berörda medlemsstaterna, och särskilt till antalet faktiska och potentiella mottagare i var och en av dessa.

V — Förslag till avgörande

76. Mot bakgrund av ovanstående överväganden föreslår jag att domstolen besvarar frågorna från Cour de Cassation på följande sätt:

"1) I de fall i vilka en del av allmänheten mottar radioprogram som producerats i en medlemsstat med hjälp av en signal som först sänts till en satellit och därefter

från denna till en markbunden sändare belägen i en annan medlemsstat, vilken i sin tur sänder dessa program med långvåg till den förstnämnda staten, är det inte fråga om en "överföring till allmänheten via satellit" i den mening som avses i rådets direktiv 93/83/EEG av den 27 september 1993 om samordning av vissa bestämmelser om upphovsrätt och närstående rättigheter avseende satellitsändningar och vidaresändning via kabel, och gemenskapsrätten utgör därmed inte hinder för att den enda skäliga ersättning som föreskrivs i rådets direktiv 92/100/EEG av den 19 november 1992 om uthyrnings- och utlåningsrättigheter och om vissa upphovsrätten närstående rättigheter inom det immaterialrättsliga området, till de utövande konstnärerna och till producenterna av de fonogram som använts, fastställs på grundval av lagen i den medlemsstat i vilken den markbundna sändaren är belägen.

2) När relevanta bestämmelser i två medlemsstater skall tillämpas på sändningen av ett fonogram är ersättningen som skall betalas till de utövande konstnärerna och till producenterna av fonogrammet "skälig", i den mening som avses i artikel 8.2 i ovannämnda direktiv 92/100/EEG av den 19 november 1992, om det vid fastställandet av dess totala belopp vederbörligen tas hänsyn till det verkliga kommersiella värdet av användandet av fonogrammet i de berörda medlemsstaterna, och särskilt till antalet faktiska och potentiella mottagare i var och en av dessa."