Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
V. TRSTENJAK
fremsat den 29. juni 2011 [1]

Sag C-162/10

Phonographic Performance (Ireland) Ltd
mod
Irland m.fl.

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af High Court (Commercial Division) (Irland))

»Ophavsret og beslægtede rettigheder — direktiv 92/100/EØF og 2006/115/EF — rettigheder, som tilkommer udøvende kunstnere og fonogramfremstillere — artikel 8, stk. 2 — kommunikation til offentligheden — indirekte kommunikation til offentligheden af fonogrammer i forbindelse med udsendelser, der modtages via radio- og fjernsynsapparater i hotelværelser — kommunikation til offentligheden via tilrådighedsstillelse af afspilleapparater og fonogrammer på hotelværelser — bruger — rimeligt vederlag — artikel 10, stk. 1, litra a) — begrænsning af rettighederne — privat brug«

Indhold

I – Indledning ... 3

II – Anvendelig ret ... 4

A – Folkeret ... 4

1. Romkonventionen ... 4

2. WPPT ... 5

B – EU-retten ... 7

1. Direktiv 92/100 ... 7

2. Direktiv 2006/115 ... 9

3. Direktiv 2001/29 ... 10

C – National ret ... 12

1 — Originalsprog: tysk. Processprog: engelsk.

III – Sagens faktiske omstændigheder 13

IV – Retsforhandlingerne ved den nationale ret og de præjudicielle spørgsmål 13

V – Retsforhandlingerne ved Domstolen 14

VI – Indledende bemærkninger 14

VII – Det første og det andet præjudicielle spørgsmål 15

A – Parternes væsentligste argumenter 15

B – Retlig vurdering 18

1. Fortolkningen af begrebet overføring til almenheden i artikel 3, stk. 1, i direktiv 2001/29 . 18

2. Fortolkningen af artikel 8, stk. 2, i direktiv 2006/115 20

a) Selvstændige EU-retlige begreber 20

b) Folkeretlig og EU-retlig kontekst 20

c) Begrebet kommunikation til offentligheden 21

i) Begrebet kommunikation 21

ii) Begrebet offentligheden 22

iii) Konklusion 25

d) Begrebet bruger 25

e) Forpligtelsen til at betale et rimeligt, samlet vederlag 26

i) Betydningen af ordene »eller« og »samlet« 26

ii) Spørgsmålet, om en yderligere betaling er rimelig 27

iii) Medlemsstaternes skøn 28

iv) Virkningen af en radio- eller tv-licens 29

v) Konklusion 29

3. Konklusion 29

VIII – Det tredje præjudicielle spørgsmål 29

A – Parternes væsentligste argumenter 29

B – Retlig vurdering 30

IX – Det fjerde præjudicielle spørgsmål 31

A – Parternes væsentligste argumenter 31

B – Retlig vurdering 32

1. Begrebet kommunikation 32

2. Begrebet offentlighed 33

3. Begrebet bruger 33

4. Konklusion 34

X – Det femte præjudicielle spørgsmål 34

A – Parternes væsentligste argumenter 34

B – Retlig vurdering 34

XI – Forslag til afgørelse 34

I – Indledning

1. Ligesom Gutenbergs opfindelse af bogtrykkerkunsten i sidste ende har ført til en ophavsretlig beskyttelse af skriftlige værker, har Edisons opfindelse af fonografen ikke kun styrket den økonomiske betydning af den ophavsretlige beskyttelse af musikalske værker, men også skabt grobund for indførelsen af beslægtede rettigheder for de udøvende kunstnere og fremstillere af fonogrammer. Når der gøres brug af et fonogram, berører dette ikke kun ophavsmandens ret til det gengivne ophavsretlige værk, men også de udøvende kunstneres og fonogramfremstilleres beslægtede rettigheder.

2. Den foreliggende anmodning om præjudiciel afgørelse fra High Court of Ireland (herefter »den forelæggende ret«) vedrører kravet på rimeligt vederlag i henhold til artikel 8, stk. 2, i 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], henholdsvis Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2006/115/EF af 12. december 2006 om udlejnings- og udlånsrettigheder samt om visse andre ophavsretsbeslægtede rettigheder i forbindelse med intellektuel ejendomsret (kodificeret udgave) [3], som skal betales for kommunikationen til offentligheden af et allerede i kommercielt øjemed offentliggjort fonogram.

3. Den forelæggende ret ønsker for det første oplyst, om et sådan krav også opstår, hvis ejeren af et hotel på hotelværelserne eller ejeren af et pensionat på pensionatsværelserne opstiller fjernsyns- og/eller radioapparater og overfører et tilsvarende sendesignal til disse. Svaret på dette spørgsmål afhænger af, om ejeren i et sådant tilfælde bruger de fonogrammer, der anvendes i radio- og fjernsynsudsendelserne, til en kommunikation til offentligheden.

4. For det andet spørger den forelæggende ret, om en sådan ejer også i det tilfælde, hvor han ikke stiller radio- og fjernsynsapparater, men derimod afspilleapparater og de tilsvarende fonogrammer til rådighed på værelserne, bruger disse fonogrammer til en kommunikation til offentligheden.

2 — EFT L 346, s. 61.

3 — EUT L 376, s. 28.

5. For det tredje ønsker den forelæggende ret at få kendskab til, om en medlemsstat, der i sådanne tilfælde ikke fastsætter noget krav på et rimeligt vederlag, kan påberåbe sig undtagelsen i artikel 10, stk. 1, litra a), i direktiv 92/100, henholdsvis direktiv 2006/115, hvorefter medlemsstaterne kan indføre indskrænkninger i retten til rimeligt vederlag i forbindelse med privat brug.

6. Disse spørgsmål har en nær indholdsmæssig sammenhæng med dommen i sagen SGAE mod Rafael Hoteles [4]. I denne dom fastslog Domstolen først, at der foreligger en overføring til almenheden i den forstand, hvori begrebet er anvendt i artikel 3, stk. 1, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2001/29/EF af 22. maj 2001 om harmonisering af visse aspekter af ophavsret og beslægtede rettigheder i informationssamfundet [5], hvis en hotelejer ved hjælp af fjernsynsapparater, der er opstillet på hotelværelserne, tilfører et signal, og dette uanset hvilken teknik der anvendes for transmissionen af signalet. Domstolen fastslog endvidere, at hotelværelsers private karakter ikke er til hinder for, at der er tale om overføring til almenheden. I den foreliggende sag opstår navnlig det spørgsmål, om denne retspraksis, der er blevet udviklet med henblik på overføringen til almenheden af ophavsretligt beskyttede værker i henhold til artikel 3, stk. 1, i direktiv 2001/29, kan overføres til begrebet kommunikation til offentligheden i henhold til artikel 8, stk. 2, i direktiv 92/100, henholdsvis direktiv 2006/115, der vedrører de udøvende kunstneres og fonogramfremstilleres beslægtede rettigheder.

7. Derudover har den foreliggende retssag en nær sammenhæng med sag C-135/10, SCF Consorzio Fonografici, med hensyn til hvilken jeg fremsætter mit forslag til afgørelse samme dag, som i den foreliggende sag. I sagen SCF Consorzio Fonografici er spørgsmålet navnlig, om en tandlæge, der via et i sin praksis opstillet radioapparat gør radioudsendelser hørbare for sine patienter i sin praksis, skal betale et rimeligt vederlag i henhold til artikel 8, stk. 2, i direktiv 92/100, henholdsvis direktiv 2006/115, fordi han indirekte kommunikerer de i forbindelse med radioprogrammerne anvendte fonogrammer til offentligheden.

II – Anvendelig ret

A – *Folkeret*

1. Romkonventionen

8. Artikel 12 i Romkonventionen af 26. oktober 1961 om beskyttelse af udøvende kunstnere, fremstillere af fonogrammer samt radio- og fjernsynsforetagender (herefter »Romkonventionen«) [6] fastsætter følgende:

»Hvis et fonogram, som er udgivet i kommercielt øjemed, eller en reproduktion af et sådant fonogram anvendes direkte til en radio- eller fjernsynsudsendelse eller ved andre offentlige fremførelser, skal den, som anvender fonogrammet, betale et rimeligt, samlet vederlag til de udøvende kunstnere eller til fremstillere af fonogrammer eller til begge grupper. Den nationale lovgivning kan i mangel af enighed herom mellem parterne fastsætte vilkårene for fordelingen af dette vederlag.«

4 — Dom af 7.12.2006, sag C-306/05, Sml. 2006, I, s. 15519.

5 — EFT L 167, s. 10.

6 — Gengivelse i henhold til det tyske *Bundesgesetzblatt*, 1965 II, s. 1245.

9. Romkonventionens artikel 15, stk. 1, litra a), bestemmer:

»1. En kontraherende stat kan i sin lovgivning fastsætte undtagelser fra den ifølge konventionen sikrede beskyttelse for så vidt angår:

a) privat brug«

10. Romkonventionens artikel 16, stk. 1, litra a), har følgende ordlyd:

»1. Enhver stat, som tilslutter sig konventionen, er bundet af alle de forpligtelser og nyder alle de fordele, som er fastsat i denne. Dog kan en stat når som helst ved notifikation, der deponeres hos De forenede Nationers generalsekretær, erklære

a) for så vidt angår artikel 12

(i) at den ikke vil anvende bestemmelserne i denne artikel

(ii) at den ikke vil anvende bestemmelserne i denne artikel for så vidt angår visse anvendelsesmåder

(iii) at den ikke vil anvende bestemmelserne i denne artikel for så vidt angår fonogrammer, hvis fremstiller ikke er statsborger i en anden kontraherende stat

(iv) at den, for så vidt angår fonogrammer, hvis fremstiller er statsborger i en anden kontraherende stat, vil begrænse den i nævnte artikel fastsatte beskyttelse til det omfang og den varighed, som denne stat yder beskyttelse af fonogrammer, som først er optaget af en statsborger i den stat, som fremsætter erklæringen. Dog skal det forhold, at den kontraherende stat, hvori fremstilleren er statsborger, ikke yder beskyttelse til samme gruppe eller samme gruppe som den stat, der afgiver erklæring, ikke anses for en forskel i omfanget af beskyttelsen.

[…]«

11. Irland er kontraherende part i Romkonventionen, men har afgivet en erklæring i henhold til artikel 16, stk. 1, litra a), nr. ii).

12. EU er ikke kontraherende part i Romkonventionen. Det er kun stater, der kan tiltræde denne.

2. WPPT

13. WIPO-traktaten om fremførelser og fonogrammer (herefter »WPPT«) af 20. september 1996[7] indeholder folkeretlige regler om de beslægtede rettigheder, der går videre end Romkonventionen.

7 — Jf. Rådets afgørelse 2000/278/EF af 16.3.2000 om godkendelse på Det Europæiske Fællesskabs vegne af WIPO-traktaten om ophavsret og WIPO-traktaten om udøvende kunstnere og fonogrammer – WIPO-traktaten om ophavsret (WCT) – WIPO-traktaten om udøvende kunstnere og fonogrammer (WPPT), EFT L 89, s. 6.

14. WPPT's artikel 1 er affattet således:

»Forbindelsen med andre konventioner

(1) Denne traktat ændrer intet ved de gældende forpligtelser, som de kontraherende parter indbyrdes har indgået under den internationale konvention om beskyttelse af udøvende kunstnere, fremstillere af fonogrammer samt radio- og fjernsynsforetagender, der blev vedtaget i Rom den 26. oktober 1961 (i det følgende benævnt »Romkonventionen«).

(2) Den i nærværende traktat omhandlede beskyttelse begrænser eller påvirker på ingen måde beskyttelsen af ophavsretten til litterære og kunstneriske værker. Ingen bestemmelse i denne traktat kan derfor fortolkes som en indskrænkning af en sådan beskyttelse.

(3) Denne traktat har ingen forbindelse med og indskrænker ingen rettigheder eller forpligtelser ifølge andre traktater.«

15. WPPT's artikel 2, der regulerer definitioner, bestemmer følgende i litra f) og g):

»I denne traktat forstås ved:

f) »radio- eller fjernsynsudsendelse«: en for almenheden bestemt udsendelse ved hjælp af radiobølger af lyd eller af billede og lyd eller af udtryk herfor i en anden form; […]

g) »overføring til almenheden« af en fremførelse eller et fonogram: offentlig udsendelse ved hjælp af ethvert andet medium end radio og fjernsyn af lyden fra en fremførelse eller af den lyd eller lyd udtrykt i en anden form, der er optaget på et fonogram; i forbindelse med artikel 15 forstås ved »overføring til almenheden« også det forhold, at den lyd eller lyd udtrykt i en anden form, der er optaget på et fonogram, gøres hørbar for offentligheden.«

16. I WPPT's kapitel 2 findes de udøvende kunstneres rettigheder, i kapitel 3 rettighederne for fremstillere af fonogrammer. WPPT's kapitel 4 indeholder fælles bestemmelser for udøvende kunstnere og fremstillere af fonogrammer. WPPT's artikel 15, der er reguleret i dette kapitel, vedrører retten til vederlag for radio- og fjernsynsudsendelse og anden overføring til almenheden og bestemmer:

»(1) Udøvende kunstnere og fremstillere af fonogrammer har ret til et enkelt rimeligt vederlag for direkte eller indirekte brug af et i kommercielt øjemed udgivet fonogram til radio- eller fjernsynsudsendelse eller anden overføring til almenheden.

(2) De kontraherende parter kan i deres nationale lovgivning fastsætte, at kravet om det enkelte rimelige vederlag fra brugeren skal fremsættes af den udøvende kunstner, af fremstilleren af fonogrammet eller af begge. De kontraherende parter kan fastsætte nationale retsforskrifter om, hvorledes den udøvende kunstner og fremstilleren af fonogrammet skal dele det enkelte rimelige vederlag, hvis der ikke mellem den udøvende kunstner og fremstilleren af fonogrammet er indgået aftale herom.

(3) Enhver kontraherende part kan ved en meddelelse, der deponeres hos WIPO's generaldirektør, erklære, at den kun vil lade bestemmelserne i stk. 1 finde anvendelse på bestemte former for brug, eller at den vil begrænse deres anvendelse på en anden måde, eller at den slet ikke vil anvende nævnte bestemmelser.

(4) Fonogrammer, der ved trådoverføring eller trådløst er gjort tilgængelige for almenheden på en sådan måde, at den enkelte kan få adgang hertil fra et sted og på et tidspunkt, som vedkommende selv kan vælge, anses i forbindelse med denne artikel for at være udgivet i kommercielt øjemed.«

17. WPPT's artikel 16, der har overskriften »Begrænsninger og undtagelser«, bestemmer følgende:

»(1) De kontraherende parter kan med hensyn til beskyttelsen af udøvende kunstnere og fremstillere af fonogrammer i deres nationale lovgivning fastsætte samme form for begrænsninger og undtagelser, som de i deres nationale lovgivning fastsætter vedrørende beskyttelsen af ophavsretten til litterære og kunstneriske værker.

(2) De kontraherende parter indskrænker eventuelle begrænsninger af eller undtagelser fra de i denne traktat indrømmede rettigheder til visse særlige tilfælde, som ikke hindrer en normal udnyttelse af fremførelsen eller fonogrammet, og som ikke på urimelig måde skader den udøvende kunstners eller fremstillerens legitime interesser.«

18. Irland og EU er kontraherende parter i WPPT. Hverken Irland eller EU har afgivet en erklæring i henhold til WPPT's artikel 15, stk. 3.

B – *EU-retten* [8]

1. Direktiv 92/100

19. 5., 7.-10., 15.-17. og 20. betragtning til direktiv 92/100 lyder som følger:

»(5) Rimelig beskyttelse af ophavsretligt beskyttede værker og frembringelser beskyttet af ophavsretsbeslægtede rettigheder i form af udlejnings- og udlånsrettigheder samt beskyttelse af frembringelser i form af optagelses-, reproduktions- og udsendelsesrettigheder samt rettigheder til offentlig gengivelse kan derfor anses at være af afgørende betydning for den økonomiske og kulturelle udvikling inden for Fællesskabet.

[…]

(7) Det er nødvendigt, at ophavsmænd og udøvende kunstnere sikres et rimeligt vederlag for vedvarende at kunne hellige sig deres skabende og kunstneriske virksomhed, og de nødvendige investeringer til navnlig fremstilling af fonogrammer og film er særdeles store og risikobehæftede; muligheden for at sikre et rimeligt vederlag og at dække disse investeringer kan kun sikres effektivt, hvis de berørte rettighedshavere har en rimelig retsbeskyttelse. Muligheden for at sikre et rimeligt vederlag og dække disse investeringer kan kun sikres effektivt, hvis de berørte rettighedshavere har en rimelig retsbeskyttelse.

(8) Sådanne kreative, kunstneriske og igangsættende aktiviteter udøves i vidt omfang som selvstændig virksomhed, der bør fremmes ved tilvejebringelse af en harmoniseret retlig beskyttelse inden for Fællesskabet.

(9) I det omfang disse aktiviteter i hovedsagen består i tjenesteydelser, bør udvekslingen heraf ligeledes fremmes ved etablering af harmoniserede retsforskrifter inden for Fællesskabet.

(10) Medlemsstaternes lovgivning bør tilnærmes indbyrdes under overholdelse af internationale konventioner, der danner basis for mange medlemsstaters lovgivning om ophavsret og hermed beslægtede rettigheder.

[…]

8 — I overensstemmelse med de i TEU og TEUF anvendte betegnelser anvendes begrebet »EU-ret« som fællesbegreb for fællesskabsretten og EU-retten. For så vidt som det i det følgende drejer sig om enkelte primærretlige bestemmelser, anføres de bestemmelser, som finder tidsmæssig anvendelse.

(15) Det er nødvendigt at indføre en ordning, som sikrer, at ophavsmænd og udøvende kunstnere oppebærer et rimeligt vederlag, som der ikke kan gives afkald på; de skal bevare muligheden for at overlade administrationen af denne ret til rettighedshaverorganisationer, der repræsenterer dem.

(16) Det rimelige vederlag kan erlægges i form af en eller flere betalinger i forbindelse med aftalens indgåelse eller på hvilket som helst tidspunkt derefter.

(17) Ved fastsættelsen af dette rimelige vederlag tages der hensyn til, i hvor høj grad de pågældende ophavsmænd og udøvende kunstnere har bidraget til fonogrammet eller filmen.

[…]

(20) Medlemsstaterne kan fastsætte bestemmelser om en mere vidtgående beskyttelse af indehavere af ophavsretsbeslægtede rettigheder end dem, der er fastsat i dette direktivs artikel 8.«

20. Artikel 8 i direktiv 92/100 har overskriften »Radio- og fjernsynsudsendelse og kommunikation til offentligheden«. Artikel 8 bestemmer:

»1. Medlemsstaterne tillægger udøvende kunstnere eneret til at tillade eller forbyde udsendelse ved hjælp af radiobølger og kommunikation til offentligheden af deres fremførelser, medmindre fremførelsen i sig selv sker ved en radio- eller fjernsynsudsendelse eller på grundlag af en optagelse.

2. 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.

3. Medlemsstaterne tillægger radio- og fjernsynsselskaber eneret til at tillade eller forbyde viderespredning af deres udsendelser ved hjælp af radiobølger samt kommunikation til offentligheden af deres udsendelser, hvis denne foretages på steder, hvortil der er offentlig adgang mod betaling af entré.«

21. Artikel 10 i direktiv 92/100 bestemmer:

»Indskrænkning i rettighederne

1. Medlemsstaterne kan indføre indskrænkninger i de i kapitel II nævnte rettigheder i forbindelse med:

a) privat brug

[…]

2. Uanset stk. 1 kan medlemsstaterne for så vidt angår beskyttelsen af udøvende kunstnere, fremstillere af fonogrammer, radio- og fjernsynsselskaber og producenter af den første optagelse af film indføre lignende indskrænkninger som dem, de indfører med hensyn til beskyttelsen af ophavsretten til litterære og kunstneriske værker. Tvangslicens kan dog kun meddeles i det omfang, det er foreneligt med Romkonventionen.

3. Stk. 1, litra a), er ikke til hinder for, at nugældende eller senere lovgivning tillægger rettighedshavere krav på vederlag for reproduktion til privat brug.«

2. Direktiv 2006/115

22. Direktiv 92/100 er blevet konsolideret i direktiv 2006/115. 3., 5.-7., 12., 13., og 16. betragtning til direktiv 2006/15 har følgende ordlyd:

»(3) Rimelig beskyttelse af ophavsretligt beskyttede værker og frembringelser beskyttet af ophavsretsbeslægtede rettigheder i form af udlejnings- og udlånsrettigheder samt beskyttelse af frembringelser i form af optagelses- og udsendelsesrettigheder samt rettigheder til offentlig gengivelse kan derfor anses at være af afgørende betydning for den økonomiske og kulturelle udvikling inden for Fællesskabet.

[…]

(5) Det er nødvendigt, at ophavsmænd og udøvende kunstnere sikres et rimeligt vederlag, for vedvarende at kunne hellige sig deres skabende og kunstneriske virksomhed, og de nødvendige investeringer til navnlig fremstilling af fonogrammer og film er særdeles store og risikobehæftede. Muligheden for at sikre et rimeligt vederlag og at dække disse investeringer kan kun sikres effektivt, hvis de berørte rettighedshavere har en rimelig retsbeskyttelse.

(6) Sådanne kreative, kunstneriske og igangsættende aktiviteter udøves i vidt omfang som selvstændig virksomhed. Udøvelsen af sådanne aktiviteter bør fremmes ved tilvejebringelse af en harmoniseret retlig beskyttelse inden for Fællesskabet. I det omfang disse aktiviteter i hovedsagen består i tjenesteydelser, bør udvekslingen heraf ligeledes fremmes ved en harmoniseret retlig ramme i Fællesskabet.

(7) Medlemsstaternes lovgivning bør tilnærmes indbyrdes under overholdelse af internationale konventioner, der danner basis for mange medlemsstaters lovgivning om ophavsret og hermed beslægtede rettigheder.

[…]

(12) Det er nødvendigt at indføre en ordning, som sikrer, at ophavsmænd og udøvende kunstnere oppebærer et rimeligt vederlag, som der ikke kan gives afkald på, og de skal fortsat kunne overlade administrationen af denne ret til rettighedsorganisationer, der repræsenterer dem.

(13) Det rimelige vederlag kan erlægges i form af en eller flere betalinger i forbindelse med aftalens indgåelse eller på hvilket som helst tidspunkt derefter. Der bør tages hensyn til, i hvor høj grad de pågældende ophavsmænd og udøvende kunstnere har bidraget til fonogrammet eller filmen.

[…]

(16) Medlemsstaterne bør have mulighed for at fastsætte bestemmelser om en mere vidtgående beskyttelse af indehavere af ophavsretsbeslægtede rettigheder end den, der forlanges i henhold til dette direktivs bestemmelser i relation til radio- og fjernsynsudsendelse og kommunikation til offentligheden.«

23. Direktivets kapitel 2 regulerer ophavsretsbeslægtede rettigheder. Direktivets artikel 8, der vedrører radio- og fjernsynsudsendelse og kommunikation til offentligheden, bestemmer:

»1. Medlemsstaterne tillægger udøvende kunstnere eneret til at tillade eller forbyde udsendelse ved hjælp af radiobølger og kommunikation til offentligheden af deres fremførelser, medmindre fremførelsen i sig selv sker ved en radio- eller fjernsynsudsendelse eller på grundlag af en optagelse.

2. 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.

3. Medlemsstaterne tillægger radio- og fjernsynsselskaber eneret til at tillade eller forbyde viderespredning af deres udsendelser ved hjælp af radiobølger samt kommunikation til offentligheden af deres udsendelser, hvis denne foretages på steder, hvortil der er offentlig adgang mod betaling af entré.«

24. Direktivets artikel 10 har overskriften »Indskrænkning i rettighederne« og lyder som følger:

»1. Medlemsstaterne kan indføre indskrænkninger i de i dette kapitel nævnte rettigheder i forbindelse med:

a) privat brug

[…]

2. Uanset stk. 1 kan medlemsstaterne for så vidt angår beskyttelsen af udøvende kunstnere, fremstillere af fonogrammer, radio- og fjernsynsselskaber og producenter af den første optagelse af film indføre lignende indskrænkninger som dem, de indfører med hensyn til beskyttelsen af ophavsretten til litterære og kunstneriske værker.

Tvangslicens kan dog kun meddeles i det omfang, det er foreneligt med Romkonventionen.

3. Indskrænkningerne som omhandlet i stk. 1 og 2 anvendes kun i visse specielle tilfælde, der ikke strider mod den normale udnyttelse af frembringelsen og ikke indebærer urimelig skade for rettighedshavernes legitime interesser.«

25. Direktivets artikel 14 har overskriften »Ophævelse« og bestemmer:

»Direktiv 92/100/EØF ophæves, uden at dette berører medlemsstaternes forpligtelser med hensyn til de i bilag I, del B, angivne frister for gennemførelse i national ret af direktiverne.

Henvisninger til det ophævede direktiv gælder som henvisninger til nærværende direktiv og læses efter sammenligningstabellen i bilag II.«

3. Direktiv 2001/29

26. 9.-12., 15., 23., 24. og 27. betragtning til direktiv 2001/29 lyder som følger:

»(9) Udgangspunktet for en harmonisering af ophavsret og beslægtede rettigheder bør være et højt beskyttelsesniveau, da sådanne rettigheder er af afgørende betydning for den intellektuelle skabelsesproces. En sådan beskyttelse bidrager til at bevare og udvikle kreativiteten til gavn for ophavsmænd, kunstnere, producenter, forbrugere, kulturen, industrien og almenheden generelt. Intellektuel ejendomsret er derfor blevet anerkendt som en integrerende del af ejendomsretten.

(10) Hvis ophavsmænd og kunstnere skal kunne fortsætte deres kreative og kunstneriske arbejde, er det nødvendigt, at de modtager et passende vederlag for anvendelsen af deres værker, og det samme gælder producenterne, der skal kunne finansiere dette arbejde. De investeringer, der er

nødvendige for at fremstille varer som f.eks. fonogrammer, film eller multimedieprodukter og tjenesteydelser som f.eks. bestillingstjenester, er meget betydelige. En passende retlig beskyttelse af intellektuelle ejendomsrettigheder er nødvendig for at sikre et sådant vederlag og muliggøre et tilfredsstillende afkast af investeringerne.

(11) En effektiv og rigoristisk beskyttelsesordning for ophavsret og beslægtede rettigheder er et af de vigtigste redskaber til at sikre de nødvendige ressourcer til skabelsesprocessen og kulturproduktion i Europa og navnlig garantere skabende og udøvende kunstneres uafhængighed og værdighed.

(12) Passende beskyttelse af ophavsret og beslægtede rettigheder er ligeledes af stor betydning set ud fra et kulturelt synspunkt. Ifølge traktatens artikel 151 skal Fællesskabet tage hensyn til de kulturelle aspekter i sin indsats.

[…]

(15) Den diplomatiske konference, der blev afholdt inden for rammerne af Verdensorganisationen for Intellektuel Ejendomsret (WIPO) i december 1996, førte til vedtagelsen af to nye traktater, nemlig WIPO-traktaten om ophavsret og WIPO-traktaten om fremførelser og fonogrammer, der vedrører henholdsvis beskyttelse af ophavsmænd og beskyttelse af udøvende kunstnere og fremstillere af fonogrammer. Disse traktater ajourfører i væsentligt omfang den internationale beskyttelse af ophavsret og beslægtede rettigheder, herunder den såkaldte digitale agenda, og forbedrer mulighederne for internationalt at bekæmpe piratvirksomhed. Fællesskabet og de fleste medlemsstater har allerede undertegnet traktaterne, og forberedelserne til Fællesskabets og medlemsstaternes ratifikation af traktaterne er i gang. Dette direktiv tjener ligeledes til at gennemføre et vist antal af disse nye internationale forpligtelser.

[…]

(23) Dette direktiv bør medføre en yderligere harmonisering af ophavsmænds ret til overføring til almenheden. Denne ret skal opfattes bredt som omfattende enhver overføring til den del af almenheden, som ikke befinder sig på det sted, hvorfra overføringen finder sted. Denne ret omfatter enhver sådan form for trådbunden eller trådløs transmission eller retransmission af et værk til almenheden, herunder udsendelse i radio og fjernsyn. Denne ret bør dog ikke omfatte andre handlinger.

(24) Retten til at stille de frembringelser, som omhandles i artikel 3, stk. 2, til rådighed for almenheden skal opfattes som omfattende enhver tilrådighedsstillelse af sådanne frembringelser for den del af almenheden, som ikke befinder sig på det sted, hvor frembringelserne stilles til rådighed, og som ikke omfattende andre handlinger.

[…]

(27) Den blotte tilrådighedsstillelse af fysiske faciliteter, der muliggør eller bevirker overføring, udgør dog ikke i sig selv overføring i henhold til dette direktiv.«

27. Artikel 3, stk. 1 og 2, i direktiv 2001/29 lyder som følger:

»1. Medlemsstaterne tillægger ophavsmænd eneret til at tillade eller forbyde trådbunden eller trådløs overføring til almenheden af deres værker, herunder tilrådighedsstillelse af deres værker på en sådan måde, at almenheden får adgang til dem på et individuelt valgt sted og tidspunkt.

2. Medlemsstaterne indfører en eneret til at tillade og forbyde trådbunden eller trådløs tilrådighedsstillelse for almenheden på en sådan måde, at almenheden får adgang til de pågældende værker på et individuelt valgt sted og tidspunkt:

a) for udøvende kunstnere for så vidt angår optagelser af deres fremførelser

b) for fremstillere af fonogrammer for så vidt angår deres fonogrammer

[…]

d) for radio- og fjernsynsforetagender for så vidt angår optagelser af deres udsendelser, hvad enten der er tale om trådbunden eller trådløs transmission, herunder via kabel eller satellit.«

C – *National ret*

28. De relevante bestemmelser i national ret er fastsat i *Copyright and Related Rights Act 2000 – 2007* (herefter »loven af 2000«).

29. Den anden del af loven af 2000 har overskriften »Ophavsret«.

30. Med hensyn til fonogrammer fastlægger loven af 2000 i section 17(2)(b), at fonogrammer er beskyttet ved ophavsret. I henhold til section 21(a) og section 23(1) er fremstilleren af en lydoptagelse ophavsmanden og i overensstemmelse hermed den første indehaver af ophavsretten til en lydoptagelse.

31. Fjerde kapitel i loven af 2000 har overskriften »Indehaveren af ophavsrettighedernes rettigheder«.

32. I henhold til section 37(1)(b) i dette kapitel har indehaveren af en ophavsret (herunder fremstilleren af en lydoptagelse) eneretten til »at stille værket til rådighed for almenheden«. En fonogramfremstiller har således til dels en stærkere retsstilling efter irsk ret end efter direktiv 92/100, henholdsvis direktiv 2006/115.

33. Section 37(2) i loven af 2000 bestemmer, at ophavsretten til et værk er krænket, hvis en person uden licens fra indehaveren af ophavsretten udfører eller bemyndiger en anden til at udføre en hvilken som helst af de handlinger, der er begrænset ved ophavsretten.

34. Section 38 i loven af 2000 giver imidlertid mulighed for ved licens at give ret til at afspille lydoptagelser offentligt og anvende dem i en radio- eller fjernsynsudsendelse eller en kabeltjeneste. Herefter kan en person gøre dette, såfremt vedkommende indvilger i at betale et rimeligt beløb for denne afspilning eller anvendelse i en radio- eller fjernsynsudsendelse eller en kabeltjeneste, og såfremt de yderligere krav i section 38 i loven af 2000 er opfyldt.

35. Kapitel 6 i loven af 2000 regulerer, hvilke handlinger der er tilladte med hensyn til ophavsretligt beskyttede værker.

36. Section 97 i dette kapitel lyder således:

»1) Med forbehold af subsection (2) udgør det ikke krænkelse af ophavsretten til en lydoptagelse, en radio- eller fjernsynsudsendelse eller et kabelprogram at bevirke, at en lydoptagelse, en radio- eller fjernsynsudsendelse eller et kabelprogram høres eller ses, hvor de høres eller ses

a) i en del af bygninger, hvor der stilles indlogering til rådighed til beboere, patienter eller indsatte

b) som en del af de faciliteter, som stilles til rådighed udelukkende eller hovedsagelig til beboere, patienter eller indsatte.

2) Subsection (1) finder ikke anvendelse på de dele af bygninger, som denne section omfatter, såfremt der opkræves særskilt indgangsbetaling til de dele af bygninger, hvor en lydoptagelse, en radio- eller fjernsynsudsendelse eller et kabelprogram skal høres eller ses.«

37. Den tredje del i loven af 2000 vedrører de udøvende kunstneres rettigheder. Section 246 i loven af 2000, der er reguleret i denne del, indeholder en lignende undtagelsesbestemmelse med hensyn til de udøvende kunstnere.

38. For ophavsmænd til litterære, kunstneriske, dramatiske eller musikalske værker i henhold til direktiv 2001/29 er der ingen undtagelsesbestemmelse, der svarer til section 97 og section 246.

III – Sagens faktiske omstændigheder

39. Sagsøgeren i hovedsagen er en rettighedshaverorganisation. Organisationens medlemmer er fonogramfremstillere, der er indehavere af beslægtede rettigheder til fonogrammer. Sagsøgeren gør på medlemmernes vegne de rettigheder gældende, der følger af kommunikationen til offentligheden af deres fonogrammer.

40. Sagsøgte i hovedsagen er Irland.

41. Sagsøgeren i hovedsagen er af den opfattelse, at Irland ikke har gennemført direktiv 92/100 og direktiv 2006/115 rigtigt. Section 97(1) i loven af 2000 er ikke forenelig med artikel 8, stk. 2, i direktiv 92/100, henholdsvis direktiv 2006/115, for så vidt som denne bestemmelse fastsætter, at der ikke kan gøres krav på et rimeligt vederlag for kommunikationen af fonogrammer, der foretages i hotel- og pensionatsværelser på irske hoteller og pensionater, som en del af disses tjenesteydelser via radio-, fjernsynsapparater og lydanlæg.

42. Sagsøgeren i hovedsagen har anlagt sag mod Irland, idet organisationen for det første har nedlagt påstand om, at det fastslås, at Irland ved vedtagelsen af section 97(1) i loven af 2000 har tilsidesat sine forpligtelser til gennemførelsen af artikel 8, stk. 2, i direktiv 92/100, henholdsvis direktiv 2006/115, og artikel 10 EF. For det andet har sagsøgeren nedlagt påstand om erstatning for den skade, organisationen har lidt som følge denne tilsidesættelse.

IV – Retsforhandlingerne ved den nationale ret og de præjudicielle spørgsmål

43. Den forelæggende ret er i tvivl om, hvorvidt den i henhold til section 97(1)(a) og section 246 i loven af 2000 gældende undtagelse fra forpligtelsen til at betale et rimeligt vederlag er forenelig med artikel 8, stk. 2, i direktiv 92/100, henholdsvis direktiv 2006/115, for så vidt som den fritager kommunikation af fonogrammer, radio- eller fjernsynsudsendelser eller kabelprogrammer i hotel- eller pensionatsværelser fra forpligtelsen til at betale et rimeligt vederlag. På denne baggrund har den forelæggende ret stillet Domstolen følgende spørgsmål i sin anmodning om præjudiciel afgørelse:

»1) Er en hotelejer, som i hotelværelser opstiller fjernsyns- og/eller radioapparater, hvortil denne overfører et radio-/fjernsynssignal, en »bruger«, som foretager »kommunikation til offentligheden« af et fonogram, der kan afspilles i en radio-/fjernsynsudsendelse som omhandlet i artikel 8, stk. 2, i direktiv 2006/115?

2) Hvis spørgsmål 1 besvares bekræftende, medfører artikel 8, stk. 2, i direktiv 2006/115 da, at medlemsstaterne har pligt til at […] [fastsætte et krav på betaling af] et rimeligt vederlag fra hotelejeren ud over det rimelige vederlag fra radio-/fjernsynsvirksomheden for afspilningen af fonogrammet?

3) Hvis spørgsmål 1 besvares bekræftende, giver artikel 10 i direktiv 2006/115 da medlemsstaterne mulighed for at undtage hotelejere fra forpligtelsen til at betale »et rimeligt, samlet vederlag« med den begrundelse, at der er tale om »privat brug« som omhandlet i artikel 10, stk. 1, litra a)?

4) Er en hotelejer, som i et hotelværelse stiller apparater (bortset fra fjernsyn og radio) og fonogrammer i fysisk eller digital form til rådighed, som kan afspilles eller høres ved hjælp af disse apparater, en »bruger«, som foretager »kommunikation til offentligheden« af fonogrammerne i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 8, stk. 2, i direktiv 2006/115?

5) Hvis spørgsmål 4 besvares bekræftende, giver artikel 10 i direktiv 2006/115 da medlemsstaterne mulighed for at undtage hotelejere fra forpligtelsen til at betale »et rimeligt, samlet vederlag« med den begrundelse, at der er tale om »privat brug« som omhandlet i artikel 10, stk. 1, litra a)?«

44. I henhold til den forelæggende rets oplysninger vedrører sagen ikke de offentligt tilgængelige områder på hoteller og pensionater, men alene hotel- eller pensionatsværelserne. Sagen vedrører heller ingen interaktive transmissioner eller transmissioner *on demand*.

V – Retsforhandlingerne ved Domstolen

45. Den præjudicielle anmodning blev registreret på Domstolens Justitskontor den 7. april 2010.

46. Under den skriftlige forhandling har sagsøgeren i hovedsagen, Irland og den græske regering samt Kommissionen afgivet indlæg.

47. Under den fælles mundtlige forhandling, der blev afholdt for den foreliggende retssag og sagen SCF Consorzio Fonografici, og som fandt sted den 7. april 2011, deltog repræsentanter for sagsøgeren i hovedsagen, for SFC, for Marco Del Corso, for den italienske, den græske og den franske regering samt for Irland og Kommissionen.

VI – Indledende bemærkninger

48. I hovedsagen har sagsøgeren gjort et erstatningskrav gældende, der er støttet på, at Irland hæfter for en tilsidesættelse af EU-retten. I henhold til Domstolens praksis er der principielt fastsat et sådant EU-retligt krav, hvis der foreligger en tilstrækkeligt kvalificeret og tungtvejende tilsidesættelse af en EU-retlig bestemmelse, der har til formål at tillægge borgerne rettigheder, og der derved ved en direkte årsagsforbindelse er opstået en skade [9]. Den forelæggende ret har i sine præjudicielle spørgsmål bevidst indskrænket sig til spørgsmålet, om Irland har tilsidesat sine forpligtelser til gennemførelse af artikel 8, stk. 2, i direktiv 92/100, henholdsvis direktiv 2006/115. Hvis retten som følge af de nedenstående retningslinjer for fortolkningen af disse bestemmelser besvarer dette spørgsmål bekræftende, skal det for så vidt den ønsker at støtte sig på det ved EU-retten fastsatte princip om, at staten er ansvarlig for tab, endvidere undersøges, om også de yderligere betingelser herfor foreligger.

9 — Dom af 19.11.1991, forenede sager C-6/90 og C-9/90, Francovich m.fl., Sml. I, s. 5357, præmis 35, af 5.3.1996, forenede sager C-46/93 og C-48/93, Brasserie du pêcheur og Factortame, Sml. I, s. 1029, præmis 31, af 9.12.2010, sag C-568/08, Combinatie Spijker Infrabouw mod De Jonge Konstruktie m.fl., Sml. I, s. 12655, præmis 87.

49. Jeg vil endvidere henvise til, at jeg i det følgende med henblik på forenkling kun vil henvise til direktiv 2006/115. Spørgsmålet, om der foreligger en tilsidesættelse af EU-retten, vedrører ganske vist både artikel 8, stk. 2, i direktiv 92/100 og artikel 8, stk. 2, i direktiv 2006/115. Direktiv 2006/115 er imidlertid alene en kodificeret affattelse af direktiv 92/100, hvilket betyder, at artikel 8, stk. 2, er identisk i de to direktiver. Derfor vil jeg i det følgende alene henvise til artikel 8, stk. 2, i direktiv 2006/115, idet det anførte gælder tilsvarende for artikel 8, stk. 2, i direktiv 92/100. I det følgende vil jeg også med henblik på forenkling kun henvise til hotelejere, idet det anførte også gælder tilsvarende for ejere af pensionater.

VII – Det første og det andet præjudicielle spørgsmål

50. Med de første to spørgsmål ønsker den forelæggende ret oplyst, om artikel 8, stk. 2, i direktiv 2006/115 skal fortolkes således, at en hotelejer, der opstiller fjernsyns- og/eller radioapparater i hotelværelserne og overfører et sendesignal til disse, skal betale et rimeligt vederlag for den indirekte kommunikation af de fonogrammer, der anvendes i udsendelserne.

51. Artikel 8, stk. 2, i direktiv 2006/115 fastsætter, at der skal betales et rimeligt vederlag i tilfælde af, at der anvendes et fonogram, der er udgivet i kommercielt øjemed, eller en reproduktion af et sådant fonogram til udsendelse ved hjælp af radiobølger eller til kommunikation til offentligheden. I det følgende vil jeg med henblik på forenkling kun behandle det tilfælde, hvor der er tale om fonogrammer, der er udgivet i kommercielt øjemed, idet det anførte også gælder tilsvarende for en reproduktion af et sådant fonogram.

52. Dernæst ønsker den forelæggende ret oplyst, om hotelejeren i et tilfælde som det foreliggende foretager »kommunikation til offentligheden« i henhold til denne bestemmelse, og om han er »bruger« i henhold til denne. Endvidere ønsker retten oplyst, om der også kan bestå en sådan forpligtelse, hvis fjernsyns- eller radiovirksomheden allerede har betalt et rimeligt vederlag for, at den anvender fonogrammerne i sine udsendelser.

A – *Parternes væsentligste argumenter*

53. Efter *sagsøgeren i hovedsagen* og *den franske regerings* opfattelse skal artikel 8, stk. 2, i direktiv 2006/115 fortolkes således, at hotelejeren i et tilfælde som det foreliggende er forpligtet til at betale et rimeligt vederlag.

54. For det første foreligger der en kommunikation til offentligheden i henhold til artikel 8, stk. 2, i direktiv 2006/115. Dette begreb er et selvstændigt EU-retligt begreb, der skal fortolkes ligesom begrebet overføring til almenheden i direktiv 2001/29. Herfor taler, at der er brugt den samme ordlyd i begge bestemmelser. [O.a.: Det bemærkes, at ordlyden ikke er den samme i de danske versioner af direktiverne.] Den omstændighed, at der er forskel i beskyttelsesniveauet for ophavsrettigheder og beslægtede rettigheder, taler ikke imod en ensartet fortolkning af begrebet kommunikation til offentligheden. I henhold til formålene skal ikke blot ophavsmanden, men også de udøvende kunstnere og fonogramfremstillere have en rimelig erstatning, idet sidstnævnte skal ydes et rimeligt vederlag for de risikofyldte investeringer på området for fonogramfremstilling. Den franske regering henviser i denne sammenhæng til, at også formålet med direktiv 2001/29, at undgå fordrejninger ved afvigende retsforskrifter, taler for en ensartet fortolkning af begrebet kommunikation til offentligheden. De fordrejninger, der opstår derved, at medlemsstaterne allerede har mulighed for at fastsætte undtagelser og begrænsninger, ville blive forstærket, hvis fortolkningen af begrebet kommunikation til offentligheden blev underlagt medlemsstaternes skøn. En ensartet fortolkning af begrebet kommunikation til offentligheden er også nødvendig, fordi denne i henhold til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2006/116/EF af 12. december 2006 om beskyttelsestiden for

ophavsret og visse beslægtede rettigheder [10] har betydning for varigheden af beskyttelsen af ophavsretten og de beslægtede rettigheder. Sagsøgeren i hovedsagen har henvist til, at også indirekte udsendelse er omfattet. I dommen i sagen SGAE mod Rafael Hoteles fastslog Domstolen i en sammenlignelig sag, at der foreligger en overføring til almenheden i henhold til artikel 3, stk. 1, i direktiv 2001/29. Det er tilstrækkeligt at radio- eller fjernsynsprogrammet gøres tilgængeligt derved, at der opstilles radio- eller fjernsynsprogrammer, og at der videresendes et signal til disse. Det har ingen betydning om hotelgæsterne faktisk bruger apparatet. Idet hotelejerne gjorde adgangen til radio- og fjernsynsudsendelser mulig, erlagde de nemlig en yderligere ydelse og forfulgte således en økonomisk interesse.

55. For det andet er det efter sagsøgeren i hovedsagen og den franske regerings opfattelse ikke til hinder for en forpligtelse til at betale et rimeligt vederlag, at der i henhold til artikel 8, stk. 2, i direktiv 2006/115 kun skal betales et samlet vederlag. Dette betyder nemlig ikke, at en hotelejer ikke skal betale et vederlag for en kommunikation til offentligheden, hvis radio- eller fjernsynsvirksomheden allerede har betalt et vederlag. Der skal derimod betales et rimeligt vederlag for enhver relevant brug, jf. artikel 8, stk. 2, uafhængigt af, om der er tale om en direkte eller indirekte brug. For så vidt som denne bestemmelse tager udgangspunkt i et samlet passende vederlag, betyder dette alene, at hotelejeren kun skal betale et vederlag, der så skal deles mellem fremstillerne og de udøvende kunstnere. En sådan fortolkning er heller ikke til hinder for Domstolens dom i SENA-sagen [11], da Domstolen i denne dom kun har beskæftiget sig med de EU-retlige krav til vederlagets omfang.

56. *Irland og den græske regering* er af den opfattelse, at artikel 8, stk. 2, i direktiv 2006/115 ikke kan fortolkes således, at hotelejeren i et tilfælde som det foreliggende er forpligtet til at betale et rimeligt vederlag.

57. Efter Irlands opfattelse skal spørgsmålet, om der foreligger en kommunikation til offentligheden, besvares i henhold til national ret.

58. For det andet foreligger der efter Irlands og den græske regerings opfattelse ingen kommunikation til offentligheden i henhold til artikel 8, stk. 2, i direktiv 2006/115. Hermed menes alene kommunikation i et diskotek, ved en koncert eller i en bar. Irland har i denne forbindelse henvist til, at begrebet kommunikation til offentligheden i artikel 8, stk. 2, i direktiv 2006/115 ikke kan fortolkes således som Domstolen i dommen i sagen SGAE mod Rafael Hoteles fortolkede begrebet overføring til almenheden i henhold til artikel 3, stk. 1, i direktiv 2001/29. For det første fastsætter artikel 3, stk. 1, i direktiv 2001/29 en absolut ret for ophavsmændene. For fonogramfremstillerne fastsættes der derimod kun en absolut ret for tilrådighedsstillelsen for almenheden, jf. artikel 3, stk. 2, i direktiv 2001/29, mens der for kommunikationen til offentligheden i henhold til artikel 8, stk. 2, i direktiv 2006/115 kun fastsættes en økonomisk ret. Endvidere indgår disse rettigheder i en anden folkeretlig kontekst. Navnlig er det i WPPT's artikel 2, litra g), definerede begreb overføring til almenheden snævrere end det begreb, der anvendes i WCT's artikel 8. I denne forbindelse henviser Irland til, at fonogrammerne i henhold til WPPT's artikel 2, litra g), skal gøres hørbare, hvilket kun er tilfældet, hvis der faktisk tændes for radio- eller fjernsynsapparatet. Endvidere har Domstolen støttet sin fortolkning af begrebet overføring til almenheden i artikel 3, stk. 1, i direktiv 2001/29 på, at også retten til tilrådighedsstillelse for almenheden er omfattet af dette begreb. Artikel 8, stk. 2, i direktiv 2006/115 fastsætter derimod ingen ret til et rimeligt vederlag for »tilrådighedsstillelse for offentligheden« af et fonogram. Endvidere taler betragtningerne til direktiv 2001/29 på den ene side og til direktiv 2006/115 på den anden side mod en ensartet fortolkning af begrebet. Derudover blev der i forbindelse med kodificeringen af direktiv 92/100 i direktiv 2006/115 hverken henvist til artikel 3, stk. 1, i direktiv 2001/29, eller præciseret, at også indirekte gengivelser var omfattet. Der skal også tages hensyn til mulighederne for at gøre undtagelser i henhold til Romkonventionen og i WPPT.

10 — EUT L 372, s. 12.

11 — Dom af 6.2.2003, sag C-245/00, SENA, Sml. I, s. 1251.

Endelig taler det imod en ensartet fortolkning, at medlemsstaterne kan fastsætte mere vidtgående rettigheder. Den græske regering har supplerende anført, at en for vid fortolkning af begrebet kommunikation til offentligheden kunne føre til uønskede resultater, fordi opstillingen af en central antenne i en beboelse og leje af radio- eller fjernsynsapparater kunne anses for at være kommunikation til offentligheden. I den foreliggende sag er der nemlig kun tale om modtagelse af en udsendelse, der er beskyttet ved grundlæggende rettigheder. Endvidere skal der tages hensyn til turismesektorens interesser.

59. For det tredje er en hotelejer efter den græske regerings og Irlands opfattelse i et tilfælde som det foreliggende ingen bruger i henhold til artikel 8, stk. 2, i direktiv 2006/115. Irland har indledningsvis henvist til, at hotelejeren alene stiller apparaterne og teknisk støtte til modtagelsen af de pågældende signaler til rådighed. Hvis hotelejeren ikke tænder for disse apparater, er han ingen bruger. Der skal endvidere tages hensyn til, at artikel 8, stk. 2, i direktiv 2006/115 i modsætning til artikel 3, stk. 1, i direktiv 2001/29 tager udgangspunkt i brugeren. Efter den græske regerings opfattelse er det kun radio- eller fjernsynsvirksomheden, der er en bruger, idet hotelejeren kun muliggør modtagelsen af udsendelserne. Denne modtagelse er beskyttet i henhold til grundlæggende rettigheder og derfor ophavsretligt set ikke relevant.

60. For det fjerde skal det efter den græske regerings og Irlands opfattelse også afvises, at der foreligger et krav på et rimeligt vederlag, fordi en hotelejer i henhold til artikel 8, stk. 2, i direktiv 2006/115 ikke skal betale et nyt vederlag, når radio- og fjernsynsvirksomheden allerede har betalt et rimeligt vederlag for brugen. Efter Irlands opfattelse følger dette af brugen af ordene »eller« og »samlet«, samt af den systematiske sammenhæng mellem de enkelte stykker i direktivets artikel 8. En sådan betaling er heller ikke rimelig, fordi radio- eller fjernsynsvirksomheden allerede har skullet betale et vederlag. Efter den græske regerings opfattelse dækker det vederlag, som radio- eller fjernsynsvirksomheden har betalt, også modtagelsen af udsendelserne på radio- eller fjernsynsapparaterne i hotelværelserne. Der skal endvidere tages hensyn til, at der i bestemte medlemsstater som f.eks. i Grækenland allerede skal betales licens for at kunne modtage radio- og fjernsynsprogrammer. Denne licens betales også af hoteller og således indirekte også af gæsterne via værelsesprisen.

61. Også *Kommissionen* er af den opfattelse, at artikel 8, stk. 2, i direktiv 2006/115 ikke skal fortolkes således, at en medlemsstat i et tilfælde som det foreliggende er forpligtet til at fastsætte betaling af et rimeligt vederlag.

62. Domstolens praksis vedrørende artikel 3, stk. 1, i direktiv 2001/29 kan ikke uden videre overføres på artikel 8, stk. 2, i direktiv 2006/115. Der skal derimod tages hensyn til forskellene mellem de to bestemmelser. Mens en ophavsmand indrømmes det højeste beskyttelsesniveau og derfor en eneret, tildeles fonogramfremstilleren kun en svagere ret til rimeligt vederlag. Endvidere står de to bestemmelser i en forskellig folkeretlig kontekst.

63. På trods af disse forskelle skal det efter Kommissionens opfattelse i et tilfælde som det foreliggende lægges til grund, at der er tale om en kommunikation til offentligheden i henhold til artikel 8, stk. 2, i direktiv 2006/115. For det første omfatter denne bestemmelse også indirekte udsendelser. Endvidere følger det af WPPT's artikel 2, litra g), at det for en overføring i henhold til WPPT's artikel 15, stk. 1, er tilstrækkeligt, at fonogrammet gøres hørbart. Endvidere foretages kommunikationen til offentligheden. Spørgsmålet, om kommunikationen foretages til offentligheden, afhænger af, om det sted, hvor fonogrammet afspilles, er af privat eller offentlig art, om kommunikationen har en økonomisk værdi og af, hvor stor kredsen af lyttere er. Efter disse kriterier skal det i den foreliggede sag i overensstemmelse med dommen i sagen SGAE mod Rafael Hoteles lægges til grund, at der er tale om en kommunikation til offentligheden.

64. Imidlertid er Kommissionen af den opfattelse, at hotelejerens betaling af et yderligere vederlag ikke er rimeligt i det foreliggende tilfælde. For det første har medlemsstaterne et skøn inden for rammerne af artikel 8, stk. 2, i direktiv 2006/115. Dette følger af de muligheder, der på folkeretligt niveau er indrømmet medlemsstaterne til at fastsætte begrænsninger og undtagelser. Medlemsstaterne har ikke blot lov til at afgøre, hvornår et vederlag er rimeligt, men også om et sådant vederlag overhovedet er rimeligt. For det andet ville det være uforeneligt med de forskellige beskyttelsesniveauer i på den ene side artikel 3, stk. 1, i direktiv 2001/29 og på den anden side artikel 8, stk. 2, i direktiv 2006/115, hvis en hotelejer også i et tilfælde som det foreliggende, hvor radio- eller fjernsynsvirksomheden allerede har betalt et rimeligt vederlag, skulle betale et yderligere vederlag. Derimod er det ikke afgørende, om publikum har en interesse i kommunikation eller ikke.

B – *Retlig vurdering*

65. Baggrunden for disse præjudicielle spørgsmål er Domstolens dom i sagen SGAE mod Rafael Hoteles [12]. Heri fastslog Domstolen, at en hotelejer, der tilfører et fjernsynssynssignal ved hjælp af fjernsynsapparater, som er opstillet på hotelværelserne, overfører de i fjernsynsudsendelsen anvendte værker til almenheden i henhold til artikel 3, stk.1, i direktiv 2001/29. Denne bestemmelse regulerer ophavsmandens eneret til at tillade eller forbyde overførsel til almenheden af hans værker. I den foreliggende retstvist er parterne navnlig uenige om, hvorvidt den fortolkning, der er foretaget med hensyn til artikel 3, stk. 1, i direktiv 2001/29 af begrebet overføring til almenheden, kan overføres til det samme begreb i artikel 8, stk. 2, i direktiv 2006/115. På denne baggrund vil jeg først komme ind på dommen i sagen SGAE mod Rafael Hoteles (1), før jeg kommer ind på fortolkningen af artikel 8, stk. 2, i direktiv 2006/115 (2).

1. Fortolkningen af begrebet overføring til almenheden i artikel 3, stk. 1, i direktiv 2001/29

66. I dommen i sagen SGAE mod Rafael Hoteles fastslog Domstolen, at tilførelsen af et signal ved hjælp af fjernsynsapparater, der er opstillede på hotelværelser, og som hotellet sætter frem for sine gæster, uafhængigt af signalets udsendelsesteknik udgør en overføring til almenheden i henhold til direktivets artikel 3, stk. 1. Den anvendte følgende argumentation:

67. For det første henviste Domstolen til betragtningerne til direktiv 2001/29. Først henviste den til 23. betragtning, hvorefter begrebet overføring til offentligheden skal forstås i bred forstand [13]. Den anførte endvidere, at det i niende og tiende betragtning nævnte formål, som er at indføre et højt beskyttelsesniveau for ophavsmændene og at sikre disse et passende vederlag for anvendelsen af deres værker, kun kan nås på denne måde [14].

68. For det andet henviste Domstolen til sin praksis vedrørende andre EU-retlige bestemmelser [15].

12 — Nævnt ovenfor i fodnote 4.

13 — Jf. dommens præmis 36.

14 — Jf. dommens præmis 36.

15 — Jf. dommens præmis 37. I denne forbindelse henviste Domstolen først til sin dom af 2.6.2005, sag C-89/04, Mediakabel, Sml. I, s. 4891, præmis 30, hvori den i forbindelse med artikel 1, litra a), i Rådets direktiv 89/552/EØF af 3.10.1989 om samordning af visse love og administrative bestemmelser i medlemsstaterne vedrørende udøvelse af tv-radiospredningsvirksomhed (EFT L 298, s. 23) fortolkede begrebet offentlighedens modtagelse af tv-radiospredning således, at det afgørende er, om der er tale om et ubestemt antal potentielle fjernsynsseere. Endvidere henviste den til sin dom af 14.7.2005, sag C-192/04, Lagardère Active Broadcast, Sml. I, s. 7199, præmis 31, hvori den i forbindelse med artikel 1, stk. 2, litra a), i Rådets direktiv 93/83/EØF af 27.9.1993 om samordning af visse bestemmelser vedrørende ophavsrettigheder og ophavsretsbeslægtede rettigheder i forbindelse med radio- og tv-udsendelse via satellit og viderespredning pr. kabel (EFT L 248, s. 15) fortolkede begrebet tilgængeliggørelse for almenheden via satellit således, at det afgørende er, om der er tale om et ubestemt antal potentielle lyttere.

69. For det tredje tog Domstolen udgangspunkt i de kumulative virkninger, der fulgte af, at hotelgæsterne i hotelværelser sædvanligvis fulgte hinanden med korte mellemrum og at tilgængeliggørelse af værkerne således kunne få en stor betydning [16].

70. For det fjerde fastslog Domstolen, at der foreligger en selvstændig overføring til offentligheden i henhold til artikel 11 bis, stk. 1, nr. ii), i den reviderede Bernerkonvention, hvis en udsendelse, der udsendes fra en oprindelig retransmissionsorganisation, sendes videre fra en anden retransmissionsorganisation. Dermed gengives værket nemlig indirekte ved overføringen af radio- og fjernsynsudsendelsen for et nyt publikum [17].

71. For det femte definerede Domstolen i denne sammenhæng under henvisning til vejledningen til Bernerkonventionen en indirekte overføring til offentligheden i forbindelse med en tilladelse, som ophavsmanden allerede har givet. Den fremhævede, at ophavsmandens tilladelse til at udsende værket i radioen kun omfatter de direkte brugere, altså indehaverne af modtageapparater, der modtager programmerne privat eller i familiemæssig sammenhæng. Hvis overføringen sker med det formål, at et bredere publikum, ofte med henblik på økonomisk udbytte, skal underholdes, vil et nyt udsnit af publikum imidlertid have mulighed for at høre eller se værket. Gengivelsen af udsendelsen ved hjælp af højttaler eller andet lignende medium udgør da ikke længere blot en modtagelse af udsendelsen, men den er en selvstændig handling, hvorved det udsendte værk gengives for et nyt publikum [18].

72. For det sjette fastslog Domstolen, at gæsterne i et hotel udgjorde et nyt publikum. Hotellet er en organisation, der med fuldt kendskab til konsekvenserne af sine handlinger medvirker til at give gæsterne adgang til de beskyttede værker [19].

73. For det syvende henviste Domstolen til, at det er tilstrækkeligt for, at der foreligger en overføring til offentligheden, at værket gøres tilgængeligt for almenheden på en sådan måde, at de personer, der udgør denne, kunne have adgang hertil [20].

74. For det ottende tog Domstolen hensyn til, at skabelsen af adgangen til de radio- eller tv-udsendte værker udgør en supplerende tjenesteydelse, der iværksættes med det formål at opnå et vist udbytte heraf. I et hotel sker denne skabelse af adgang endda i vindingsøjemed, da tjenesteydelsen har en betydning for hotellets klasse og dermed for værelsernes pris [21].

75. For det niende gjorde Domstolen det imidlertid indskrænkende klart, at den blotte tilrådighedsstillelse af modtageapparater som sådan ikke udgør en overføring i henhold til artikel 3, stk. 1, i direktiv 2001/29. Derimod udgør tilførelsen af et signal ved hjælp af fjernsynsapparater til gæsterne, der er indlogeret på hotellets værelser, en overføring til almenheden i henhold til denne bestemmelse, uanset hvilken teknik der anvendes for transmissionen af signalet [22].

16 — Jf. dommens præmis 38 f.
17 — Jf. dommens præmis 40.
18 — Jf. dommens præmis 41.
19 — Jf. dommens præmis 42.
20 — Jf. dommens præmis 43.
21 — Jf. dommens præmis 44.
22 — Jf. dommens præmis 45 f.

2. Fortolkningen af artikel 8, stk. 2, i direktiv 2006/115

76. Før jeg vil komme ind på fortolkningen af begreberne kommunikation til offentligheden (c) og bruger (d), der er anvendt i artikel 8, stk. 2, i direktiv 2006/115, samt på forpligtelsen til at betale et rimeligt vederlag (e), vil jeg først gøre det klart, at der for så vidt angår disse begreber er tale om selvstændige EU-retlige begreber (a), der skal fortolkes under hensyntagen til deres folkeretlige kontekst (b).

a) Selvstændige EU-retlige begreber

77. Flere af sagens parter har henvist til, at det ikke er fastsat ved EU-retten, at bestemte begreber i artikel 8, stk. 2, i direktiv 2006/115, såsom kommunikation til offentligheden, skal fortolkes på samme måde. Det påhviler derfor medlemsstaterne at definere disse begreber.

78. Hertil bemærkes, at der for så vidt angår de i direktivets artikel 8, stk. 2, anvendte begreber, da der ikke foreligger en henvisning til medlemsstaternes ret, er tale om selvstændige EU-retlige begreber. For at sikre en ensartet anvendelse af EU-retten i alle medlemsstaterne og under hensyntagen til lighedsprincippet i hele EU skal disse fortolkes ensartet [23]. Kun således kan det i sjette betragtning til direktiv 2006/115 nævnte formål om fremme af udøvelsen af kreative, kunstneriske og igangsættende aktiviteter ved en harmoniseret retlig ramme inden for Fællesskabet opfyldes.

79. Imidlertid kan der i bestemte tilfælde til trods for, at der er tale om et selvstændigt EU-retligt begreb, kun være foretaget en meget begrænset harmonisering, således at begrebets reguleringsgrad er meget lav. I sådanne tilfælde bliver der EU-retligt set kun angivet en vid reguleringsramme, som medlemsstaterne skal udfylde [24]. Dette gik Domstolen ud fra ved begrebet rimeligt vederlag i henhold til artikel 8, stk. 2, i direktiv 2006/115 [25]. Da bedømmelsen af et begrebs reguleringsgrad imidlertid skal foretages for alle de begreber, der er nævnt i en bestemmelse, kan der deraf ikke drages nogen konklusioner for de begreber, der derudover er anvendt i artikel 8, stk. 2, i direktiv 2006/115.

b) Folkeretlig og EU-retlig kontekst

80. Derudover skal der tages hensyn til, at bestemmelsen om retten til rimeligt vederlag i henhold til artikel 8, stk. 2, i direktiv 2006/115 skal fortolkes under hensyntagen til dens folkeretlige kontekst.

81. Retten til rimeligt vederlag er nemlig på folkeretligt niveau reguleret i Romkonventionens artikel 12 og i WPPT's artikel 15. Artikel 8, stk. 2, i direktiv 2006/115 skal således fortolkes under hensyntagen til disse folkeretlige bestemmelser.

82. For så vidt angår WPPT følger dette allerede af, at EU selv er kontraherende part. I henhold til fast retspraksis skal bestemmelserne i EU-retten nemlig navnlig fortolkes i lyset af en folkeretlig aftale, hvis EU er kontraherende part og ønsker at gennemføre aftalen med disse EU-retlige bestemmelser [26].

23 — Jf. dommens præmis 31.

24 — SENA-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 11, præmis 34.

25 — Jf. dommens præmis 34-38.

26 — Dom af 10.9.1996, sag C-61/94, Kommissionen mod Tyskland, Sml. I, s. 3989, præmis 52, og Dommen i sagen SGAE mod Rafael Hoteles, nævnt ovenfor i fodnote 4, præmis 35. Jf. hertil F. Rosenkranz, »Die völkerrechtliche Auslegung des EG-Sekundärrechts dargestellt am Beispiel der Urheberrechts«, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 2007*, s. 238 ff., på s. 239 f.

83. For så vidt angår Romkonventionen skal der ganske vist henvises til, at EU ikke selv er kontraherende part i Romkonventionen. Imidlertid følger det af syvende betragtning til direktiv 2006/115, hvorefter der ikke skal foretages nogen harmonisering på en sådan måde, at retsforskrifterne står i modstrid med Romkonventionen, at der skal tages hensyn til bestemmelserne i Romkonventionen.

c) Begrebet kommunikation til offentligheden

84. Ud fra ordlyden kan begrebet kommunikation til offentligheden inddeles i to elementer. For det første skal der foreligge en kommunikation. For det andet skal denne kommunikation være offentlig.

i) Begrebet kommunikation

85. Direktiv 2006/115 definerer ganske vist ikke udtrykkeligt, hvad der skal forstås ved en kommunikation i henhold til dets artikel 8, stk. 2. Af bestemmelsens ordlyd og kontekst kan der imidlertid udledes anvisninger om, hvordan dette begreb skal fortolkes.

86. Som jeg redegjorde for ovenfor [27], skal der ved fortolkningen af begrebet kommunikation i denne bestemmelse tages hensyn til kravene i Romkonventionens artikel 12 og WPPT's artikel 15. For så vidt angår begrebet kommunikation er navnlig WPPT's artikel 15, stk. 1, sammenholdt med artikel 2, litra g), af betydning. Artikel 15, stk. 1, bestemmer, at udøvende kunstnere og fremstillere af fonogrammer for direkte eller indirekte brug til radio- eller fjernsynsudsendelse eller anden overføring til almenheden har ret til et enkelt rimeligt vederlag. I WPPT's artikel 2, litra g), er begrebet overføring til almenheden af et fonogram defineret som en offentlig udsendelse ved hjælp af ethvert andet medium end radio og fjernsyn af en lyd eller lyd udtrykt i en anden form, der er optaget på et fonogram. Endvidere præciseres det deri, at det, for at der er tale om en overføring til almenheden i henhold til WPPT's artikel 15, er tilstrækkeligt, hvis lyden, der er optaget på et fonogram, gøres hørbar.

87. Heraf kan udledes følgende konklusion for begrebet kommunikation i henhold til artikel 8, stk. 2, i direktiv 2006/115:

88. For det første omfatter artikel 8, stk. 2, i direktiv 2006/115 både direkte og indirekte kommunikation. Herfor taler for det første den åbne ordlyd og bestemmelsens tilblivelseshistorie. Det fremgår nemlig af direktiv 92/100's tilblivelseshistorie, at en yderligere konkretisering af begrebet kommunikation ved tilførelsen af ordene »direkte og indirekte« ikke blev anset for nødvendig, da det ved anvendelsen af begrebet kommunikation var åbenbart, at også indirekte kommunikation var omfattet [28]. For en sådan fortolkning taler også siden WPPT's ikrafttræden denne traktats artikel 15, i henhold til hvilken bestemmelse der for indirekte udsendelse også skal bestå et krav [29].

27 — Jf. punkt 81 i dette forslag til afgørelse.

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

29 — Romkonventionens artikel 12 fastsætter kun et sådant krav for direkte udsendelser. WPPT's kontraherende parter er i den henseende bevidst gået ud over Romkonventionen.

89. For det andet er det tilstrækkeligt, for at der er tale om en kommunikation, at lyd, der er optaget på fonogrammet, gøres hørbar. Om en gæst faktisk har hørt lyden er ikke afgørende. Herfor taler for det første WPPT's artikel 2, litra g), der tager udgangspunkt i, at lyden gøres hørbar. I henhold til formålet med direktiv 2006/115 er det endvidere tilstrækkeligt, hvis gæsten retligt og praktisk har mulighed for at nyde fonogrammet [30]. En sådan fortolkning har også den fordel, at den i denne henseende er sammenfaldende med fortolkningen af begrebet overføring til offentligheden i henhold til artikel 3, stk. 1, i direktiv 2001/29.

90. Under hensyntagen til disse krav kan det fastslås, at begrebet kommunikation i henhold til artikel 8, stk. 2, i direktiv 2006/115 skal fortolkes således, at der foreligger en sådan, hvis en hotelejer i hotelværelserne opstiller fjernsynsapparater og/eller radioer og overfører et sendesignal til disse. I dette tilfælde foreligger der nemlig en indirekte kommunikation, uden at det er afgørende, om gæsterne faktisk har modtaget fjernsyns- eller radioprogrammet.

91. Kommissionen har i denne forbindelse anført, at begrebet kommunikation til offentligheden, jf. artikel 8, stk. 2, i direktiv 2006/115, principielt ikke må fortolkes bredere end begrebet overføring til almenheden i artikel 3, stk. 1, i direktiv 2001/29. Der skal tages hensyn til, at EU-lovgiver har villet fastsætte et højere beskyttelsesniveau for ophavsrettigheder end for fonogramfremstillernes og de udøvende kunstneres beslægtede rettigheder, og det strider således mod ordningen at tildele fonogramfremstillere og udøvende kunstnere i henhold til artikel 8, stk. 2, i direktiv 2006/115 videregående rettigheder end ophavsmændene i henhold til artikel 3, stk. 1, i direktiv 2001/29. Af denne grund skal der tages hensyn til 23. og 27. betragtning til direktiv 2001/29.

92. 27. betragtning til direktiv 2001/29 er imidlertid ikke til hinder for, at det antages, at der foreligger en kommunikation i et tilfælde som det foreliggende. Den skal nemlig forstås således, at personer, der stiller afspilleapparater til rådighed, uden samtidig at have kontrol over adgangen til ophavsretligt beskyttede værker, dermed endnu ikke foretager nogen kommunikation til offentligheden. Dette er således f.eks. tilfældet, hvis fjernsyns- eller radioapparater sælges eller udlejes, eller hvis en internet service provider alene stiller internetadgang til rådighed. I et tilfælde som det foreliggende begrænser hotelejeren sig imidlertid ikke til alene at stille afspilleapparaterne til rådighed. Tværtimod formidler han – ganske vist kun indirekte, men dog målrettet – hotelgæsten adgang til fonogrammerne [31].

93. I det omfang Kommissionen med henvisning til 23. betragtning til direktiv 2001/29 gør sig til talsmand for den opfattelse, at den blotte modtagelse af et sendesignal via apparater, der selv modtager, ikke kan udgøre en kommunikation i henhold til artikel 8, stk. 2, i direktiv 2006/115, kan dette stå åbent for så vidt angår det foreliggende spørgsmål. Den forelæggende ret har nemlig præciseret, at hotelejeren i det foreliggende tilfælde ikke har begrænset sig til at modtage sendesignalet, men at han selv har udsendt det på ny. [32]

ii) Begrebet offentligheden

94. Hvad der skal forstås ved offentligheden i forbindelse med kommunikationen er heller ikke defineret i direktiv 2006/115.

30 — Jf. i denne forbindelse punkt 67 i generaladvokat E. Sharpstons forslag til afgørelse af 13.7.2006 i sagen SGAE mod Rafael Hoteles, nævnt ovenfor i fodnote 4; jf. ligeledes punkt 22 i generaladvokat A. La Pergolas forslag til afgørelse af 9.9.1999 i sag C-293/98, Egeda, Sml. 2000 I, s. 629.

31 — Dommen i sagen SGAE mod Rafael Hoteles, nævnt ovenfor i fodnote 4, præmis 45 f.

32 — På dette sted henviser jeg til punkt 90-109 samt til punkt 114-125 i mit forslag til afgørelse i sagen SCF Consorzio Fonografici, hvori jeg behandler dette retsspørgsmål.

95. I modsætning til, hvad der gjorde sig gældende i forbindelse med definitionen af begrebet kommunikation, hjælper legaldefinitionen af overføring til almenheden i WPPT's artikel 2, litra g), i denne forbindelse ikke videre. Deri konkretiseres elementet almenheden i forbindelse med overføringen, som skal defineres, nemlig ikke videre i den definerende del. Derimod anføres det alene deri, at lyden gøres hørbar for offentligheden, således at legaldefinitionen for så vidt viser sig at være uden indhold.

96. Imidlertid opstår spørgsmålet, om der i denne sammenhæng kan gribes tilbage til den praksis fra Domstolen [33], der er redegjort for ovenfor vedrørende fortolkningen af begrebet overføring til almenheden i henhold til artikel 3, stk. 1, i direktiv 2001/29, hvorefter en overføring i et hotelværelse kan være til almenheden, hvis den omstændighed, at hotelgæsterne i hotelværelser følger hinanden med korte mellemrum, fører til en brug af det beskyttede værk af stor betydning.

97. Det mener jeg, at der kan [34].

98. For det første taler herfor, at der i artikel 3, stk. 1, i direktiv 2001/29 og artikel 8, stk. 2, i direktiv 2006/115 anvendes det samme begreb. Heroverfor har Irland ganske vist indvendt, at der efter afsigelsen af dommen i sagen SGAE mod Rafael Hoteles i forbindelse med konsolideringen af direktiv 92/100 i direktiv 2006/115 ikke er blevet foretaget nogen præcisering, hvorefter begrebet kommunikation til offentligheden i artikel 8, stk. 2, skal forstås ligesom begrebet overføring til almenheden i artikel 3, stk. 1, i direktiv 2001/29. Jeg finder imidlertid ikke denne indvending overbevisende. Tværtimod forekommer det mig netop, at den omstændighed, at begrebet kommunikation til offentligheden i artikel 8, stk. 2, i direktiv 2006/115 efter afsigelsen af dommen i sagen SGAE mod Rafael Hoteles blev bevaret uden yderligere præciseringer, taler for, at dette begreb skal fortolkes ens i de to forskrifter.

99. For det andet forekommer det mig, at den nære indholdsmæssige og retlige sammenhæng mellem ophavsretten og de udøvende kunstneres og fonogramfremstilleres beslægtede rettigheder taler for, at de to begreber skal fortolkes ens.

100. Først skal der nemlig tages hensyn til, at direktiv 2006/115 og direktiv 2001/29 for så vidt hænger sammen, eftersom de udøvende kunstneres og fonogramfremstilleres rettigheder ikke kun er reguleret i direktiv 2006/115, men også i artikel 3, stk. 2, i direktiv 2001/29. Sidstnævnte bestemmelse fastsætter nemlig en eneret for kunstnere og fonogramfremstillere i det særlige tilfælde vedrørende tilrådighedsstillelse for almenheden på et individuelt valgt sted og tidspunkt, mens førstnævnte alene fastsætter en ret til et rimeligt vederlag i tilfælde af kommunikation til offentligheden. På denne baggrund forekommer det mig at være mindre nærliggende, at det samme begreb skal fortolkes forskelligt i disse direktiver.

101. Endvidere skal der tages hensyn til den indholdsmæssige sammenhæng mellem ophavsretten på den ene side og de udøvende kunstneres og fonogramfremstilleres beslægtede rettigheder på den anden side. Ophavsretligt beskyttede musikalske værker bliver i mange tilfælde først ved fortolkningen gjort tilgængelige for den brede offentlighed via en udøvende kunstners opførelse, der er blevet indspillet på et fonogram. Tages der hensyn til, at dette bidrag fra de udøvende kunstnere og fonogramfremstilleres side via retten til et rimeligt vederlag i henhold til direktivets artikel 8, stk. 2, netop skal honoreres, er der meget, der taler for, at begrebet overføring til almenheden i artikel 3, stk. 1, i direktiv 2001/29 og begrebet kommunikation til offentligheden i artikel 8, stk. 2, i direktiv 2006/115 skal fortolkes ens.

33 — Jf. punkt 66-75 i dette forslag til afgørelse.

34 — Jf. i denne retning også M. Walter og S. Lewinsky, *European Copyright Law*, Oxford University Press, 2010, s. 989.

102. For det tredje taler også femte betragtning til direktiv 2006/115, hvorefter de udøvende kunstnere skal tildeles et rimeligt vederlag og fonogramfremstillerne en tilstrækkelig sikring af de foretagne investeringer, for dette. Hvis der tages hensyn til førnævnte nære sammenhæng mellem ophavsretten og de beslægtede rettigheder, er det uforståeligt, hvorfor ophavsmanden i et tilfælde vedrørende overføring til almenheden/kommunikation til offentligheden af et fonogram skal have en eneret i henhold til direktivets artikel 3, stk. 1, mens de udøvende kunstnere og fonogramfremstillere derimod ikke skal modtage et rimeligt vederlag i henhold til artikel 8, stk. 2, i direktiv 2006/115, men efterlades tomhændede.

103. Derimod er de indvendinger, der er blevet fremført mod en sådan ensartet fortolkning, ikke overbevisende.

104. For det første kan jeg ikke se, hvorfor den omstændighed, at artikel 3, stk. 1, i direktiv 2001/29 fastsætter en eneret for ophavsmanden, mens artikel 8, stk. 2, i direktiv 2006/115 alene sikrer en økonomisk ret for de udøvende kunstnere og fonogramfremstillere til et rimeligt vederlag, skal retfærdiggøre en forskellig fortolkning af begrebet offentligheden/almenheden.

105. Det særlige ved, at der indrømmes en eneret i henhold til artikel 3, stk. 1, i direktiv 2001/29 ligger deri, at denne ret gør det muligt for ophavsmanden at forbyde personer, der ikke har ret dertil, at bruge hans musik. Så vidt ville EU-lovgiver ikke gå ved fonogrammer, der allerede var blevet offentliggjort i kommercielt øjemed, med henblik på de i disse inkorporerede beslægtede rettigheder for fonogramfremstillerne og de udøvende kunstnere. Imidlertid indrømmede lovgiver som kompensation disse en ret til et rimeligt vederlag. Ordningen i direktivets artikel 8, stk. 2, kan således forstås som en form for tvangslicens[35]. Hvis der tages hensyn til disse tanker om kompensation og tvangslicens, er det nærliggende i tilfælde, hvor der foretages kommunikation til offentligheden af et fonogram, at tildele fonogramfremstillerne og de udøvende kunstnere en ret til rimeligt vederlag i alle de tilfælde, hvor ophavsmanden ville have en eneret.

106. For det andet kan det heller ikke deraf, at der i henhold til niende betragtning til direktiv 2001/29 skal gælde et højt beskyttelsesniveau for ophavsmanden, mens der alene i henhold til femte betragtning til direktiv 2006/115 skal gælde et rimeligt beskyttelsesniveau for de udøvende kunstnere og fonogramfremstillere, nødvendigvis udledes, at elementet offentligheden i forbindelse med kommunikation skal fortolkes snævrere for så vidt angår de beslægtede rettigheder. Det forekommer mig meget mere nærliggende at forstå dette som en henvisning til, at artikel 3, stk. 1, i direktiv 2001/29 fastsætter en eneret for ophavsmanden, mens artikel 8, stk. 2, i direktiv 2006/115 ikke fastsætter en eneret for udøvende kunstnere og fonogramfremstillere, men alene en ret til rimeligt vederlag.

107. For det tredje gøres det gældende, at Domstolen har støttet fortolkningen af begrebet overføring til almenheden i henhold til artikel 3, stk. 1, i direktiv 2001/29 på 23. betragtning til direktiv 2001/29, hvorefter retten til overføring til almenheden skal opfattes bredt. Da direktiv 2006/115 ikke har en tilsvarende betragtning, skal begrebet kommunikation til offentligheden i dette direktiv fortolkes snævert.

108. Også denne indvending skal til syvende og sidst forkastes.

109. Det skal ganske vist medgives, at Domstolen i dommen i sagen SGAE mod Rafael Hoteles ved fortolkningen af begrebet overføring til almenheden faktisk støttede sig på denne betragtning, og at der ikke findes en enslydende betragtning i direktiv 2006/115.

35 — WIPO, *WIPO Intellectual Property Handbook*, 2004, s. 318.

110. Dette begrunder imidlertid ikke, at begrebet kommunikation til offentligheden i artikel 8, stk. 2, i direktiv 2006/115 skal fortolkes mere restriktivt. Førnævnte betragtninger og de i tredje, fjerde og femte betragtning til direktiv 2006/115 nævnte formål vedrørende rettighedshavernes rimelige vederlag støtter sig nemlig allerede på det udgangspunkt, hvorefter begrebet almenheden i artikel 3, stk. 1, i direktiv 2001/29 og begrebet offentligheden i artikel 8, stk. 2, i direktiv 2006/115 skal fortolkes ens. Derudover skal der henvises til, at Domstolen også har ført nødvendigheden af en bred fortolkning tilbage til, at der i henhold til tiende betragtning til direktiv 2001/29 skal sikres ophavsmanden et rimeligt vederlag. For så vidt findes der imidlertid i femte betragtning til direktiv 2006/115 en tilsvarende betragtning, hvorefter indehaverne af beslægtede rettigheder ligeledes skal sikres et rimeligt vederlag, henholdsvis en rimelig sikring af investeringerne.

111. Som foreløbig konklusion skal det fastslås, at begrebet offentligheden i forbindelse med kommunikationen i artikel 8, stk. 2, i direktiv 2006/115 principielt [36] skal fortolkes som begrebet almenheden i forbindelse med overføringen i artikel 3, stk. 1, i direktiv 2001/29. Således skal offentligheden i forbindelse med kommunikationen i et tilfælde som det foreliggende føres tilbage til, at den omstændighed, at hotelgæsterne i hotelværelser følger hinanden med korte mellemrum, kan føre til en brug af det beskyttede værk af stor betydning.

iii) Konklusion

112. Af de ovenfor nævnte grunde skal begrebet kommunikation til offentligheden i artikel 8, stk. 2, i direktiv 2006/115 fortolkes således, at en hotelejer, der i hotelværelserne opstiller radio- og fjernsynsapparater og overfører et sendesignal til disse, indirekte kommunikerer de i radio- og fjernsynsudsendelserne brugte fonogrammer til offentligheden.

113. I denne sammenhæng vil jeg ikke undlade at bemærke, at spørgsmålet, om der også kan foreligge en kommunikation til offentligheden, hvis der ikke forfølges et erhvervsmæssigt formål, var omstridt i forbindelse med diskussionen under den mundtlige forhandling. Da der i den foreliggende sag imidlertid er tale om en situation, hvor den omstændighed, at fonogrammerne gøres hørbare, udgør en yderligere tjenesteydelse, som har en betydning for hotellets standard og hotelværelsernes pris, foreligger der et erhvervsmæssigt formål, således at dette punkt ikke skal uddybes nærmere med henblik på den foreliggende sag [37].

d) Begrebet bruger

114. Den forelæggende ret ønsker endvidere oplyst, om hotelejeren er en »bruger« i henhold til artikel 8, stk. 2, i direktiv 2006/115. Direktivets artikel 8, stk. 2, fastsætter nemlig, at den person, over for hvilken retten til et rimeligt vederlag, der opstår ved brugen af et fonogram til kommunikationen til offentligheden, kan påberåbes, er brugeren.

115. Enhver, der anvender fonogrammerne til udsendelse ved hjælp af radiobølger eller kommunikerer dem offentligt, er bruger i henhold til direktivets artikel 8, stk. 2.

116. I modsætning til Irlands opfattelse kan der derimod ikke af den omstændighed, at begrebet bruger anvendes i artikel 8, stk. 2, i direktiv 2006/115, men derimod ikke i artikel 3, stk. 1, i direktiv 2001/29, drages den konklusion, at artikel 8, stk. 2, i direktiv 2006/115 skal fortolkes restriktivt. Grunden til denne forskel i ordlyden af disse bestemmelser er nemlig følgende: Direktivets artikel 3, stk. 1, tildeler

36 — Jf. med hensyn til en behandling af spørgsmålet, hvordan begrebet almenheden i henhold til artikel 3, stk. 1, i direktiv 2001/29 i forbindelse med et apparat, der selv modtager, skal fortolkes, og om denne fortolkning kan overføres på begrebet offentligheden i henhold til artikel 8, stk. 2, i direktiv 2006/115, jf. punkt 114-125 i mit forslag til afgørelse i sagen SCF Consorzio Fonografici.

37 — Jeg henviser endvidere til punkt 128-135 i mit forslag til afgørelse i sagen SCF Consorzio Fonografici, hvor jeg behandler dette retsspørgsmål.

en eneret, som en ophavsmand kan påberåbe sig over for enhver. Af denne grund skal den person, over for hvilken ophavsmanden kan påberåbe sig denne ret, ikke nævnes i denne bestemmelse. Artikel 8, stk. 2, i direktiv 2006/115 tildeler derimod ingen eneret, men derimod alene et krav på et rimeligt vederlag. Derfor skal den person, over for hvilken denne ret kan påberåbes, også fastlægges i denne bestemmelse.

117. Som foreløbig konklusion skal det fastholdes, at en hotelejer, der indirekte kommunikerer fonogrammer til offentligheden, er en bruger i henhold til artikel 8, stk. 2, i direktiv 2006/115 og således den person, over for hvilken kravet på et rimeligt vederlag i henhold til denne bestemmelse kan påberåbes.

e) Forpligtelsen til at betale et rimeligt, samlet vederlag

118. Den forelæggende ret ønsker endvidere at få oplyst, om artikel 8, stk. 2, i direktiv 2006/115 skal fortolkes således, at også en hotelejer i et tilfælde, hvor en radio- eller fjernsynsvirksomhed allerede har betalt et rimeligt vederlag for anvendelsen af fonogrammerne i udsendelsen, som skaffer sine gæster adgang til radio- og fjernsynsudsendelser på hotelværelserne og således indirekte kommunikerer de fonogrammer, der anvendes i udsendelserne, ligeledes skal betale et rimeligt vederlag for brugen af fonogrammerne.

119. Artikel 8, stk. 2, i direktiv 2006/115 fastsætter, at 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, betaler brugeren et rimeligt, samlet vederlag, og at dette vederlag fordeles mellem de udøvende kunstnere og fonogramfremstillerne. Hvis der ikke er enighed mellem de udøvende kunstnere og fonogramfremstillerne, kan medlemsstaterne fastlægge betingelserne for et sådant vederlags fordeling mellem dem.

120. Det fremgår af bestemmelsens ordlyd og kontekst, at hotelejeren ligeledes skal betale et rimeligt vederlag i et sådant tilfælde.

121. I modsætning til Irlands opfattelse kan det nemlig ikke udledes af ordene »eller« og »samlet«, at en hotelejer i et sådant tilfælde ikke skal betale et vederlag (i). Heller ikke Irlands og Kommissionens opfattelse, hvorefter betalingen af et yderligere vederlag ikke ville være rimeligt (ii), eller Kommissionens henvisning til medlemsstaternes skøn (iii) er overbevisende. Endelig kan den græske regerings henvisning til, at der i bestemte medlemsstater skal betales radio- og tv-licens, ikke isoleret set begrunde en afvigelse fra forpligtelsen til at betale et rimeligt vederlag (iv).

i) Betydningen af ordene »eller« og »samlet«

122. Efter Irlands opfattelse følger det af ordene »eller« og »samlet« i artikel 8, stk. 2, i direktiv 2006/115, at en hotelejer ikke skal betale et vederlag for den indirekte kommunikation til offentligheden af fonogrammerne, hvis en radio- eller fjernsynsvirksomhed allerede har betalt et rimeligt vederlag for brugen af fonogrammerne i sine udsendelser.

123. Dette er ikke overbevisende.

124. Med brugen af ordet »samlet« i artikel 8, stk. 2, første punktum, i direktiv 2006/115 har EU-lovgiver alene villet bringe til udtryk, at der ikke skal betales et vederlag til de udøvende kunstnere og et yderligere til fonogramfremstillerne, men kun et samlet vederlag, der så skal fordeles mellem de udøvende kunstnere og fonogramfremstillerne.

125. Herfor taler for det første bestemmelsens ordlyd og kontekst, navnlig sammenhængen med artikel 8, stk. 2, andet punktum, i direktiv 2006/115, hvori det er fastsat, hvordan det rimelige samlede vederlag skal fordeles i det interne forhold mellem fonogramfremstillerne og de udøvende kunstnere.

126. For det andet forekommer det mig, at det kun er denne fortolkning, der er i overensstemmelse med den forståelse, der er redegjort for ovenfor, hvorefter kravet på rimeligt vederlag i henhold til artikel 8, stk. 2, første punktum, i direktiv 2006/115 skal forstås som en form for tvangslicens. Såfremt denne forståelse lægges til grund, skal der altid, når der bruges et fonogram i henhold til denne bestemmelse, altså både når der er tale om udsendelse, og når der er tale om en efterfølgende kommunikation til offentligheden, kompenseres for indgrebet i de beslægtede rettigheder, således at der hver gang opstår et krav på rimeligt vederlag.

127. For det tredje forekommer det mig, at også det folkeretlige krav i WPPT's artikel 15, hvorefter artikel 8, stk. 2, i direktiv 2006/115 også skal omfatte indirekte kommunikationer, taler imod Irlands opfattelse. I tilfælde af en indirekte kommunikation vil der som regel allerede bestå et krav på et rimeligt vederlag mod den person, der har sendt eller direkte kommunikeret fonogrammerne. Hvis det i dette tilfælde blev underkendt, at der foreligger en forpligtelse for den person, der indirekte kommunikerer fonogrammerne, fordi der allerede er blevet betalt et rimeligt vederlag for udsendelsen eller den direkte kommunikation, så ville der som regel ikke opstå noget krav på et vederlag i tilfælde af en indirekte offentlig kommunikation. Dette forekommer mig ikke at være foreneligt med de folkeretlige krav i WPPT's artikel 15.

128. Ordene »eller« og »samlet« i artikel 8, stk. 2, i direktiv 2006/115 er således i et tilfælde som det foreliggende ikke til hinder for at en hotelejer kan have en forpligtelse til at betale et rimeligt vederlag.

ii) Spørgsmålet, om en yderligere betaling er rimelig

129. Irland og Kommissionen har påberåbt sig, at det ikke er rimeligt i henhold til artikel 8, stk. 2, i direktiv 2006/115, i et tilfælde som det foreliggende at fastsætte et yderligere vederlag mod hotelejerne. Fonogramfremstillerne og de udøvende kunstnere har jo allerede et krav mod radio- eller fjernsynsvirksomheden.

130. Denne opfattelse er ikke overbevisende.

131. For det første er den nemlig ikke forenelig med den tanke, der ligger til grund for artikel 8, stk. 2, i direktiv 2006/115, hvorefter der altid skal påløbe et vederlag, når en yderligere del af offentligheden sættes i stand til at høre fonogrammerne. Det rimelige vederlag, der betales for brugen af fonogrammet i en radio- eller fjernsynsudsendelse, dækker nemlig kun modtagelsen af udsendelsen i den private eller familiære kreds. Åbningen af en ny lytterkreds som den, der består af hotelgæsterne, går ud over denne brug og udgør således en yderligere brug i form af en indirekte kommunikation til offentligheden. For denne yderligere brug påløber i overensstemmelse med forståelsen af artikel 8, stk. 2, i direktiv 2006/115 et yderligere rimeligt vederlag som en form for kompensatorisk tvangslicens.

132. For det andet forekommer det mig, at en sådan opfattelse ikke er forenelig med de folkeretlige krav i WPPT's artikel 15. Som jeg allerede har redegjort for[38], fastsætter denne bestemmelse, at der også i tilfælde af en indirekte kommunikation til offentligheden af et fonogram skal betales et rimeligt vederlag. Et udgangspunkt, hvorefter betalingen af et rimeligt vederlag for en indirekte kommunikation ikke er rimeligt af den grund, at der allerede skal betales et rimeligt vederlag for den direkte kommunikation, forekommer mig at spænde ben for disse folkeretlige krav.

38 — Jf. punkt 127 i dette forslag til afgørelse.

133. For det tredje forekommer det mig, at Irlands og Kommissionens synspunkt kan føre til modstridende afgørelser. Således skulle indehaveren af en bar, en restaurant eller et diskotek, der selv afspiller fonogrammer, betale et rimeligt vederlag herfor. Den samme indehaver skulle imidlertid ikke betale noget vederlag for at gengive en radiostation, der begrænser sig til at afspille fonogrammer.

iii) Medlemsstaternes skøn

134. Kommissionen har desuden anført, at medlemsstaterne har et skøn med hensyn til, om de i et tilfælde som det foreliggende, ud over kravet på et rimeligt vederlag mod radio- eller fjernsynsvirksomheden, også vil fastsætte et krav mod hotelejerne.

135. Kommissionens argumentation kan ikke tiltrædes.

136. For det første skal det fastslås, at antagelsen om, at der foreligger et sådant skøn, ikke er nærliggende efter ordlyden i artikel 8, stk. 2, i direktiv 2006/115. På grund af den lave reguleringsgrad af begrebet rimeligt [39] har medlemsstaterne ganske vist et vidt skøn ved bedømmelsen af spørgsmålet om, hvilket vederlag de anser for at være rimeligt. Bestemmelsen tildeler dem dog derudover intet skøn med hensyn til, *om* de skal fastsætte et vederlag. Tværtimod fastsætter artikel 8, stk. 2, i direktiv 2006/115, at medlemsstaterne skal fastsætte et rimeligt vederlag både i tilfælde af en brug af et fonogram til radio- eller fjernsynsudsendelser og i tilfælde af en brug til en kommunikation til offentligheden.

137. For det andet bevæger en fortolkning, hvorefter medlemsstaterne ganske vist skal fastsætte et vederlag, men nominelt kan begrænse dette til nul, sig på den yderste kant af denne bestemmelses ordlyd. Også formålet med artikel 8, stk. 2, i direktiv 2006/115, der består i at sikre fonogramfremstillerne og de udøvende kunstnere en rimelig kompensation for, at der via den indirekte kommunikation af fonogrammerne sker et yderligere indgreb i deres beskyttede rettigheder, taler imod en sådan fortolkning.

138. For det tredje er Kommissionens argument, hvorefter der ved omfanget af medlemsstaternes skøn på EU-retligt niveau også skal tages hensyn til den skønsbeføjelse, som disse råder over på folkeretligt niveau, ikke overbevisende.

139. For det første skal der henvises til, at en medlemsstat ikke kan påberåbe sig en skønsbeføjelse, der består på folkeretligt niveau, hvis den er underlagt strengere krav på EU-retligt niveau. Kommissionens udgangspunkt forekommer mig derfor allerede fra begyndelsen at være urigtigt.

140. Der skal endvidere tages hensyn til, at EU selv er kontraherende part i WPPT og dermed er underlagt de folkeretlige forpligtelser i henhold til denne traktat. Efter loyalitetsprincippet skal en medlemmstat undlade at træffe alle foranstaltninger, der kan føre til, at EU ikke efterkommer sine folkeretlige forpligtelser.

141. EU er bundet af WPPT's artikel 15, der også for indirekte overføring fastsætter en ret til rimeligt vederlag. EU kan ikke påberåbe sig en undtagelse eller begrænsning med hensyn til denne bestemmelse. WPPT's artikel 15, stk. 3, er ikke relevant. Denne bestemmelse fastsætter, at enhver kontraherende part ved en meddelelse, der deponeres hos WIPO's generaldirektør, kan erklære, at den kun vil lade bestemmelserne i WPPT's artikel 15, stk. 1, finde anvendelse på bestemte former for brug, eller at den vil begrænse deres anvendelse på en anden måde, eller at den slet ikke vil anvende nævnte bestemmelser. EU har imidlertid ikke deponeret en sådan meddelelse. Der kan heller ikke i denne sammenhæng henvises til WPPT's artikel 16. Det første afsnit i denne bestemmelse gør det nemlig kun muligt for de kontraherende parter også at fastsætte begrænsninger og undtagelser, som de har

39 — Jf. punkt 78 i dette forslag til afgørelse.

fastsat vedrørende beskyttelsen af ophavsretten, for de beslægtede rettigheder. Der er således ikke tale om en standard, der muliggør en selvstændig begrænsning og undtagelser alene for beslægtede rettigheder. Heller ikke det andet afsnit i denne bestemmelse kan taget for sig udgøre et grundlag for en begrænsning eller undtagelse. Den fastsætter nemlig selv ingen mulighed for en begrænsning eller undtagelse, men begrænser tværtimod de kontraherende parters skøn med hensyn til undtagelser og begrænsninger, der er fastsat i henhold til WPPT.

142. Som foreløbig konklusion skal det fastholdes, at også Kommissionens argument, der er støttet på medlemsstaternes skøn, må forkastes.

iv) Virkningen af en radio- eller tv-licens

143. For så vidt som den græske regering endelig har henvist til, at der i bestemte lande skal betales en radio- eller tv-licens, som hotellerne også skal betale, er denne oplysning taget for sig heller ikke overbevisende. For så vidt som en sådan licens nemlig ikke anvendes til de udøvende kunstneres og fonogramfremstilleres rimelige vederlag, men derimod tjener andre formål, som f.eks. finansieringen af offentligretlige radio- og fjernsynstilbud, kan påberåbelsen af en sådan licens ikke få virkning til last for de udøvende kunstnere og fonogramfremstillere.

v) Konklusion

144. Artikel 8, stk. 2, i direktiv 2006/115 skal fortolkes således, at i et tilfælde, hvor en radio- eller fjernsynsvirksomhed allerede har betalt et rimeligt vederlag for brugen af fonogrammet i udsendelsen, skal en hotelejer, der skaffer sine gæster adgang til radio- og fjernsynsudsendelser på hotelværelserne, og således indirekte offentligt kommunikerer de fonogrammer, der bruges i udsendelserne, ligeledes betale et rimeligt vederlag for brugen af fonogrammerne.

3. Konklusion

145. Sammenfattende skal det fastholdes, at artikel 8, stk. 2, i direktiv 2006/115 skal fortolkes således, at en hotelejer, der i hotelværelserne opstiller fjernsyns- og/eller radioapparater og overfører et sendesignal til disse, er forpligtet til at betale et rimeligt vederlag for, at han indirekte kommunikerer de i udsendelserne brugte fonogrammer til offentligheden, også selv om radio- og fjernsynsvirksomhederne for deres vedkommende allerede har betalt et rimeligt vederlag for, at de har brugt disse fonogrammer i deres udsendelse.

VIII – Det tredje præjudicielle spørgsmål

146. Med det tredje præjudicielle spørgsmål ønsker den forelæggende ret oplyst, om medlemsstaterne i henhold til artikel 10, stk. 1, litra a), i direktiv 2006/115 har ret til at fritage hotelejere fra forpligtelsen til at betale et »rimeligt samlet vederlag«. Dette ville kræve, at den indirekte kommunikation til offentligheden af fonogrammer via radio- og fjernsynsapparater udgør en »privat brug« i henhold til denne bestemmelse.

A – *Parternes væsentligste argumenter*

147. *Sagsøgeren i hovedsagen* er af den opfattelse, at artikel 10, stk. 1, litra a), i direktiv 2006/115 ikke finder anvendelse i en sag som den foreliggende. Som det fremgår af Domstolens praksis i sagen SGAE mod Rafael Hoteles, foreligger der i et sådant tilfælde ingen privat brug i henhold til denne bestemmelse. Hotellet bruger fonogrammerne erhvervsmæssigt, idet det kommunikerer dem offentligt i økonomisk interesse. Hotelgæstens private form for brug eller stedet for brugen er ikke afgørende.

Artikel 10 i direktiv 2006/115, der i sin egenskab af undtagelsesbestemmelse skal fortolkes snævert, tillader i forvejen kun begrænsninger i kravet på et rimeligt vederlag og derfor ikke en så vidtgående undtagelse, som den irske ordning har fastsat. Endvidere opfylder ordningen ikke betingelserne i den i direktivets artikel 10, stk. 3, indeholdte tretrinstest.

148. Efter *Irlands* og den *græske regerings* samt *Kommissionens* opfattelse tillader artikel 10, stk. 1, litra a), i direktiv 2006/115 en medlemsstat at fastsætte en undtagelse som den irske ordning. Irland og den græske regering har først henvist til at hotelgæstens brug af radio- og fjernsynsapparater på hotelværelset er privat, da et hotelværelse hører til privatsfæren, der er beskyttet ved grundrettighederne. Efter Irlands opfattelse skal der tages udgangspunkt i de enkelte tilskuere i de enkelte værelser. Dommen i sagen SGAE mod Rafael Hoteles finder ikke anvendelse på den foreliggende sag. Domstolen fandt det jo i denne sag ikke uforeneligt, at hotelværelserne er af privat natur og at der alligevel finder en overføring til almenheden sted. Kommissionen har i denne forbindelse anført, at direktiv 2006/115 ikke fastsætter nogen definition af begrebet privat brug, og at det derfor står en medlemsstat frit for at definere bestemte steder som private steder, jf. artikel 10, stk. 1, i direktiv 2006/115. Efter Irlands og Kommissionens opfattelse er tretrinstesten efter artikel 10, stk. 3, i direktiv 2006/115 heller ikke til hinder for en anvendelse af artikel 10, stk. 1, litra a).

B – *Retlig vurdering*

149. Artikel 10, stk. 1, litra a), i direktiv 2006/115 fastsætter, at medlemsstaterne i forbindelse med privat brug kan indføre indskrænkninger i de i direktivets kapitel 2 nævnte rettigheder, hvortil også hører retten til et rimeligt vederlag i henhold til artikel 8, stk. 2, i direktiv 2006/115.

150. Denne bestemmelse skal fortolkes således, at en hotelejers forpligtelse til i henhold til artikel 8, stk. 2, i direktiv 2006/115 at betale et rimeligt vederlag for kommunikationen til offentligheden af fonogrammer i henhold til denne bestemmelse i et tilfælde som det foreliggende ikke kan begrænses.

151. Inden for rammen af artikel 10, stk. 1, litra a), i direktiv 2006/115 er det afgørende nemlig vurderingen af den pågældende brug. Endvidere er den offentlige eller private natur af den pågældende brug afgørende, men ikke den offentlige eller private natur af det sted, hvor denne brug finder sted [40].

152. Brugen af fonogrammerne, der i det foreliggende tilfælde har ført til, at kravet på rimeligt vederlag i henhold til artikel 8, stk. 2, i direktiv 2006/115 er opstået, er hotelejerens brug i form af en kommunikation til offentligheden. Denne brug forekommer mig ikke at kunne falde ind under undtagelsen efter artikel 10, stk. 1, litra a), i direktiv 2006/115, fordi hotelejerens brug i form af en kommunikation til offentligheden vanskeligt samtidig kan anses for at være hotelejerens private brug. Det er nemlig åbenbart, at begreberne »privat« og »offentlig« er antonymer [41].

153. Spørgsmålet, om en hotelgæsts adfærd på den pågældendes hotelværelse skal anses for at være en privat brug, er irrelevant for den foreliggende sag. Her er der ikke tale om anvendelsen af direktivets artikel 10, stk. 1, litra a), på en hotelgæsts brug, men derimod på hotelejerens brug. I et tilfælde som det foreliggende kan hotelejerens brug af fonogrammer nemlig udgøre en kommunikation til

40 — Jf. F.E. Mahr, »Die öffentliche Wiedergabe von Rundfunksendung im Hotelzimmer«, *Medien und Recht*, 2006, s. 372 ff., s. 376, der henviser til, at det afgørende ikke er stedet for kommunikationen, men udnyttelseshandlingen. Spørgsmålet, om stedet har privat karakter, afhænger nemlig af tekniske tilfældigheder i det enkelte tilfælde.

41 — Dette gøres også gældende med hensyn til de relevante begrebspar på folkeretligt niveau, jf. S. Ricketson, og J. Ginsburg, *International Copyright and Neighbouring Rights*, Volume I, Oxford, 2. oplag, 2006, punkt 12.02, ganske vist vedrørende Bernerkonventionen.

offentligheden, men derimod være en privat brug for hotelgæsten. Det af Domstolen i dommen i sagen SGAE mod Rafael Hoteles anførte forekommer mig også at skulle forstås på denne måde, idet Domstolen på trods af henvisningerne til hotelværelsers private karakter besvarede spørgsmålet, om der forelå en overføring til almenheden, bekræftende [42].

154. Det kan ikke foreholdes en sådan fortolkning af artikel 10, stk. 1, litra a), i direktiv 2006/115, at denne bestemmelse dermed mister enhver praktisk virkning. Denne bestemmelse beholder tværtimod et selvstændigt anvendelsesområde, nemlig med hensyn til brug, der ikke består i en kommunikation til offentligheden, men i en anden brug, som f.eks. optagelse, jf. artikel 7 i direktiv 2006/115.

155. Endelig må også Kommissionens udgangspunkt, hvorefter det i mangel af en legaldefinition af begrebet privat brug i artikel 10, stk. 1, litra a), i direktiv 2006/115 principielt står medlemsstaterne frit for at definere bestemte steder som private steder i henhold til denne bestemmelse, afvises. For det første er begrebet privat brug i henhold til artikel 10, stk. 1, litra a), i direktiv 2006/115 et selvstændigt EU-retligt begreb, der skal fortolkes ensartet i hele EU [43]. Den omstændighed, at der mangler en legaldefinition i direktivet, har således ikke uden videre til følge, at medlemsstaterne har et skøn med hensyn til fortolkningen af begrebet privat brug. Som jeg har redegjort for ovenfor, er der i det foreliggende tilfælde heller ikke tale om en sag, hvor bestemmelsens reguleringsgrad er så lav, at der tilkommer medlemsstaterne en bred skønsbeføjelse ved udfyldelsen af den EU-retlige ramme. Begrebet privat brug har derimod en ligeså skarp kontur som begrebet offentlighed i forbindelse med kommunikationen, da begreberne privat og offentlig gensidigt udelukker hinanden.

156. Som konklusion skal det fastholdes, at artikel 10, stk. 1, litra a), i direktiv 2006/115 skal fortolkes således, at en hotelejer, i et tilfælde, hvor han kommunikerer fonogrammer til offentligheden, ikke kan blive udelukket fra sin forpligtelse til at betale et rimeligt vederlag i henhold til denne bestemmelse, fordi han i et sådant tilfælde ikke foretager privat brug.

IX – Det fjerde præjudicielle spørgsmål

157. Med dette fjerde præjudicielle spørgsmål ønsker den forelæggende ret oplyst, om en hotelejer, som i hotelværelser stiller apparater (bortset fra fjernsyns- og radioapparater) og fonogrammer i fysisk eller digital form til rådighed, som kan afspilles eller høres ved hjælp af disse apparater, er en »bruger«, som foretager »kommunikation til offentligheden« af fonogrammerne i henhold til artikel 8, stk. 2, i direktiv 2006/115/EF.

A – *Parternes væsentligste argumenter*

158. *Sagsøgeren i hovedsagen* er af den opfattelse, at spørgsmålet skal besvares bekræftende. Det fremgår af Domstolens praksis, at en hotelejer i et sådant tilfælde foretager kommunikation til offentligheden over for hotelgæsterne, der ellers ikke ville have haft adgang til disse fonogrammer. Der er i dette tilfælde ikke tale om den blotte tilrådighedsstillelse af fysiske faciliteter, der muliggør overføring, som i henhold til 27. betragtning til direktiv 2001/29 ikke udgør overføring.

159. Efter *Irlands* og den *græske regering* samt *Kommissionens* opfattelse skal dette spørgsmål besvares benægtende. Den græske regering har henvist til sine bemærkninger vedrørende det første præjudicielle spørgsmål. Irland og Kommissionen er af den opfattelse, at det ikke udgør kommunikation til offentligheden, hvis hotelejeren stiller afspilleapparater og fonogrammer til rådighed for hotelgæsten, og hotelejeren er således heller ikke en bruger, der skal betale et vederlag efter artikel 8, stk. 2, i direktiv 2006/155.

42 — Nævnt ovenfor i fodnote 4, præmis 50-54.

43 — Jf. punkt 78 ff i dette forslag til afgørelse.

B – *Retlig vurdering*

160. Med det fjerde præjudicielle spørgsmål ønsker den forelæggende ret oplyst, om en hotelejer, der stiller afspilleapparater til fonogrammer og sådanne fonogrammer i fysisk eller digital form til rådighed for gæsterne på deres hotelværelser, skal betale et rimeligt vederlag i henhold til artikel 8, stk. 2, i direktiv 2006/115. I anmodningen om præjudiciel afgørelse præciserede retten, at der ikke er tale om interaktive transmissioner eller transmissioner *on demand*. Også i dette tilfælde er det afgørende, om hotelejeren i dette tilfælde bruger fonogrammer til en kommunikation til offentligheden. Jeg vil i det følgende først komme ind på begrebet kommunikation (1), inden jeg vil beskæftige mig med begrebet offentlighed i forbindelse med kommunikationen (2).

1. Begrebet kommunikation

161. Som jeg har redegjort for ovenfor [44], foreligger der en kommunikation i henhold til artikel 8, stk. 2, i direktiv 2006/115, hvis der foretages en direkte eller indirekte udsendelse af lyd eller lyd udtrykt i en anden form, der er optaget på et fonogram, idet dette også omfatter det forhold, at den lyd eller lyd udtrykt i en anden form, der er optaget på et fonogram, gøres hørbar. Det er således ikke afgørende, at den lyd, der er optaget på fonogrammet, gøres hørbar [45].

162. Disse betingelser for en kommunikation i henhold til artikel 8, stk. 2, i direktiv 2006/115 forekommer mig således at være til stede i et tilfælde som det foreliggende, hvor en hotelejer stiller både afspilleapparater og de dertilhørende fonogrammer til rådighed for hotelgæsterne.

163. Kommissionen har i denne forbindelse anført, at begrebet kommunikation til offentligheden i henhold til artikel 8, stk. 2, i direktiv 2006/115 principielt ikke må fortolkes bredere end begrebet overføring til almenheden i henhold til artikel 3, stk. 1, i direktiv 2001/29. Der skal tages hensyn til, at EU-lovgiver har villet fastsætte et højere beskyttelsesniveau for ophavsrettigheder end for fonogramfremstillerne og de udøvende kunstneres beslægtede rettigheder, og det er således i strid med ordningen at tildele fonogramfremstillere og udøvende kunstnere i henhold til artikel 8, stk. 2, i direktiv 2006/115 videregående rettigheder end ophavsmænd i henhold til artikel 3, stk. 1, i direktiv 2001/29. Af denne grund skal der tages hensyn til 23. og 27. betragtning til direktiv 2001/29.

164. 27. betragtning til direktiv 2001/29 er imidlertid ikke til hinder for antagelsen om, at der foreligger en kommunikation i det foreliggende tilfælde. Den skal nemlig forstås således at personer, der stiller afspilleapparater til rådighed uden samtidig at have kontrol over adgangen til ophavsretligt beskyttede værker, dermed endnu ikke foretager en overføring til almenheden. Dette er f.eks. tilfældet, hvis fjernsyns- eller radioapparater sælges eller udlejes, eller når en internet service provider alene stiller adgangen til internettet til rådighed. I et tilfælde som det foreliggende begrænser hotelejeren sig imidlertid ikke til alene at stille afspilleapparater til rådighed. Han stiller tværtimod målrettet også fonogrammer til rådighed for hotelgæsten og formidler således en direkte adgang for hotelgæsterne til de lyde, der er lagret på fonogrammerne.

165. Som resultat kan det fastholdes, at en hotelejer, der ikke blot stiller afspilleapparater, men også de tilsvarende fonogrammer, til rådighed, gør de på fonogrammerne lagrede ophavsretligt beskyttede værker tilgængelige og fonogrammerne hørbare, således at der foreligger en overføring til almenheden i henhold til artikel 3, stk. 1, i direktiv 2001/29 og en kommunikation til offentligheden i henhold til artikel 8, stk. 2, i direktiv 2006/115.

44 — Jf. punkt 85-89 i dette forslag til afgørelse.

45 — Jf. punkt 89 i dette forslag til afgørelse.

2. Begrebet offentlighed

166. Som anført ovenfor [46], skal begrebet almenheden i artikel 3, stk. 1, i direktiv 2001/29 og begrebet offentligheden i artikel 8, stk. 2, i direktiv 2006/115 principielt fortolkes ens, således at de af Domstolen i dommen i sagen SGAE mod Rafael Hoteles udarbejdede kriterier kan anvendes.

167. Også ved en overladelse af afspilleapparater og fonogrammer i fysisk eller digital form offentliggøres fonogrammerne for et nyt publikum, hvilket, på grund af det forhold, at hotelgæsterne følger hinanden med korte mellemrum, fører til en kumulativ virkning og således til en tilgængeliggørelse af stor betydning.

168. De faktiske omstændigheder kan i øvrigt også sammenlignes med de faktiske omstændigheder, der lå til grund for denne dom, fordi en hotelejer, som helt bevidst om følgerne af sine handlinger skaffer gæsterne adgang til de beskyttede værker, forfølger det formål, at underholde en bredere kreds. Endvidere udgør tilvejebringelsen af adgangen til værkerne også i den foreliggende sag en yderligere tjenesteydelse, der erlægges, for at drage en bestemt nytte heraf, og som således kan få betydning for værelsernes pris.

169. Som argument imod antagelsen af, at der foreligger en kommunikation til offentligheden i henhold til artikel 8, stk. 2, i direktiv 2006/115, kan der heller ikke henvises til 23. betragtning til direktiv 2001/29.

170. For det første skal det med denne betragtning alene præciseres, at direkte opførelser og fremførelser af værket ikke skal være omfattet af begrebet overføring til almenheden i henhold til artikel 3, stk. 1, i direktiv 2001/29 [47]. En direkte opførelse eller fremførelse af et værk foreligger ikke her.

171. For det andet kan denne tanke alligevel ikke overføres på kommunikationen af et fonogram i henhold til artikel 8, stk. 2, i direktiv 2006/115. Begrebet kommunikation i henhold til artikel 8, stk. 2, i direktiv 2006/115 skal nemlig fortolkes under hensyntagen til denne bestemmelses særlige kontekst og således under hensyntagen til WPPT's artikel 15, sammenholdt med artikel 2, litra g). Herefter foreligger der en overføring af fonogrammer, hvis lyd, der er optaget på et fonogram, gøres hørbar for offentligheden. Med denne definition har de kontraherende parter i WPPT villet præcisere, at der også foreligger en overføring til almenheden i henhold til WPPT's artikel 15, hvis overføringen af fonogrammet sker for et publikum, der er til stede på stedet for overføringen af fonogrammet [48].

172. For en indgående behandling af betydningen af 23. betragtning til direktiv 2001/29 for begrebet kommunikation til offentligheden i henhold til artikel 8, stk. 2, i direktiv 2006/115 henviser jeg til punkt 90-109, samt til punkt 114-125 i mit forslag til afgørelse i sagen SCF Consorzio Fonografici.

173. I et tilfælde som det foreliggende er kommunikationen således også offentlig.

3. Begrebet bruger

174. Som anført ovenfor [49], skal enhver, der kommunikerer fonogrammerne offentligt i henhold til artikel 8, stk. 2, i direktiv 2006/115, anses for at være bruger i henhold til denne bestemmelse.

46 — Jf. punkt 94-110 i dette forslag til afgørelse.

47 — Jf. meddelelse fra Kommissionen til Europa-Parlamentet i henhold til EF-traktatens artikel 251, stk. 2, andet afsnit, vedrørende Rådets fælles holdning med henblik på vedtagelse af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om harmonisering af visse aspekter af ophavsret og beslægtede rettigheder i informationssamfundet, SEK(2000) 1734 endelig.

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

49 — Jf. punkt 114-117 i dette forslag til afgørelse.

4. Konklusion

175. Som konklusion skal det således fastholdes, at en hotelejer, der stiller afspilleapparater til fonogrammer og fonogrammerne hertil i fysisk eller digital form til rådighed for gæsterne på deres hotelværelser, bruger disse fonogrammer til en kommunikation til offentligheden i henhold til artikel 8, stk. 2, i direktiv 2006/115 og skal således betale et rimeligt vederlag herfor i henhold til artikel 8, stk. 2, i direktiv 2006/115.

X – Det femte præjudcielle spørgsmål

176. Med det femte præjudicielle spørgsmål ønsker den forelæggende ret oplyst, om medlemsstaterne, for det tilfælde, at det fjerde præjudicielle spørgsmål besvares bekræftende, har ret til at fritage hotelejere fra forpligtelsen til at betale et »et rimeligt, samlet vederlag«, fordi der er tale om en »privat brug« i henhold til artikel 10, stk. 1, litra a), i direktiv 2006/115.

A – *Parternes væsentligste argumenter*

177. *Sagsøgeren i hovedsagen* er af den opfattelse, at dette spørgsmål af de samme grunde som dem, der blev anført i forbindelse med det tredje præjudicielle spørgmål, må besvares benægtende. Efter *Irlands* og den *græske regerings* opfattelse skal dette spørgsmål besvares bekræftende. Irland har anført, at der i et tilfælde som det foreliggende er tale om privat brug. Den græske regering har henvist til de argumenter, den anførte i forbindelse med det tredje spørgsmål. Efter *Kommissionens* opfattelse er det på grund af besvarelsen af det fjerde præjudicielle spørgsmål ikke nødvendigt at behandle det sidste spørgsmål.

B – *Retlig vurdering*

178. Det femte spørgsmål skal besvares benægtende. Som det allerede fremgår af det anførte vedrørende det tredje spørgsmål, kan begrænsningen til en privat brug efter artikel 10, stk. 1, litra a), i direktiv 2006/115 ikke finde anvendelse i det tilfælde, hvor der foreligger en brug i form af en kommunikation til offentligheden.

XI – Forslag til afgørelse

179. Af ovennævnte grunde foreslår jeg Domstolen at besvare de præjudicielle spørgsmål således:

»1) Artikel 8, stk. 2, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2006/115/EF af 12. december 2006 om udlejnings- og udlånsrettigheder samt om visse andre ophavsretsbeslægtede rettigheder i forbindelse med intellektuel ejendomsret (kodificeret udgave), henholdsvis 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 fortolkes således, at en ejer af et hotel eller af pensionatsværelser, der i værelserne opstiller fjernsynsapparater og/eller radioer, hvortil han overfører et sendesignal, bruger de i udsendelserne afspillede fonogrammer til en indirekte kommunikation til offentligheden.

2) I et sådant tilfælde er medlemsstaterne ved gennemførelsen af direktiv 2006/115, henholdsvis direktiv 92/100, forpligtede til også at fastsætte et krav på rimeligt vederlag mod ejeren af hotellet eller pensionatsværelserne, hvis radio- og fjernsynsvirksomheden har betalt et rimeligt vederlag for brugen af fonogrammerne i deres udsendelser.

3) Artikel 8, stk. 2, i direktiv 2006/115, henholdsvis direktiv 92/100, skal fortolkes således, at en hotelejer, der for gæsterne på deres værelser stiller afspilleapparater til fonogrammer af anden art end fjernsyns- eller radioapparater og dertil hørende fonogrammer i fysisk eller digital form, som kan afspilles eller høres med et sådant apparat, til rådighed, bruger disse fonogrammer til en kommunikation til offentligheden.

4) Artikel 10, stk. 1, litra a), i direktiv 2006/115, henholdsvis direktiv 92/100, skal fortolkes således, at en ejer af et hotel eller pensionatsværelser, der bruger et fonogram til kommunikation til offentligheden, ikke bruger disse privat, og en undtagelse fra kravet på rimeligt vederlag i henhold til artikel 8, stk. 2, i direktiv 2006/115 heller ikke er mulig, hvis gæstens brug på værelset er af privat karakter.«