Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
V. TRSTENJAK
fremsat den 17. januar 2012 [1]

Sag C-510/10

DR
TV2 Danmark A/S
mod
NCB

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Østre Landsret (Danmark))

»Ophavsret og beslægtede rettigheder — direktiv 2001/29/EF — artikel 5, stk. 2, litra d) — betingelser for en undtagelse til retten til reproduktion — efemere optagelser af værker foretaget af radio- og fjernsynsforetagender ved hjælp af egne midler og til egne udsendelser — radio- og fjernsynsforetagende, der hos eksterne og uafhængige tv-produktionsselskaber har bestilt optagelser med det formål at udsende dem i forbindelse med egne udsendelser«

I – Indledning

1. Den foreliggende anmodning om præjudiciel afgørelse fra den danske Østre Landsret vedrører fortolkning af artikel 5, stk. 2, litra d), 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 [2] (herefter »infosoc-direktivet«).

2. Denne bestemmelse giver medlemsstaterne mulighed for at fastsætte en begrænsning af den i dette direktivs artikel 2 fastsatte ret til reproduktion af immaterialretligt beskyttede værker med hensyn til såkaldt efemere optagelser af værker [3], der er foretaget af radio- og fjernsynsforetagender ved hjælp af egne midler og til egne udsendelser.

3. Endog efter gennemførelsen af infosoc-direktivet præciserer den danske lov om ophavsret ikke de betingelser, på grundlag af hvilke det kan fastslås, at en optagelse er foretaget af radio- og fjernsynsforetagendet »ved hjælp af egne midler og til egne udsendelser« [4]. Dette problem er det centrale i hovedsagen, hvori den forelæggende ret ved anvendelse af infosoc-direktivets artikel 5, stk. 2, litra d), skal træffe afgørelse om fjernsynsprogrammer, der af radio- og fjernsynsforetagendet er bestilt hos eksterne produktionsselskaber.

1 — Originalsprog i forslaget til afgørelse: tysk. Processprog: dansk.

2 — EFT L 167, s. 10.

3 — Dette begreb stammer fra begrebet efemere optagelser i Bernerkonventionen til værn for litterære og kunstneriske værker, hvori det blev indført i 1948. Det beskriver et typisk radiofænomen: Med henblik på forberedelse af en senere tidsforskudt udsendelse kan det være nødvendigt, at bidragene fra de af radioforetagendet dertil engagerede ophavsmænd og kunstnere optages på tekniske anordninger. De således frembragte optagelser betegnes som efemere optagelser, hvorved det dog i Bernerkonventionen er uafklaret, hvor længe de kan opbevares. De er ligeledes accessoriske, idet optagelsen alene tjener til udførelsen af udsendelsesretten til de optagne værker og ikke må udnyttes på nogen anden måde (H. Ruijsenaars, *Zur Vergänglichkeit von »ephemeren Aufnahmen«*, ZUM 1999, s. 707, 708).

4 — Jf. forelæggelsesafgørelsen, s. 6.

4. På denne baggrund ønsker den forelæggende ret i det væsentlige oplyst, om, og i bekræftende fald under hvilke betingelser, optagelsen af et fjernsynsprogram foretaget af et produktionsselskab, når et radio- og fjernsynsforetagende til brug for egne udsendelser har bestilt produktionen af det pågældende program hos dette produktionsselskab, kan anses for at være foretaget af radio- og fjernsynsforetagendet »ved hjælp af egne midler og til egne udsendelser« i henhold til infosoc-direktivets artikel 5, stk. 2, litra d), sammenholdt med 41. betragtning hertil.

II – Den retlige ramme

A – *EU-retten*

5. Infosoc-direktivets artikel 2 (»Retten til reproduktion«) bestemmer:

»Medlemsstaterne indfører en eneret til at tillade eller forbyde direkte eller indirekte, midlertidig eller permanent reproduktion på en hvilken som helst måde og i en hvilken som helst form, helt eller delvis:

a) for ophavsmænd for så vidt angår deres værker

[…]«

6. Samme direktivs artikel 3 (»Retten til overføring af værker til almenheden og retten til tilrådighedsstillelse for almenheden af andre frembringelser«) bestemmer:

»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.

[…]«

7. Infosoc-direktivets artikel 5, stk. 2, bestemmer:

»Medlemsstaterne kan indføre undtagelser fra eller indskrænkninger i den i artikel 2 nævnte ret til reproduktion med hensyn til:

[…]

d) efemere optagelser af værker foretaget af radio- og fjernsynsforetagender ved hjælp af egne midler og til egne udsendelser […]«

8. Vedrørende begrebet »egne midler« fremgår følgende af 41. betragtning til infosoc-direktivet:

»Når undtagelsen eller indskrænkningen gælder efemere optagelser foretaget af radio- og fjernsynsforetagender, antages radio- og fjernsynsforetagendets egne midler at omfatte midler tilhørende en person, der handler på radio- og fjernsynsforetagendets vegne og[5] under dette foretagendes ansvar.«

9. I Rådets fælles holdning (EF) nr. 48/2000[6] fremgår følgende af punkt 27:

»Bestemmelsen i artikel 5, stk. 2, litra d), er blevet føjet til listen over undtagelser i Kommissionens ændrede forslag efter et forslag fra Europa-Parlamentet (ændring 39). Rådet har […] tilføjet en anden bestemmelse i denne litra for at tilpasse ordlyden til artikel 11 [bis] i Bernerkonventionen. Rådet har også præciseret begrebet »ved hjælp af egne midler« i […] [41. betragtning] for at give medlemsstaterne tilstrækkelig fleksibilitet til at tilpasse deres lovgivning til markedsændringerne.«

5 — De forskellige sprogversioner er på dette punkt ikke ensartede, hvilken omstændighed den forelæggende ret henviser til i sit andet spørgsmål. De sprogversioner, der som den tyske anvender bindeordet »eller«, der forudsætter mulighed for en alternativ løsning, er i mindretal i forhold til sprogversionerne med den kumulative formulering »og«.

6 — Fælles holdning (EF) nr. 48/2000 fastlagt af Rådet den 28.9.2000 i henhold til fremgangsmåden i artikel 251 i traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab med henblik på vedtagelse af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om harmonisering af visse aspekter af ophavsret og beslægtede rettigheder i informationssamfundet (EFT C 344, s. 1).

B – *International ret*

10. Artikel 11 bis i Bernerkonventionen til værn for litterære og kunstneriske værker (Parisakten af 24. juli 1971), som ændret den 28. september 1979 (herefter »Bernerkonventionen«), bestemmer:

»1) Ophavsmænd til litterære og kunstneriske værker har eneret til at tillade:

i) radioudsendelse af deres værker eller overføring af disse til almenheden ved hjælp af ethvert andet middel, der tjener til trådløst at udsprede tegn, lyde eller billeder

ii) enhver offentlig gengivelse med eller uden tråd af det radioudsendte værk, når denne gengivelse iværksættes af en anden organisation end den oprindelige

iii) enhver offentlig gengivelse af det radioudsendte værk med hjælp af højttaler eller ethvert andet lignende instrument, der kan overføre tegn, lyde eller billeder.

[…]

3) Hvis ikke andet er aftalt, indbefatter en tilladelse, der gives i overensstemmelse med denne artikels stk. 1, ikke tilladelse til at optage det radioudsendte værk ved hjælp af anordninger, der kan optage lyd eller billeder. Det er dog forbeholdt unionslandenes lovgivning at fastsætte bestemmelser med hensyn til midlertidigt prægede optagelser, som foretages af et radioforetagende med dets egne hjælpemidler og til brug for dets egne udsendelser. Ved en sådan lovgivning kan der gives adgang til opbevaring af sådanne optagelser i officielle arkiver på grund af deres exceptionelt dokumentariske karakter.«

C – *National ret*

11. § 31 i den danske ophavsretslov[7] bestemmer:

»1. Radio- og fjernsynsforetagender må til brug i deres udsendelser optage værker på bånd, film eller anden indretning, der kan gengive dem, under forudsætning af, at de har ret til at udsende de pågældende værker. Retten til at gøre således optagne værker tilgængelige for almenheden afhænger af de i øvrigt gældende regler.

2. Kulturministeren kan fastsætte nærmere regler om vilkårene for at foretage sådanne optagelser og om brugen og opbevaringen af disse.«

12. I forbindelse med gennemførelsen i Danmark af infosoc-direktivet gik den nationale lovgiver ifølge forelæggelsesafgørelsen[8] ud fra, at den undtagelse, der er indeholdt i direktivets artikel 5, stk. 2, litra d), allerede forefandtes i den gældende lovs § 31. Gennemførelsen af nævnte direktivs artikel 5, stk. 2, litra d), gav derfor ikke anledning til ændring af § 31 i den danske ophavsretslov, ligesom der ikke blev taget stilling til spørgsmålet om relevansen af 41. betragtning til infosoc-direktivet.

III – Hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål

13. Hovedsagen vedrører en tvist om, hvordan undtagelsesbestemmelsen i den danske ophavsretslovs § 31 vedrørende optagelse til brug for udsendelse skal fortolkes, når optagelsen foretages i forbindelse med fjernsynsprogrammer, der er bestilt af et fjernsynsforetagende hos tredjemand til brug for fjernsynsforetagendets egne udsendelser.

7 — Lovbekendtgørelse nr. 202 af 27.2.2010.

8 — Jf. dennes s. 6.

14. Det er særligt spørgsmålet, om og i hvilket omfang infosoc-direktivet i forhold til en direktivkonform fortolkning har nogen indflydelse på anvendelsen af den omhandlede § 31, og hvorledes direktivets bestemmelser vedrørende radio- og fjernsynsforetagender nærmere skal forstås.

15. Denne sag vedrører en tvist mellem på den ene side Nordisk Copyright Bureau og på den anden side to radio- og fjernsynsforetagender, DR og TV2 Danmark.

16. Nordisk Copyright Bureau (herefter »NCB«) er et nordisk-baltisk selskab, der i samarbejde med tilsvarende copyrightselskaber verden over administrerer rettighederne til indspilning og kopiering af musik på cd, dvd, film, video, internettet m.v. – de såkaldte mekaniske rettigheder – for komponister, sangskrivere og musikforlag.

17. DR er et i Danmark landsdækkende radio- og fjernsynsforetagende, der finansieres gennem licens. TV2 Danmark (herefter »TV2«) er et landsdækkende fjernsynsforetagende, der er kommercielt finansieret gennem tv-reklamer.

18. Til radio- og fjernsynsprogrammerne, der sendes af DR og TV2, hører også programmer, der er produceret af tredjemand efter nærmere aftale med DR eller TV2 med henblik på førstegangsudsendelse foretaget af de sidstnævnte. DR producerer ganske vist som udgangspunkt selv sine egne udsendelser, men er ligeledes med henblik på at styrke det private produktionsmiljø forpligtet til gennem en såkaldt public service-kontrakt med kulturministeren i tiltagende omfang at bestille fjernsynsprogrammer hos tredjemand. TV2 har derimod fra oprettelsen været baseret på en såkaldt »entreprisemodel«, hvorefter alle fjernsynsprogrammer, på nær nyheds- og aktualitetsprogrammer og spillefilm, der er omfattet af licenskontrakter, skal bestilles hos tredjemand.

19. DR's og TV2's stigende anvendelse af uafhængige, eksterne tv-produktionsselskaber har skærpet en ældre tvist mellem parterne om, hvorvidt den i lov fastsatte undtagelse også omfatter optagelser, som foretages af uafhængige, eksterne tv-produktionsselskaber efter bestilling fra DR eller TV2 til førstegangsudsendelse via DR eller TV2.

20. Konkret drejer det sig om musik, der indgår i tv-produktionen enten som hovedgenstand i udsendelsen eller som underordnet element i form af ledsagende baggrundsmusik, og om de dertil knyttede økonomiske krav fra visse administrationsselskaber [9].

21. På baggrund heraf har den forelæggende ret forelagt Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Skal udtrykkene »ved hjælp af egne midler« i […] artikel 5, stk. 2, litra d), [i direktiv 2001/29/EF] og »på radio- og fjernsynsforetagendets vegne og [10] under dette foretagendes ansvar« i [41. betragtning til] samme direktiv […] fortolkes i henhold til national ret eller fællesskabsretten?

2) Skal det, som f.eks. i den danske, engelske og franske sprogversion af […] artikel 5, stk. 2, litra d), [i direktiv 2001/29/EF] lægges til grund, at ordlyden af bestemmelsen er »på radio- og fjernsynsforetagendets vegne og under dette foretagendes ansvar«, eller skal det lægges til grund, som f.eks. i den tyske sprogversion, at ordlyden af bestemmelsen er »på radio- og fjernsynsforetagendets vegne eller under dette foretagendes ansvar«?

3) Under forudsætning af, at de i spørgsmål 1 anførte udtryk skal fortolkes i henhold til fællesskabsretten spørges: Hvilke kriterier skal den nationale domstol lægge til grund ved den konkrete vurdering af, om en optagelse foretaget af tredjemand [(herefter »producenten«)] til brug for et radio- og fjernsynsforetagendes udsendelser er foretaget »ved hjælp af egne midler«, herunder »på radio- og fjernsynsforetagendets vegne [og/eller] under dette foretagendes ansvar«, således at optagelsen er omfattet af den i [direktivets] artikel 5, stk. 2, litra d), hjemlede undtagelse?

9 — Jf. hertil punkt 5 og 6 i NCB's skriftlige indlæg, punkt 2-10 i DR's og TV2's skriftlige indlæg og punkt 4-7 i Kommissionens skriftlige indlæg.

10 — I realiteten hører den danske affattelse af direktivet til dem, der i 41. betragtning indeholder en kumulativ formulering med bindeordet »og« (»Når undtagelsen eller indskrænkningen gælder efemere optagelser foretaget af radio- og fjernsynsforetagender, antages radio- og fjernsynsforetagendets egne midler at omfatte midler tilhørende en person, der handler på radio- og fjernsynsforetagendets vegne *og* under dette foretagendes ansvar.« (alene fremhævet her)).

Der ønskes ved besvarelsen af dette spørgsmål 3 særligt svar på følgende spørgsmål:

a) Skal begrebet »egne midler« i artikel 5, stk. 2, litra d), i direktiv 2001/29/EF forstås således, at en optagelse foretaget af [p]roducenten til brug for et radio- og fjernsynsforetagendes udsendelser alene er omfattet af den ved artikel 5, stk. 2, litra d), hjemlede undtagelse, såfremt radio- og fjernsynsforetagendet over for tredjemand hæfter for [p]roducentens handlinger og undladelser relateret til optagelsen, som om radio- og fjernsynsforetagendet selv havde foretaget disse handlinger og undladelser?

b) Er betingelsen om, at optagelsen skal foretages »på radio- og fjernsynsforetagendets vegne [og/eller] under dettes ansvar«, opfyldt, såfremt et radio- og fjernsynsforetagende har bestilt [p]roducenten til at foretage optagelsen med det formål, at det pågældende radio- og fjernsynsforetagende kan udsende den pågældende optagelse, og under forudsætning af, at det pågældende radio- og fjernsynsforetagende har ret til at udsende den pågældende optagelse?

   Det ønskes oplyst, om, og i bekræftende fald med hvilken vægt, følgende forhold kan eller skal tillægges betydning ved besvarelsen af spørgsmål 3b),

   i) [o]m det er radio- og fjernsynsforetagendet eller [p]roducenten, der i henhold til disse parters aftale har den sidste og afgørende kunstneriske/redaktionelle beslutning vedrørende det bestilte programs indhold

   ii) [o]m radio- og fjernsynsforetagendet over for tredjemand hæfter for [p]roducentens forpligtelser relateret til optagelsen, som om radio- og fjernsynsforetagendet selv havde foretaget disse handlinger og undladelser

   iii) [o]m [p]roducenten i henhold til aftalen med radio- og fjernsynsforetagendet er kontraktuelt forpligtet til at levere det pågældende program til radio- og fjernsynsforetagendet til en bestemt pris og inden for denne pris er forpligtet til at afholde alle udgifter, der måtte være forbundet med optagelsen

   iv) [o]m det er radio- og fjernsynsforetagendet eller [p]roducenten, der har ansvaret for den pågældende optagelse over for tredjemand.

c) Er betingelsen om, at optagelsen skal foretages »på radio- og fjernsynsforetagendets vegne [og/eller] under dettes ansvar«, opfyldt, såfremt et radio- og fjernsynsforetagende har bestilt [p]roducenten til at foretage optagelsen med det formål, at det pågældende radio- og fjernsynsforetagende kan udsende den pågældende optagelse, og under forudsætning af, at det pågældende radio- og fjernsynsforetagende har ret til at udsende den pågældende optagelse, såfremt [p]roducenten i aftalen med radio- og [fjernsyns]foretagendet vedrørende optagelsen har påtaget sig det økonomiske og juridiske ansvar for (i) afholdelse af samtlige de med optagelsen forbundne udgifter mod betaling af et forud fastsat beløb, (ii) ansvaret for køb af rettigheder samt (iii) ansvaret for uforudsete forhold, herunder forsinkelse af optagelsen og misligholdelsesansvar, men uden at radio- og fjernsynsforetagendet over for tredjemand hæfter for [p]roducentens forpligtelser relateret til optagelsen, som om radio- og fjernsynsforetagendet selv havde foretaget disse handlinger og undladelser?«

IV – Om antagelsen til behandling af de præjudicielle spørgsmål

22. Domstolen kan kun afslå at træffe afgørelse vedrørende et præjudicielt spørgsmål fra en national ret, når det klart fremgår, at den ønskede fortolkning af EU-retten savner enhver forbindelse med realiteten i hovedsagen eller dennes genstand, når problemet er af hypotetisk karakter, eller når Domstolen ikke råder over de faktiske og retlige oplysninger, som er nødvendige for, at den kan foretage en saglig korrekt besvarelse af de stillede spørgsmål [11].

11 — Domstolens dom af 18.12.2007, sag C-341/05, Laval un Partneri, Sml. I, s. 11767, præmis 46 og den deri nævnte retspraksis.

23. Parterne har i hovedsagen gjort forskellige standpunkter gældende til spørgsmålet om, hvorvidt infosoc-direktivet, som ifølge de forelagte spørgsmål ønskes fortolket, har nogen relevans i den for den forelæggende ret verserende sag.

24. Radio- og fjernsynsforetagenderne har henvist til, at den i infosoc-direktivet indeholdte vending »ved hjælp af egne midler og til egne udsendelser« slet ikke er indeholdt i den danske ophavsretslovs § 31 og derfor slet ikke skal finde anvendelse i hovedsagen. I øvrigt er infosoc-direktivets artikel 5, stk. 2, litra d), ikke umiddelbart anvendelig, og betingelsen om, at optagelserne skal foretages »ved hjælp af egne midler«, kan ikke indfortolkes i den danske ophavsretslovs § 31, når den danske lovgiver ikke har bestemt dette.

25. Modsat gøres det gældende af NCB, at der efter infosoc-direktivets artikel 5, stk. 2, litra d), gælder en betingelse om, at optagelserne skal være foretaget »ved hjælp af egne midler«, og at denne betingelse også finder anvendelse under dansk ret, idet ophavsretslovens § 31 skal fortolkes direktivkonformt.

26. Hvis den danske dommer i hovedsagen af retlige grunde klart ikke kan tage direktivbestemmelsen i betragtning, dvs. hvis det ikke er muligt med den nationale rets redskaber at foretage en direktivkonform fortolkning, ville det kunne diskuteres, om anmodningen om præjudiciel afgørelse skulle antages til behandling på grund af de forelagte spørgsmåls manglende relevans for afgørelsen af hovedtvisten [12].

27. I overensstemmelse med fast retspraksis inden for rammerne af det samarbejde, der i henhold til artikel 267 TEUF er indført mellem Domstolen og de nationale retsinstanser, tilkommer det imidlertid udelukkende den nationale retsinstans, for hvem en tvist er indbragt, og som har ansvaret for den retsafgørelse, der skal træffes, på grundlag af omstændighederne i den konkrete sag at vurdere, såvel om en præjudiciel afgørelse er nødvendig for, at den kan afsige dom, som relevansen af de spørgsmål, den forelægger Domstolen. Når de stillede spørgsmål vedrører fortolkningen af EU-retten, er Domstolen derfor principielt forpligtet til at træffe afgørelse [13].

28. I nærværende sag omhandler de forelagte spørgsmål fortolkning af EU-retten, og der er ikke grundlag for at antage, at det ikke skulle kunne være muligt at foretage en direktivkonform fortolkning af national ret. Det i punkt 12 i dette forslag til afgørelse anførte taler snarere mod radio- og fjernsynsforetagendernes standpunkt om, at hensyntagen til direktivbestemmelsen er udelukket i hovedtvisten. Da den nationale lovgiver i forbindelse med gennemførelsen af direktivet har afholdt sig fra at ændre ophavsretslovens § 31 i den overbevisning, at denne bestemmelse allerede i sin foreliggende form er forenelig med EU-retten, er det nærliggende ved fortolkningen af denne bestemmelse at tage hensyn til lovgivers vilje, om end denne muligvis er utilstrækkeligt udtrykt. Den forelæggende ret har under alle omstændigheder ikke udtrykkeligt givet udtryk for den opfattelse, at noget sådant ikke skulle være muligt. Dennes prærogativ ved vurderingen af relevansen af de forelagte spørgsmål for hovedsagen skal dermed følges, og der bør tages udgangspunkt i, at de forelagte spørgsmål har sammenhæng med hovedsagens realitet eller genstand, og at det rejste problem ikke er af ren hypotetisk karakter [14].

V – Vurdering af de præjudicielle spørgsmåls indhold

29. De forelagte spørgsmål vedrører i det væsentlige begrebet »egne midler« og dettes fortolkning i sammenhæng med infosoc-direktivet.

12 — Vedrørende et lignende formalitetsproblem – ganske vist i forbindelse med fortolkningen af en rammeafgørelse – jf. Domstolens nylige dom af 15.9.2011, forenede sager C-483/09 og C-1/10, Gueye, Sml. I, s. 8263, præmis 34-45, og generaladvokat Kokotts forslag til afgørelse i denne sag, punkt 21-32, hvori spørgsmålet om en mulig retsstridig fortolkning af national ret drøftes.

13 — Gueye-dommen (nævnt ovenfor i fodnote 12), præmis 39 og den deri nævnte retspraksis.

14 — Det er derfor ikke nødvendigt at undersøge, om det er muligt ifølge de i dansk national ret til rådighed stående lovfortolkningsinstrumenter, ligesom den tyske Bundesgerichtshof som opfølgning på dom af 17.4.2008, sag 404/06, Quelle, Sml. I, s. 2685, at videreudvikle gældende national ret med henblik på en direktivkonform retsdannelse, der er frigjort fra ordlyden (jf. BGH, dom af 26.11.2008, VIII ZR 200/05, bl.a. trykt i ZGS 2009, 85).

A – *Om det første præjudicielle spørgsmål*

30. Med det første spørgsmål ønsker den forelæggende ret oplyst, om formuleringen »ved hjælp af egne midler« og »på radio- og fjernsynsforetagendets vegne [og/eller] under dette foretagendes ansvar« skal fortolkes i henhold til national ret eller EU-retten.

1. Parternes argumenter

31. Parternes meninger om det første spørgsmål er delte: Mens radio- og fjernsynsforetagenderne har udtalt sig til fordel for et rent fortolkningsudgangspunkt i national ret, idet det omhandlede direktiv ikke indeholder en begrebsdefinition og ikke tilsigter nogen harmonisering [15], finder den spanske regering, Kommissionen og NCB, at det er nødvendigt at foretage en uafhængig EU-retlig fortolkning.

2. Vurdering af det præjudicielle spørgsmål

32. At foretage en fortolkning af formuleringen »ved hjælp af egne midler« i infosoc-direktivets artikel 5, stk. 2, litra d), og »på radio- og fjernsynsforetagendets vegne [og/eller] under dette foretagendes ansvar« i 41. betragtning efter national ret synes mig ikke at være formålstjenligt, og en sådan fortolkning kan især ikke være en følge af, at der i direktivet mangler en særlig definition, herunder i form af et definitionskatalog.

33. Ydermere følger det i henhold til Domstolens faste retspraksis af såvel kravene om en ensartet anvendelse af EU-retten som af lighedsprincippet, at en bestemmelse i EU-retten, som ikke indeholder nogen udtrykkelig henvisning til medlemsstaternes ret med henblik på at fastlægge dens betydning og rækkevidde, normalt i hele Unionen skal undergives en uafhængig og ensartet fortolkning [16].

34. Vedrørende begrebet »egne midler« mangler for det første en henvisning til national ret, og for det andet præciserer infosoc-direktivet – ganske vist kun perifert – dette begreb i 41. betragtning hertil, hvilket tydeliggør, at EU-retten selv har gjort sig anstrengelser for at fastlægge en særlig forklaring af begrebet i direktivet og i 41. betragtning tilbyder et fortolkningsbidrag.

35. For det tredje anskueliggør infosoc-direktivets genstand og formål den omstændighed, at det også emnemæssigt er nødvendigt med en uafhængig EU-retlig begrebsforståelse på grund af betydningen af den grænseoverskridende økonomiske sammenfletning i hele EU. I den forbindelse henvises til oplysningerne i den seneste Brüstle-dom og Padawan-dommen [17].

36. Da der ikke ses at være nogen grund til at fravige tilgangen med en uafhængig og ensartet fortolkning af reglerne, skal det første forelagte spørgsmål besvares med, at formuleringerne »ved hjælp af egne midler« i infosoc-direktivets artikel 5, stk. 2, litra d), og »på radio- og fjernsynsforetagendets vegne [og/eller] under dette foretagendes ansvar« i 41. betragtning til dette direktiv skal fortolkes i overensstemmelse med EU-retten.

37. Om og i hvilket omfang der ved fastlæggelsen af en uafhængig og ensartet EU-retlig begrebsforståelse vil skulle søges støtte i parametre, materielle bestemmelser eller endog i en i internationale retskilder, såsom f.eks. Bernerkonventionen, allerede eksisterende forståelse [18], forbliver uafklaret i forbindelse med besvarelsen af dette første spørgsmål og vil blive drøftet i forbindelse med besvarelsen af det andet præjudicielle spørgsmål.

15 — Punkt 46-51 og punkt 127 i deres skriftlige indlæg.

16 — Jf. senest Domstolens dom af 18.10.2011, sag C-34/10, Brüstle, Sml. I, s. 9821, præmis 25 og den deri nævnte retspraksis, om en uafhængig fortolkning af begrebet »rimelig kompensation« i infosoc-direktivets artikel 5, stk. 2, jf. Domstolens dom af 21.10.2010, sag C-467/08, Padawan, Sml. I, s. 10055, præmis 32-37 og domskonklusionens punkt 1, om en uafhængig fortolkning af begrebet »overføring til almenheden« i direktivets artikel 3, stk. 1, jf. Domstolens dom af 7.12.2006, sag C-306/05, SGAE, Sml. I, s. 11519.

17 — Jf. vedrørende begrebet »embryon« og fortolkning af direktiv 98/44/EF om retlig beskyttelse af bioteknologiske opfindelser, Brüstle-dommen (nævnt ovenfor i fodnote 16), præmis 26 ff. Vedrørende en selvstændig fortolkning af begrebet »rimelig kompensation« i artikel 5, stk. 2, i direktiv 2001/29, jf. Padawan-dommen (nævnt ovenfor i fodnote 16), præmis 32-37.

18 — Jf. senest Domstolens dom af 4.10.2011, forenede sager C-403/08 og C-429/08, Football Association Premier League m.fl., Sml. I, s. 9083, præmis 189 og den deri nævnte retspraksis.

B – *Om det andet præjudicielle spørgsmål*

38. Det andet spørgsmål omhandler en divergens i de forskellige sprogversioner. Den forelæggende ret ønsker således oplyst, om infosoc-direktivets artikel 5, stk. 2, litra d), skal læses som »på radio- og fjernsynsforetagendets vegne *og* under dette foretagendes ansvar« eller »på radio- og fjernsynsforetagendets vegne *eller* under dette foretagendes ansvar«. Spørgsmålet er formuleret upræcist, da det henviser til infosoc-direktivets artikel 5, men der tydeligvis menes 41. betragtning hertil, i lyset af hvilken den nævnte artikel 5 skal fortolkes. Den anførte sproglige divergens befinder sig nemlig ikke i nævnte direktivs artikel 5, men i betragtningerne hertil.

1. Parternes argumenter

39. Mens Kommissionen har lagt vægt på den principielle ligestilling mellem de officielle sprog og foretrækker en åben og formålsbestemt udlægning, har NCB indtaget et decideret restriktivt standpunkt, som også den spanske regering sluttelig deler, hvorefter der bortses fra den tyske sprogversion, der står alene, og – også af logiske grunde – advokeres for den kumulative udlægning [19]. DR og TV2 påberåber sig ligeledes logikken, men når til den præcis modsatte konklusion [20].

2. Vurdering af det præjudicielle spørgsmål

40. Det er min opfattelse, at det numeriske forhold [21] mellem de omhandlede bindeord (»og« [22] eller »eller« [23]) i sprogversionerne har lige så ringe betydning som detaljerede sproglige forskelle, og at der bør lægges afgørende vægt på indholdet og formålet med bestemmelserne [24].

a) Princip: Ingen bestemt sprogversion har forrang ved fortolkning

41. Ifølge fast retspraksis udelukker nødvendigheden af en ensartet anvendelse af EU-retten således principielt, at en bestemmelses ordlyd i tvivlstilfælde betragtes isoleret, men kræver derimod, at den fortolkes og anvendes på baggrund af versionerne på de andre officielle sprog [25]. Dertil kommer, at gyldigheden af et enkelt ord i EU-rettens bestemmelser under hensyntagen til tvetydigheden i et flersproget miljø, må have ringere vægt end i et enkeltsproget [26].

b) Særlige fortolkningshensyn på grund af forholdet til Bernerkonventionen og WIPO-traktaterne?

42. Infosoc-direktivets artikel 5, stk. 2, litra d), som 41. betragtning vedrører, henholder sig i sin ordlyd [27] til Bernerkonventionens artikel 11 bis, stk. 3.

19 — Punkt 25 i den spanske regerings skriftlige indlæg.

20 — Punkt 131 i deres skriftlige indlæg.

21 — Jf. om det særligt ekstreme tilfælde af en afvigelse i en enkelt sprogversion Domstolens dom af 19.4.2007, sag C-63/06, Profisa, Sml. I, s. 3239, præmis 13 og 14 og den deri nævnte retspraksis.

22 — Den bulgarske, danske, engelske, estiske, finske, franske, græske, lettiske, litauiske, nederlandske, polske, rumænske, slovakiske, slovenske, spanske, svenske og ungarske version.

23 — Den italienske, maltesiske, portugisiske, tjekkiske og tyske version.

24 — Jf. dom af 27.10.1977, sag C-30/77, Bouchereau, Sml. s. 1999, præmis 14, og af 7.12.1995, sag C-449/93, Rockfon, Sml. I, s. 4291, præmis 28, samt mit forslag til afgørelse af 8.3.2003 i sag C-466/03, Albert Reiss Beteiligungsgesellschaft, punkt 62 og fodnote 32. Vedrørende fortolkningsspørgsmål i EU-retten jf. R. Stotz: »Die Rechtsprechung des EuGH« i K. Riesenhuber, *Europäische Methodenlehre*, 2. oplag, Walter de Gruyter 2010, § 22, punkt 13 ff.

25 — Profisa-dommen (nævnt ovenfor i fodnote 21), præmis 13, og senest Domstolens dom af 7.7.2011, sag C-445/09, IMC Securities, Sml. I, s. 5917, præmis 25 og den deri nævnte retspraksis.

26 — Jf. N. Colneric, *Auslegung des Gemeinschaftsrechts und gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung*, ZEuP 2005, s. 225, 227.

27 — Jf. ovenstående i punkt 9 citerede fælles holdning nr. 48/2000 af 28.9.2000 og punkt 10 i nærværende forslag til afgørelse.

43. Ifølge oplysningerne på hjemmesiden for Verdensorganisationen for Intellektuel Ejendomsret (WIPO)[28] har 165 stater til dato tilsluttet sig Bernerkonventionen, herunder samtlige medlemsstater i Den Europæiske Union. I modsætning til hvad der gælder for WIPO-traktaterne[29], kan kun stater tilslutte sig Bernerkonventionen.

44. I henhold til Bernerkonventionens artikel 37, stk. 1, litra c), er det den franske version, der gælder i tilfælde af fortolkningstvivl.

45. I den foreliggende EU-retlige kontekst skal den franske sprogversion imidlertid ikke analogt i henhold til Bernerkonventionens artikel 37, stk. 1, litra c), foretrækkes i forhold til de øvrige officielle sprog.

46. Ganske vist kan infosoc-direktivet fortolkes i lyset af folkeretten[30], især under hensyntagen til Bernerkonventionen og WIPO-traktaten om ophavsret. Det nævnte direktiv tilsigter nemlig bl.a. at gennemføre denne traktat[31], der i dennes artikel 1, stk. 4, forpligter deltagerlandene til at efterkomme Bernerkonventionens *artikel 1-21*[32]. Bernerkonventionens bestemmelse, der fastlægger, at den franske tekst skal gælde i tilfælde af fortolkningstvivl, befinder sig imidlertid i dennes artikel *37, stk. 1, litra c*), og ligger dermed uden for de bestemmelser, som WIPO-traktaten om ophavsret refererer til, hvis forpligtelser ifølge infosoc-direktivet skal efterkommes.

47. Det ville ligeledes være fjerntliggende og ligefrem usagligt alene af den grund, at direktiv 2001/29 henviser til WIPO-traktaten om ophavsret, at overføre sprogordningen fra dennes artikel 24 til infosoc-direktivet og anse de i nævnte ordning angivne sprog for at være dem, der skal gælde ved fortolkningstvivl også i forhold til direktivet. Dertil skal det blot nævnes, at artikel 24 i WIPO-traktaten om ophavsret opregner seks sprog som ligeligt gældende, herunder ikke overraskende, da det drejer sig om en WIPO-traktat, ud over fransk, engelsk og spansk – altså tre af EU's officielle sprog – også russisk, arabisk og kinesisk, der efter gældende ret absolut ikke kan komme på tale ved fortolkningen af direktivet.

48. Uanset den folkeretlige kontekst, hvori infosoc-direktivet indgår, kan der således ikke fastlægges noget officielt sprog som værende det primært gældende i tilfælde af fortolkningstvivl.

c) Fortolkning under hensyntagen til tilblivelseshistorien for infosoc-direktivets artikel 5, stk. 2, og 41. betragtning hertil, til den sammenhæng, hvori bestemmelsen indgår, og til formålet hermed

49. Det forbliver derfor ved det generelle princip, hvorefter den omtvistede bestemmelse, når de forskellige sprogudgaver af en EU-retsakt afviger fra hinanden, skal fortolkes ud fra sammenhængen og formålet med den retsakt, bestemmelsen indgår i[33]. Hertil er i det foreliggende tilfælde en bemærkning om bestemmelsens tilblivelseshistorie ligeledes behjælpelig.

i) Begrebernes manglende klarhed

50. I første omgang fører en separat analyse med henblik på at forberede en sådan systematisk-teleologisk vurdering af de med »og« eller »eller« forbundne elementer i 41. betragtning ikke videre. Umiddelbart giver formuleringerne »på [radio- og fjernsynsforetagendets] vegne« og »under [dette foretagendes] ansvar« således ikke noget klart afgrænset indhold, der ville kunne være genstand for en kumulativ eller alternativ fortolkning, og som ville kunne indordnes i en bestemt sammenhæng. Elementerne overlapper snarere hinanden og er ikke klart afgrænsede.

28 — Kan ses på http://www.wipo.int/treaties/en/ip/berne/

29 — Hermed menes WIPO-traktaten om ophavsret (WCT) og WIPO-traktaten om fremførelser og fonogrammer (WPPT). Begge er ratificeret af Fællesskabet den 14.12.2009. Jf. hertil 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 fremførelser og fonogrammer (EFT L 89, s. 6).

30 — I denne henseende også 44. betragtning hertil.

31 — Herom udtrykkeligt i 15. betragtning til infosoc-direktivet.

32 — Dommen i sagen Football Association Premier League m.fl. (nævnt ovenfor i fodnote 18), præmis 189.

33 — Profisa-dommen (nævnt ovenfor i fodnote 21), præmis 14, og Bouchereau-dommen (nævnt ovenfor i fodnote 24), præmis 14, samt dom af 7.12.2000, sag C-482/98, Italien mod Kommissionen, Sml. I, s. 10861, præmis 49, og af 1.4.2004, sag C-1/02, Borgmann, Sml. I, s. 3219, præmis 25.

51. Under alle omstændigheder minder begrebsparret vagt om den i tysk ret bekendte sondring mellem »ægte« og »uægte« opdragsproduktion. Med uægte opdragsproduktion forstås, at opdragsproducenten »fra begyndelsen af [handler] på radio- og fjernsynsforetagendets vegne *og* [34] for dets regning, hvorfor det umiddelbart erhverver samtlige rettigheder vedrørende produktionsbeskyttelse og -udnyttelse. I dette tilfælde er opdragsproducenten ikke en selvstændig filmproducent, […] men blot en i organisatorisk henseende ekstern hjælp for radio- og fjernsynsforetagendet« [35]. Hvis 41. betragtning til infosoc-direktivet skulle forstås således, at den indeholder en tilsvarende afgrænsning for efemere optagelser – hvorunder næppe hører en i princippet formodentlig varig optagelse af et filmisk værk – og alene undtager sådanne produktioner fra begrebet »egne midler«, hvor producenten fremstiller programmet på egne vegne (og eventuelt for egen risiko) og senere overdrager de erhvervede rettigheder vedrørende produktionsbeskyttelse og udnyttelse til radio- og fjernsynsforetagendet, ville det have været nærliggende, at en sådan hensigt kom klarere til udtryk i betragtningerne.

52. Idet de i bestemmelsen anvendte begreber ikke i sig selv angiver noget om lovgivers hensigt, behandles i det følgende bestemmelsens tilblivelseshistorie, og det undersøges, om denne kan give en afklaring af indholdet og formålet med den omtvistede bestemmelse.

ii) Tilblivelseshistorien vedrørende infosoc-direktivets artikel 5, stk. 2, som undtagelsesbestemmelse

53. Tilblivelseshistorien vedrørende infosoc-direktivets artikel 5, stk. 2, viser i sidste instans tilbage til Bernerkonventionen, hvorfra begrebet »egne midler« stammer.

54. Tilblivelseshistorien vedrørende den omhandlede 41. betragtning til infosoc-direktivet til udredning af artikel 5, stk. 2, litra d), er afspejlet i en detaljerig dokumentation for lovmaterialet [36] og indeholder divergerende opfattelser hos deltagerne i lovgivningsproceduren vedrørende rækkevidden af begrebet »egne midler«.

55. Et blik i bestemmelsens og den tilhørende betragtnings tilblivelseshistorie viser således, at det for Europa-Parlamentet først og fremmest drejede sig om at prioritere reproduktioner, der har som eneste formål at muliggøre en efterfølgende lovlig udsendelse [37]. Bortset derfra kunne Parlamentet dog på den ene side gå med til en ordlyd som i Bernerkonventionen, men ønskede på den anden side det i denne konvention lignende og snævre begreb (anset for forældet) »egne midler« ændret og udvidet. Der skulle tages højde for den tekniske og praktiske udvikling. Rådets fælles holdning, der er gengivet i uddrag ovenfor, peger i samme retning.

56. Undtagelsesbestemmelsen, der principielt skal fortolkes indskrænkende, skulle med 41. betragtning således tildeles en forsigtig åbning, uden dog helt at tabe sin afgrænsning. Selv om undtagelsesbestemmelser, som betegnelsen angiver, i infosoc-direktivet principielt skal fortolkes indskrænkende [38], taler en historisk-teleologisk fortolkning dermed for, at der anlægges en fleksibel og åben forståelse af udsagnet i 41. betragtning, selv om betragtningen indholdsmæssigt er udformet som et regeleksempel og ikke fremstår som en fuldstændig og endelig definition.

iii) Teleologisk-systematiske konklusioner

57. I lyset af disse betragtninger er det spørgsmålet, om der deraf kan udledes bestemmende retningslinjer for det i det andet præjudicielle spørgsmål forelagte, sluttelig syntaktiske, problem.

34 — Kun fremhævet her.

35 — H. Schack, *Urheber- und Urhebervertragsrecht*, 5. oplag, Mohr Siebeck, Tübingen, 2010, punkt 1225.

36 — Oversigt i det skriftlige indlæg fra DR og TV2, punkt 30 ff., jf. ligeledes H.-P. Mayer, »Direktiv 2001/29/EF om harmonisering af visse aspekter af ophavsret og beslægtede rettigheder i informationssamfundet«, EuZW 2002, 325.

37 — Jf. vedrørende direktivets artikel 5, stk. 2, ændring 39 i Europa-Parlamentets beslutning vedrørende forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om harmonisering af visse aspekter af ophavsret og beslægtede rettigheder i informationssamfundet, KOM(97) 0628 – C4-0079/98 – 97/0359(COD) (EFT 1999 C 150, s. 171, 179).

38 — Jf. bl.a. Domstolens dom af 16.7.2009, sag C-5/08, Infopaq International, Sml. I, s. 6569, præmis 56-59, og af 1.12.2011, sag C-145/10, Painer, Sml. I, s. 12533, præmis 109 og 110.

58. Efter min opfattelse er ansvarsbegrebet fremherskende i begrebsparret »på radio- og fjernsynsforetagendets vegne [og/eller] under dette foretagendes ansvar«, idet det dækker bredere end formuleringen »på vegne [af]«, hvor der forudsætningsvist er indeholdt en ansvarsudløsende tilregnelsesbetragtning. Ansvarsbegrebet kan fortolkes bredt eller snævert, hvorfor det endvidere kan have et forskelligt præg i de forskellige sprogversioner.

59. I den foreliggende sag er det på baggrund af den omstændighed, at det i den konkrete sammenhæng drejer sig om vurdering af opdragsproduktioner foretaget af tredjemand, hvilket er kendetegnende for de foreliggende konstellationer, derfor spørgsmålet, hvorvidt radio- og fjernsynsforetagendet bærer ansvaret – uanset dettes karakter – eller ej for en produktion af efemere optagelser, der er foretaget af tredjemand efter opdrag fra dette foretagende.

60. Der skal i det følgende redegøres for betydningsindholdet af ansvarsbegrebet gennem systematisk-teleologiske overvejelser.

61. Ved fortolkningen skal der i systematisk henseende tages hensyn til, at en bred forståelse af ordet »ansvar« har en umiddelbar virkning på direktivets artikel 5, stk. 2, litra d): Jo flere virksomheder, der anses for at handle »under [radio- og fjernsynsforetagendets] ansvar«, des flere optagelser er ifølge direktivets artikel 5, stk. 2, litra d) (i forbindelse med 41. betragtning hertil), begunstiget af at være foretaget »ved hjælp af egne midler«[39] og kan henføres under anvendelsesområdet for undtagelsesbestemmelsen om efemere optagelser.

62. Mere end eventuelle sproglige nuancer i betragtningerne skal der ved fortolkningen af infosoc-direktivets artikel 5, stk. 2, litra d), og af formuleringen »på radio- og fjernsynsforetagendets vegne [og/eller] under dette foretagendes ansvar« tages hensyn til den omstændighed, at begrebet »egne midler«, der videreudvikles af ansvarsbetragtningerne, men ikke må forvanskes heraf, udledes af en af de af Bernerkonventionens artikler, som EU er forpligtet til at efterkomme[40].

63. Begrebet vedrørende egne midler bliver i litteraturen om Bernerkonventionen i overensstemmelse med dettes undtagelseskarakter fortolket snævert[41], hvilket med henblik på at undgå en opblødning heraf taler for høje krav til ansvarsbegrebet. Dette må i princippet tiltrædes, idet en undtagelsesbestemmelse, der i princippet skal fortolkes indskrænkende, ellers er i fare for at miste sin afgrænsning.

64. På baggrund af det i ovenstående punkt 61 anførte skal der i nærværende sag for så vidt angår infosoc-direktivet anlægges en fortolkningsmæssig juridisk balancegang[42]: På den ene side peger tendenser i direktivets tilblivelseshistorie mod en hensigt om en bred begrebsforståelse, på den anden side forfølger Bernerkonventionen, hvis vurderinger i princippet skal følges, en decideret snæver tilgang.

65. At alene personer, der er integreret i virksomheden og dermed optræder som medhjælpere, såsom ansatte eller midlertidigt ansatte, eller i bedste fald koncernselskaber ville kunne anses for at handle under radio- og fjernsynsforetagendets ansvar, og at enhver outsourcing af produktionen foretaget af radio- og fjernsynsforetagenderne dermed skulle ligge uden for bestemmelsen i infosoc-direktivets artikel 5, stk. 2, litra d)[43], synes mig under alle omstændigheder – til trods for den terminologiske

39 — For så vidt der også kan svares bekræftende på udtrykket »til egne udsendelser«.

40 — Jf. 44. betragtning til infosoc-direktivet.

41 — Om Bernerkonventionen og det engelske begreb »by means of its own facilities« jf. S. von Lewinski, *International Copyright Law and Policy*, Oxford, 2008, s. 165.

42 — Vedrørende de »betydelige konventionsretlige betænkeligheder« mod en »udvidende fortolkning af lovens ordlyd« af begrebet egne midler i lyset af 41. betragtning, jf. F. Melichar, i G. Schricker, U. Loewenheim, *Urheberrecht, Kommentar*, 4. oplag, forlag C.H. Beck, München, 2011, § 55, punkt 5 med videre henvisninger.

43 — M.M. Walter og S. von Lewinski, *European Copyright Law, A Commentary*, Oxford, 2010, s. 1039, udtaler sig derimod under påberåbelse af bestemmelserne i Bernerkonventionen voldsomt imod enhver outsourcing af »recording activity to another company«. Vedrørende Bernerkonventionen og det engelske begreb »by means of its own facilities« jf. S. von Lewinski (nævnt ovenfor i fodnote 41), s. 165, punkt 5.191: »…this excludes the possibility of the organization putting someone else in charge of this task«.

tilknytning til Bernerkonventionen – at være for snævert og er endvidere på baggrund af Bernerkonventionens begrebsramme ikke tvingende nødvendigt og vanskeligt at bringe i overensstemmelse med de praktiske forhold, hvis udvikling det omtvistede direktivs begrebsforståelse udtrykkeligt ønsker at tage hensyn til.

66. Særligt mediekoncerner, hvor det ene datterselskab i et holdingselskab sikrer udsendelserne, mens dets søsterselskab f.eks. som tjenesteyder frembringer optagelserne, ville dermed, hvis kriteriet om »radio- og fjernsynsforetagendets egne midler« ikke ville kunne finde anvendelse i forhold til dem, på en i økonomisk forstand lidet forståelig måde måske blive ugunstigt stillet over for vidtspændende offentligretlige organer, der placerer begge funktioner hos individuelle afdelinger, der handler selvstændigt, men som i retlig forstand hører sammen.

67. Jeg foreslår derfor, at det forelagte syntaktiske problem i det andet præjudicielle spørgsmål opdeles teleologisk, og at 41. betragtning, i lyset af hvilken direktivets artikel 5, stk. 2, litra d), skal fortolkes, skal forstås således, at de deri nævnte midler omfatter dem, der af tredjemand indsættes med det ene formål efterfølgende på grundlag af den efemere optagelse at muliggøre en lovlig udsendelse fra et bestemt radio- og fjernsynsforetagende, forudsat at optagelsen foregår under radio- og fjernsynsforetagendets ansvar.

68. Den praktiske relevans af ansvarsbegrebet spiller en vigtig rolle for vurderingen af det sidste præjudicielle spørgsmål.

C – *Om det tredje præjudicielle spørgsmål*

69. Med dette spørgsmål anmoder den forelæggende ret i det væsentlige om, at bestemte praktiske typetilfælde undergives en bedømmelse, og at der på grundlag heraf udarbejdes kriterier, der kan være relevante for den konkrete vurdering af, hvorvidt der er tale om »ved hjælp af egne midler«, henholdsvis om der handles »på radio- og fjernsynsforetagendets vegne og under dette foretagendes ansvar«.

70. Sluttelig drejer det sig om, hvorvidt enhver produktion, der er foretaget af tredjemand, og som frembringes på grundlag af en aftale – der om muligt giver et bredt kunstnerisk spillerum – mellem en tredjemand og radio- og fjernsynsforetagendet, falder inden for anvendelsesområdet for infosoc-direktivets artikel 5, stk. 2, litra d), eller om særligt udtrykket »under [radio- og fjernsynsforetagendets] ansvar« gør en snævrere anskuelse mere nærliggende, hvor det kommer an på, om og i hvilket omfang radio- og fjernsynsforetagendet skal holdes ansvarligt for eventuelle fejl i tredjemandens virksomhed.

1. Parternes argumenter

71. Kommissionen har fokuseret på det med optagelserne forfulgte formål og understreget, at alene efemere optagelser falder inden for anvendelsesområdet for den omtvistede undtagelse. Dette er næppe tilfældet ved større filmproduktioner, men den konkrete prøvelse af det enkelte tilfælde tilkommer den nationale ret. Heroverfor er DR og TV2 fortalere for en bred tilgang, der er i radio- og fjernsynsforetagendets interesse, mens den spanske regering og NCB har en restriktiv tilgang, hvorved NCB finder, at aftalemæssige forbindelser til tredjemand ikke er tilstrækkeligt, hvis radio- og fjernsynsforetagendet ikke hæfter udadtil. Det forbliver dog et åbent spørgsmål, hvad der konkret kan være genstand for sådan en hæftelse.

2. Vurdering af det præjudicielle spørgsmål

72. Med henvisning til forslaget til besvarelse af det andet præjudicielle spørgsmål kan det om det tredje spørgsmål anføres, at der ved den konkrete vurdering af, om en optagelse, der er foretaget af tredjemand til brug for et radio- og fjernsynsforetagendes udsendelse, er foretaget »ved hjælp af egne midler« og også »på radio- og fjernsynsforetagendets vegne [og/eller] under dette foretagendes

ansvar«, således at optagelsen er omfattet af undtagelsesbestemmelsen i infosoc-direktivets artikel 5, stk. 2, litra d), skal tages hensyn til, om midlerne indsættes alene med det formål efterfølgende at muliggøre radio- og fjernsynsforetagendets lovlige udsendelse på grundlag af den efemere optagelse, forudsat at optagelsen sker under radio- og fjernsynsforetagendets ansvar.

73. Betingelserne, under hvilke dette ansvar skal anses for at foreligge, er genstanden for nedenstående spørgsmål.

a) Det præjudicielle spørgsmål 3, litra a)

74. Med dette spørgsmål ønsker den forelæggende ret i det væsentlige oplyst, om begrebet »egne midler« skal forstås således, at en optagelse alene er omfattet af undtagelsesbestemmelsen, såfremt radio- og fjernsynsforetagendet over for tredjemand hæfter for producentens handlinger og undladelser relateret til optagelsen, som om radio- og fjernsynsforetagendet selv havde foretaget disse handlinger og undladelser.

75. Dette spørgsmål lægger ideen om radio- og fjernsynsforetagendets hæftelsesforpligtelse til grund. Denne er forenelig med ansvarsbegrebet i infosoc-direktivet og er endog af afgørende betydning, hvis man ikke vil fratage begrebet »egne midler« enhver afgrænsning.

76. Begrebet »egne midler« i infosoc-direktivets artikel 5, stk. 2, litra d), skal dermed i overensstemmelse med ansvarsbetragtningen forstås således, at en optagelse foretaget af producenten til brug for et radio- og fjernsynsforetagendes udsendelser alene er omfattet af den ved artikel 5, stk. 2, litra d), hjemlede undtagelse, såfremt radio- og fjernsynsforetagendet over for tredjemand hæfter for producentens handlinger og undladelser relateret til optagelsen, som om radio- og fjernsynsforetagendet selv havde foretaget disse handlinger og undladelser.

77. Ansvarsbegrebet i 41. betragtning ville således miste sit indhold, såfremt radio- og fjernsynsforetagendets indeståelsesforpligtelse ikke ville være denne betragtnings nødvendige forudsætning. Ganske vist vil 41. betragtning fleksibelt forme begrebet »egne midler« ved at lade ansvarssynsvinklen være omfattet og muliggøre en tilpasning til ændrede omstændigheder, idet dette dog skal sammenholdes med, at handlinger, der er foretaget ved hjælp af egne midler, sluttelig også udadtil må føre til en indeståelsesforpligtelse netop for dem, der tilregnes disse midler som værende deres egne. Udvidelsen af forståelsen af begrebet midler via ansvarsbegrebet indebærer hermed en postuleret indeståelsesforpligtelse for radio- og fjernsynsforetagendet, der ikke er detaljeret udformet.

78. Med en sådan tilgang forbliver det et åbent spørgsmål, hvor konkret denne hæftelse er udformet, herunder særligt om den udgør et hæftelsesgennembrud eller et solidarisk ansvar, og om den begrundes i et ansvar uden for kontrakt eller i et kontraktretligt ansvar, som solidarisk hæftelse eller frigørende gældsovertagelse.

79. Radio- og fjernsynsforetagendernes principielle indeståelsesforpligtelse udgør ved denne forståelse en naturlig følge af udvidelsen af begrebet »egne midler« og burde under forudsætning af, at tredjemanden udviser en lovlig adfærd, i praksis som regel ikke have nogen konsekvenser.

b) Det præjudicielle spørgsmål 3, litra b)

80. Med dette spørgsmål ønsker den forelæggende ret oplyst, om betingelsen om, at optagelsen skal foretages »på radio- og fjernsynsforetagendets vegne [og/eller] under dette foretagendes ansvar«, er opfyldt, såfremt et radio- og fjernsynsforetagende har bestilt producenten til at foretage optagelsen med det formål, at radio- og fjernsynsforetagendet selv kan udsende den pågældende optagelse, under forudsætning af, at det har ret til at udsende den pågældende optagelse.

81. Dette spørgsmål tager udgangspunkt i et diametralt modsat typetilfælde, og der ønskes i det væsentlige oplyst, om ansvarsbegrebet skal tages i betragtning også i tilfælde, hvor radio- og fjernsynsforetagendets indeståelsesforpligtelse ikke foreligger.

82. I overensstemmelse med, hvad der er anført ovenfor i punkt 75, er betingelsen om, at optagelsen skal foretages »på radio- og fjernsynsforetagendets vegne [og/eller] under dette foretagendes ansvar«, således ikke altid allerede opfyldt, såfremt et radio- og fjernsynsforetagende har bestilt producenten til at foretage optagelsen med det formål, at radio- og fjernsynsforetagendet selv kan udsende den pågældende optagelse, under forudsætning af, at det har ret til at udsende den pågældende optagelse.

83. Her kommer det an på den konkrete udformning af kontraktforholdet, dets virkninger udadtil og endelig på, om radio- og fjernsynsforetagendet har en indeståelsesforpligtelse over for tredjemand, således som anført i ovenstående punkt 75.

84. De følgende spørgsmål undersøger flere enkeltheder i de mulige kontraktsmæssige aftaler mellem radio- og fjernsynsforetagender og en producent på baggrund af infosoc-direktivets artikel 5, stk. 2, litra d), og skal besvares i overensstemmelse med ovennævnte parametre.

i) Det præjudicielle spørgsmål 3, litra b), nr. i)

85. Med dette spørgsmål ønsker den forelæggende ret oplyst, om den kunstneriske/redaktionelle beslutningsbeføjelse kan være et kriterium for anvendelse af udtrykket »på radio- og fjernsynsforetagendets vegne [og/eller] under dette foretagendes ansvar«.

86. Dette spørgsmål skal besvares benægtende.

87. Det er ikke afgørende, hvem det påhviler at træffe den endelige og afgørende kunstneriske/redaktionelle beslutning vedrørende *indholdet* af det bestilte program, dels fordi det i undtagelsesbestemmelsen i infosoc-direktivet alene kommer an på *optagelsen*, dvs. vedrører den *tekniske reproduktion*, dels fordi den kunstneriske ledelse hæftelsesmæssigt kan være irrelevant udadtil. Alene radio- og fjernsynsforetagendets ansvarsbetingede indeståelsesforpligtelse har betydning som kriterium.

ii) Det præjudicielle spørgsmål 3, litra b), nr. ii)

88. Med dette spørgsmål ønsker den forelæggende ret oplyst, om det har betydning, om radio- og fjernsynsforetagendet over for tredjemand hæfter for producentens forpligtelser relateret til optagelsen, som om radio- og fjernsynsforetagendet selv havde foretaget disse handlinger og undladelser.

89. Svarende til det ovenfor i punkt 75 anførte vedrørende begrebet »egne midler« må det fastslås, at denne indeståelsesforpligtelse er relevant og afgørende for kriteriet »på radio- og fjernsynsforetagendets vegne [og/eller] under dette foretagendes ansvar«.

iii) Det præjudicielle spørgsmål 3, litra b), nr. iii)

90. Med dette spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om det for udtrykket »på radio- og fjernsynsforetagendets vegne [og/eller] under dette foretagendes ansvar« har betydning, om producenten i henhold til aftalen med radio- og fjernsynsforetagendet bærer den fulde økonomiske risiko for det bestilte program.

91. Dette spørgsmål skal besvares benægtende.

92. Det er ikke afgørende, om producenten i henhold til aftalen med radio- og fjernsynsforetagendet er kontrakligt forpligtet til at levere det pågældende program til radio- og fjernsynsforetagendet til en bestemt pris og inden for denne pris er forpligtet til at afholde alle udgifter, der måtte være forbundet med optagelsen. Det sidste er nemlig uden retlig betydning for hæftelsen i forholdet udadtil.

iv) Det præjudicielle spørgsmål 3, litra b), nr. iv)

93. Med dette spørgsmål ønsker den forelæggende ret i det væsentlige oplyst, om betingelsen om, at optagelsen skal foretages »på radio- og fjernsynsforetagendets vegne [og/eller] under dette foretagendes ansvar« afhænger af, om det er radio- og fjernsynsforetagendet eller den producent, der har fået opgaven med optagelserne, der hæfter i forhold til tredjemand.

94. Dette spørgsmål skal besvares bekræftende.

95. Som ovenfor beskrevet har det betydning, om radio- og fjernsynsforetagendet eller producenten hæfter for optagelsen over for tredjemand, idet begge endvidere også kan hæfte solidarisk. Ved radio- og fjernsynsforetagendets indeståelsesforpligtelse kan det lægges til grund, at producenten handler »på radio- og fjernsynsforetagendets vegne [og/eller] under dette foretagendes ansvar«, og en dertil knyttet solidarisk hæftelse hos producenten ville under alle omstændigheder ikke gøre nogen skade.

c) Det præjudicielle spørgsmål 3, litra c)

96. Endelig er betingelsen om, at optagelsen skal foretages »på radio- og fjernsynsforetagendets vegne [og/eller] under dette foretagendes ansvar«, ifølge det ovenfor anførte ikke allerede da opfyldt, såfremt et radio- og fjernsynsforetagende har bestilt producenten til at foretage optagelsen med det formål, at det pågældende radio- og fjernsynsforetagende selv kan udsende optagelsen, og under forudsætning af, at radio- og fjernsynsforetagendet har ret til at udsende den pågældende optagelse, såfremt producenten i aftalen med radio- og fjernsynsforetagendet vedrørende optagelsen har påtaget sig det økonomiske og juridiske ansvar for (i) afholdelse af samtlige de med optagelsen forbundne udgifter mod betaling af et forud fastsat beløb, (ii) ansvaret for køb af rettigheder samt (iii) ansvaret for uforudsete forhold, herunder forsinkelse af optagelsen og misligholdelsesansvar, men uden at radio- og fjernsynsforetagendet over for tredjemand hæfter for producentens forpligtelser relateret til optagelsen, som om radio- og fjernsynsforetagendet selv havde foretaget disse handlinger og undladelser.

97. Sidstnævnte indeståelsesforpligtelse er nemlig afgørende i forholdet udadtil. Den må ikke mangle.

VI – Forslag til afgørelse

98. På baggrund af de ovenfor anførte overvejelser foreslår jeg, at de præjudicielle spørgsmål besvares som følger:

»1) Formuleringerne »ved hjælp af egne midler« i artikel 5, stk. 2, litra d), 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 og »på radio- og fjernsynsforetagendets vegne [og/eller] under dette foretagendes ansvar« i 41. betragtning til dette direktiv skal fortolkes i overensstemmelse med EU-retten.

2) 41. betragtning, i lyset af hvilken artikel 5, stk. 2, litra d), i direktiv 2001/29 skal fortolkes, skal forstås således, at de deri nævnte midler omfatter dem, der indsættes med det ene formål efterfølgende på grundlag af den efemere optagelse at muliggøre en lovlig udsendelse fra et bestemt radio- og fjernsynsforetagende, forudsat at optagelsen foregår under radio- og fjernsynsforetagendets ansvar.

3) Ved den konkrete vurdering af, om en optagelse foretaget af tredjemand (herefter »producenten«) til brug for et radio- og fjernsynsforetagendes udsendelse er foretaget »ved hjælp af egne midler« og også »på radio- og fjernsynsforetagendets vegne [og/eller] under dette foretagendes ansvar«, således at optagelsen er omfattet af undtagelsesbestemmelsen i artikel 5, stk. 2, litra d), i direktiv 2001/29, skal der tages hensyn til, om midlerne indsættes alene med det formål efterfølgende at muliggøre radio- og fjernsynsforetagendets lovlige udsendelse på grundlag af den efemere optagelse, forudsat at optagelsen sker under radio- og fjernsynsforetagendets ansvar.

a) Begrebet »egne midler« i artikel 5, stk. 2, litra d), i direktiv 2001/29 skal forstås således, at en optagelse foretaget af producenten til brug for et radio- og fjernsynsforetagendes udsendelser alene er omfattet af den ved artikel 5, stk. 2, litra d), hjemlede undtagelse, såfremt radio- og fjernsynsforetagendet over for tredjemand hæfter for producentens handlinger og undladelser relateret til optagelsen, som om radio- og fjernsynsforetagendet selv havde foretaget disse handlinger og undladelser.

b) Betingelsen om, at optagelsen skal foretages »på radio- og fjernsynsforetagendets vegne [og/eller] under dette foretagendes ansvar«, er ikke altid allerede opfyldt, såfremt et radio- og fjernsynsforetagende har bestilt producenten til at foretage optagelsen med det formål, at det pågældende radio- og fjernsynsforetagende kan udsende den pågældende optagelse, og under forudsætning af, at det pågældende radio- og fjernsynsforetagende har ret til at udsende den pågældende optagelse.

Ved besvarelsen af spørgsmål 3, litra b)

i) har det ingen betydning, om det er radio- og fjernsynsforetagendet eller producenten, der i henhold til disse parters aftale træffer den endelige og afgørende kunstneriske/redaktionelle beslutning vedrørende det bestilte programs indhold

ii) har det afgørende betydning, om radio- og fjernsynsforetagendet over for tredjemand hæfter for producentens forpligtelser relateret til optagelsen, som om radio- og fjernsynsforetagendet selv havde foretaget disse handlinger og undladelser

iii) har det ingen betydning, om producenten i henhold til aftalen med radio- og fjernsynsforetagendet er kontraktligt forpligtet til at levere det pågældende program til radio- og fjernsynsforetagendet til en bestemt pris og inden for denne pris er forpligtet til at afholde alle udgifter, der måtte være forbundet med optagelsen

iv) har det betydning, om det er radio- og fjernsynsforetagendet eller producenten, der hæfter for den pågældende optagelse over for tredjemand, idet begge endvidere kan hæfte solidarisk.

c) Betingelsen om, at optagelsen skal foretages »på radio- og fjernsynsforetagendets vegne [og/eller] under dette foretagendes ansvar«, er ikke allerede da opfyldt, såfremt et radio- og fjernsynsforetagende har bestilt producenten til at foretage optagelsen med det formål, at det pågældende radio- og fjernsynsforetagende kan udsende den pågældende optagelse, og under forudsætning af, at det pågældende radio- og fjernsynsforetagende har ret til at udsende den pågældende optagelse, såfremt producenten i aftalen med radio- og fjernsynsforetagendet vedrørende optagelsen har påtaget sig det økonomiske og juridiske ansvar for (i) afholdelse af samtlige de med optagelsen forbundne udgifter mod betaling af et forud fastsat beløb, (ii) ansvaret for køb af rettigheder samt (iii) ansvaret for uforudsete forhold, herunder forsinkelse af optagelsen og misligholdelsesansvar, men uden at radio- og fjernsynsforetagendet over for tredjemand hæfter for producentens forpligtelser relateret til optagelsen, som om radio- og fjernsynsforetagendet selv havde foretaget disse handlinger og undladelser.«