DOMSTOLENS DOM (tredje avdelningen)
den 14 juli 2005 *

I mål C-192/04,

angående en begäran om förhandsavgörande enligt artikel 234 EG, som framställts av Cour de cassation (Frankrike), genom beslut av den 17 februari 2004, som inkom till domstolen den 26 april 2004, i målet mellan

Lagardère Active Broadcast, som har övertagit rättigheterna från Europe 1 communication SA,

mot

Société pour la perception de la rémunération équitable (SPRE),

Gesellschaft zur Verwertung von Leistungsschutzrechten mbH (GVL),

i närvaro av:

Compagnie européenne de radiodiffusion et de télévision Europe 1 SA (CERT),

* Rättegångsspråk: franska.

meddelar

DOMSTOLEN (tredje avdelningen)

sammansatt av avdelningsordföranden A. Rosas samt domarna A. Borg Barthet, S. von Bahr, J. Malenovský (referent) och U. Lõhmus,

generaladvokat: A. Tizzano,
justitiesekreterare: byrådirektören K. Sztranc,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 2 mars 2005,

med beaktande av de yttranden som avgetts av:

— Lagardère Active Broadcast och Compagnie européenne de radiodiffusion et de télévision Europe 1 SA (CERT), genom D. Le Prado, F. Manin och P. M. Bouvery, avocats,

— société pour la perception de la rémunération équitable (SPRE), genom O. Davidson, avocat,

— Gesellschaft zur Verwertung von Leistungsschutzrechten mbH (GVL), genom H. Weil och K. Mailänder, Rechtsanwälte,

— Frankrikes regering, genom G. de Bergues och A. Bodard-Hermant, båda i egenskap av ombud,

— Tysklands regering, genom A. Tiemann och H. Klos, båda i egenskap av ombud,

— Europeiska gemenskapernas kommission, genom K. Banks, i egenskap av ombud,

och efter att den 21 april 2005 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

följande

Dom

1 Begäran om förhandsavgörande avser tolkningen av rådets direktiv 92/100/EEG av den 19 november 1992 om uthyrnings- och utlåningsrättigheter och vissa upphovsrätten närstående rättigheter inom det immaterialrättsliga området (EGT L 346, s. 61) och av rådets direktiv 93/83/EEG av den 27 september 1993 om samordning av vissa bestämmelser om upphovsrätt och närstående rättigheter avseende satellitsändningar och vidaresändning via kabel (EGT L 248, s. 15; svensk specialutgåva, område 13, volym 25, s. 33).

2 Begäran har framställts i ett mål mellan å ena sidan Lagardère Active Broadcast, som övertagit rättigheterna från Europe 1 communication SA (nedan kallat Lagardère eller Europe 1), och å andra sidan société pour la perception de la rémunération équitable (nedan kallat SPRE) och Gesellschaft zur Verwertung von Leistungsschutzrechten mbH (nedan kallat GVL), angående skyldigheten att betala en skälig ersättning för utsändningar av fonogram till allmänheten via satellit och markbaserade sändarstationer i Frankrike och Tyskland.

Tillämpliga bestämmelser

Gemenskapslagstiftningen

3 I artikel 8.1 och 8.2 i direktiv 92/100 föreskrivs följande:

"1. Medlemsstaterna skall föreskriva att utövande konstnärer har ensamrätt att medge eller förbjuda trådlös utsändning och återgivning för allmänheten av sina framföranden, utom när framförandet i sig självt sker vid en utsändning eller härrör från en upptagning.

2. Medlemsstaterna skall föreskriva rätt till en enda skälig ersättning från användaren när ett fonogram som har utgivits i kommersiellt syfte används i original eller kopia för trådlös utsändning eller eljest för återgivning för allmänheten. De skall säkerställa att denna ersättning fördelas mellan de berörda utövande konstnärerna och fonogramframställarna. ..."

4 I skäl 6 i direktiv 93/83 anges följande:

"Från upphovsrättslig synpunkt görs för närvarande en skillnad mellan överföring till allmänheten via direktsändande satellit och överföring till allmänheten via kommunikationssatellit. Eftersom individuell mottagning numera är möjlig och kostnaden bärbar i fråga om båda satellittyperna finns det inte längre något skäl för denna skilda rättsliga behandling."

5 Skäl 7 i detta direktiv har följande lydelse:

"Fri sändning av program försvåras också genom den nuvarande rättsliga osäkerheten om huruvida sändning via en satellit vars signaler kan tas emot direkt påverkar rättigheterna bara i sändarlandet eller i alla mottagarländer tillsammans. ..."

6 Skäl 13 i detta direktiv har följande lydelse:

"Man måste snarast få ett slut på de skillnader i behandlingen av utsändning av program via kommunikationssatellit som finns i medlemsstaterna, på så sätt att den väsentliga skillnaden inom hela gemenskapen blir om verk och andra skyddade prestationer görs tillgängliga för allmänheten. ..."

7 I skäl 17 i direktiv 93/83 anges följande:

"När ersättningen för de förvärvade rättigheterna skall fastställas bör parterna ta hänsyn till alla sändningsaspekter, såsom den faktiska publiken, den potentiella publiken och språkversionen."

8 Artikel 1.1 i direktiv 93/83 har följande lydelse:

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

9 I artikel 1.2 a och b i nämnda direktiv anges följande:

"a) I detta direktiv avses med överföring till allmänheten via satellit den handling som innebär att ett sändarföretag under sin kontroll och på sitt ansvar för in programbärande signaler avsedda för mottagning av allmänheten i en oavbruten överföringskedja som leder till satelliten och sedan ner till jorden.

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

10 I artikel 4.1 och 4.2 i direktiv 93/83 föreskrivs följande:

"1. Vid överföring till allmänheten via satellit skall utövande konstnärers, fonogramproducenters och sändarföretags rättigheter skyddas enligt bestämmelserna i artiklarna 6, 7, 8 och 10 i direktiv 92/100/EEG.

2. Vid tillämpningen av punkt 1 skall begreppet trådlös sändning i direktiv 92/100/EEG anses innefatta överföring till allmänheten via satellit."

Den nationella lagstiftningen

11 Artikel L. 214-1 i den franska upphovsrättslagen har följande lydelse:

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

...

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

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

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

..."

Tvisten vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna

12 Lagardère är ett sändningsförtag som är etablerat i Frankrike. Dess program produceras i Paris och överförs först till en satellit. Signalen återvänder därefter till jorden och fångas upp av markbundna sändarstationer belägna i Frankrike som sänder programmen vidare till allmänheten genom frekvensmodulering.

13 Med hänsyn till att detta sändningssätt inte täcker hela Frankrike, skickar satelliten även signaler till en sändare i Felsberg, i Saarland (Tyskland), som tekniskt är riktad på ett sätt så att dessa program sänds på långvåg i riktning mot Frankrike. Denna sändning utförs av Compagnie européenne de radiodiffusion et de télévision Europe

1 (nedan kallat CERT), som är ett dotterbolag till Lagardère. Programmen som sänds på franska kan av tekniska skäl även tas emot i Tyskland, men enbart inom ett begränsat område. Sändningarna utgör inte en del av en kommersiell verksamhet i Tyskland.

14 Lagardère förfogar även över en digital markledning som gör det möjligt att skicka signalerna från en radiostudio i Paris till sändaren i Tyskland för det fall satelliten inte skulle fungera. Innan satellitsystemet togs i bruk var markledningen det enda sättet att skicka signalerna till denna sändare. Denna ledning fungerar emellertid fortfarande.

15 När Lagardère använder fonogram som är upphovsrättsligt skyddade i sina program erlägger det i Frankrike en avgift till de utövande konstnärerna och fonogramproducenterna för användningen av dessa fonogram (nedan kallad avgiften för användande av fonogram). Denna avgift uppbärs kollektivt av SPRE. CERT erlade i Tyskland en schablonmässigt fastställd avgift till GVL, som är ett bolag bildat enligt tysk rätt och SPRE:s motsvarighet, avseende utsändning av samma fonogram.

16 För att undvika dubbelbetalning av avgiften för användning av fonogram ingicks ett avtal mellan Europe 1 och SPRE, i vilket det föreskrevs att den avgift som den förstnämnda parten skulle erlägga till de utövande konstnärerna och till producenterna skulle minskas med den avgift som CERT erlagt till GVL. Avtalet förlängdes till och med den 31 december 1993.

17 Även om det från den 1 januari 1994 inte förelåg något avtal som tillät Europe 1 att göra något sådant avdrag fortsatte detta bolag inte desto mindre med detta förfarande. SPRE ansåg att avdraget var oberättigat och väckte talan mot Europe 1 vid Tribunal de grande instance de Paris. Denna domstol biföll talan och förpliktade Europe 1 att betala hela avgiften. Efter att Cour d'appel i Paris fastställt domen överklagade Lagardère, som övertagit rättigheterna från Europe 1, detta avgörande till Cour de cassation.

18 Cour de cassation ansåg att den anhängiggjorda tvisten, bland annat med hänsyn till ett avgörande från Bundesgerichtshof (Tyskland) av den 7 november 2002, rörde frågor avseende tolkningen av direktiv 92/100 och 93/83 och beslutade därför att vilandeförklarade målet och ställa följande tolkningsfrågor till domstolen:

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

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

Prövning av tolkningsfrågorna

Den första frågan

19 Den hänskjutande domstolen har ställt den första frågan för att få klarhet i huruvida direktiv 93/83, i förhållande till en sådan utsändning som är aktuell i förevarande fall, utgör hinder för att avgiften för användande av fonogram inte enbart regleras av lagen i den medlemsstat där sändarföretaget är etablerat, utan även regleras av lagstiftningen i den medlemsstat där den marksändare av tekniska skäl är belägen från vilken program sänds i riktning mot den förstnämnda medlemsstaten.

20 Lagardère, SPRE och den franska regeringen anser att det av artikel 1.2 b i direktiv 93/83 klart framgår att ett enda lands lag är tillämplig beträffande ersättning för användande av fonogram — nämligen fransk lag i målet vid den nationella domstolen — och att den utesluter en kumulativ tillämpning av flera lagstiftningar, eftersom det i bestämmelsen föreskrivs att överföring till allmänheten via satellit uteslutande sker i den medlemsstat där de programbärande signalerna förs in.

21 GVL, den tyska regeringen och kommissionen har gjort gällande att en sådan överföring som är aktuell i målet vid den nationella domstolen inte omfattas av bestämmelsen och att den därför inte hindrar en kumulativ tillämpning av lagstiftningen i de båda medlemsstaterna.

22 Det skall således först undersökas om en sådan utsändning som den som är aktuell i målet vid den nationella domstolen utgör en "överföring till allmänheten via satellit" i den mening som avses i artikel 1.2 a i direktiv 93/83.

23 I denna bestämmelse definieras överföring till allmänheten via satellit som "den handling som innebär att ett sändarföretag under sin kontroll och på sitt ansvar för in programbärande signaler avsedda för mottagning av allmänheten i en oavbruten överföringskedja som leder till satelliten och sedan ner till jorden".

24 Det framgår för det första av artikel 1.1 i direktiv 93/83 att en sådan satellit, vid denna typ av överföring, skall sända på frekvensband som enligt telekommunikationslagstiftningen är förbehållna sändning av signaler för mottagning av allmänheten (nedan kallade offentliga frekvensband) eller som är förbehållen sluten point-to-point-överföring (nedan kallade slutna frekvensband). I det senare fallet skall emellertid de förhållanden under vilka individuell mottagning av signalerna äger rum vara jämförbara med dem som gäller i det första fallet.

25 Efter en skriftlig fråga från domstolen har såväl den franska regeringen som Lagardères ombud, vid förhandlingen bekräftat att överföringen av signaler inte sker på offentliga frekvensband. Domstolen skall därför undersöka huruvida individuell mottagning av signaler, såvitt avser en sådan utsändning som är aktuell i målet vid den nationella domstolen, kan äga rum under förhållanden som är jämförbara med dem som gäller en överföring på offentliga frekvensband.

26 Eftersom innebörden av det krav som uppställts i artikel 1.1 andra meningen i direktiv 93/83 inte uttryckligen preciseras, skall denna innebörd fastställas mot bakgrund av direktivets syfte.

27 Det framgår i detta hänseende av skäl 7 i nämnda direktiv att direktivet syftar till att undanröja nuvarande osäkerhet om huruvida sändning via en "satellit vars signaler kan tas emot direkt" enbart medför rättigheter i sändarlandet.

28 Enligt skäl 13 syftar direktiv 93/83 till att undanröja de skillnader som föreligger i medlemsstaterna vad avser behandlingen av utsändning av program via kommunikationssatellit — det vill säga sändning som sker på slutna frekvensband — på så sätt att den väsentliga frågan inom hela gemenskapen blir om verk och andra skyddade prestationer görs tillgängliga för allmänheten.

29 Domstolen påpekar vidare, såsom generaladvokaten påpekade i punkt 39 i sitt förslag till avgörande och som framgår av förslag till rådets direktiv av den 11 september 1991 om samordning av vissa bestämmelser om upphovsrätt och närstående rättigheter avseende satellitsändningar och vidaresändning via kabel (KOM (91) 276 slutlig), att sådan överföring till allmänheten ursprungligen endast var möjlig direkt från en satellit som använder signaler som sänds på frekvensband som enligt lag avsatts för mottagning av allmänheten. Däremot var denna överföring inte avsedd för signaler som sänds på slutna frekvensband. Till följd av den tekniska utvecklingen för satelliter och mottagarantenner avsedda för allmänheten har det inte desto mindre blivit möjligt att sända direkt till allmänheten på slutna frekvensband. Även om dessa frekvensband enligt telekommunikationslagstiftningen formellt inte är avsatta för överföring till allmänheten, kunde allmänheten vid tidpunkten för antagandet av direktiv 93/83 de facto motta programbärande signaler direkt från satelliter som använder dessa frekvensband.

30 Gemenskapslagstiftaren har således avsett att omfatta överföringar via satellit som sker på slutna frekvensband för att därvid beakta den tekniska utvecklingen, och gemenskapslagstiftaren avsåg följaktligen att denna typ av överföring endast skall omfattas av bestämmelserna i direktiv 93/83 för det fall allmänheten kan ta emot dessa signaler individuellt och direkt från nämnda satelliter.

31 Domstolen konstaterar slutligen att ett begränsat antal personer som kan motta signaler från en satellit enbart med hjälp av professionell utrustning inte kan anses utgöra allmänheten, eftersom allmänheten utgörs av ett obestämt antal potentiella lyssnare (se, beträffande begreppet allmänhet, dom av den 2 juni 2005 i mål, Mediakabel, REG 2005, s. I-4891, punkt 30).

32 I förevarande fall är det ostridigt mellan parterna att signalerna från den ifrågavarande satelliten är kodade och endast kan tas emot med professionell utrustning. Dessa signaler kan emellertid inte tas emot med utrustning som är avsedd för allmänheten.

33 I ett sådant fall sker inte en individuell mottagning på jämförbara villkor med dem som gäller överföring på offentliga frekvensband. Följaktligen är det beträffande den utsändning som är aktuell i målet vid den nationella domstolen inte fråga om en satellit i den mening som avses i artikel 1.1 i direktiv 93/83.

34 För det andra följer det även av ovanstående överväganden, i synnerhet av vad som anförts i punkt 32 i förevarande dom, att den utsändning som är aktuell i målet vid den nationella domstolen inte uppfyller ett annat villkor som föreskrivs i artikel 1.2 a i nämnda direktiv, nämligen kravet på att de programbärande signalerna skall vara avsedda för mottagning av allmänheten.

35 En jämförelse av olika språkversioner avseende denna bestämmelse, bland annat den engelska versionen ("programme-carrying signals intended for reception by the public"), den tyska versionen ("die programmtragenden Signale, die für den öffentlichen Empfang bestimmt sind"), den spanska versionen ("las señales

portadoras de programa, destinadas a la recepción por el público") eller den nederländska versionen ("programmadragende signalen voor ontvangst door het publiek") utvisar att det är signalerna som skall vara avsedda för allmänheten och inte de program som sänds genom signalerna.

36 Denna tolkning stöds för övrigt av syftet med direktiv 93/83, vilket det har erinrats om i punkterna 29 och 30 i förevarande dom.

37 I en sådan situation som föreligger i målet vid den nationella domstolen är det programmen som är avsedda för allmänheten och inte de signaler som överförs via satellit och sedan återvänder ner till jorden.

38 Domstolen erinrar om att signalerna är kodade och endast kan tas emot med professionell utrustning, vilket bland annat marksändaren i Felsberg är utrustad med. Lagardère, som är sändarföretag och som kontrollerar all den ifrågavarande kommunikationen, har självt medgivit att allmänheten för närvarande inte kan ta emot dessa signaler. Bolagets avsikt är således inte att de signaler som sänds via satelliten och sedan återvänder ner till jorden skall nå allmänheten. Vid denna typ av överföring är allmänheten nämligen mottagare av ett annat slags signaler, nämligen signaler som sänds på långvåg och som inte överförs via satellit. Det är således enbart i syfte att överföra signalerna till nämnda marksändare som Lagardère skickar dem via satellit. Marksändaren sänder därefter i sin tur ut programmen i realtid på annat sätt än via satellit. Det är således denna sändare som är ensam mottagare av de signaler som överförs via den satellit som är i fråga i målet vid den nationella domstolen.

39 För det tredje krävs enligt artikel 1.2 a i direktiv 93/83 att de programbärande signalerna skall överföras till allmänheten "i en oavbruten överföringskedja som

leder till satelliten och sedan ner till jorden". Direktivet avser således ett slutet kommunikationssystem där satelliten utgör den centrala och väsentliga beståndsdelen som inte är utbytbar, vilket, för det fall satelliten inte fungerar, innebär att det är tekniskt omöjligt att överföra signalerna och att allmänheten inte kan ta emot någon sändning.

40 Direktiv 93/83 avser emellertid i princip inte ett kommunikationssystem eller ett alternativt kommunikationssystem där basenheten består av en marksändare som alltsedan den installerades fungerar med hjälp av en digital markledning. Trots att ett sådant system eller ett alternativt system vid ett givet tillfälle kan kompletteras med en kommunikationssatellit, blir denna satellit för den skull inte den väsentliga och centrala beståndsdel i systemet som inte är utbytbar.

41 Domstolen anser för det fjärde att för det fall satelliten inte fungerar medför det att vid just det tillfälle då sändarföretaget skickar signalerna till nämnda marksändare via den digitala markledningen förekommer det inte någon överföring via satellit, och en tillämpning av direktiv 93/83 är således per definition utesluten. Om det argument som framförts av Lagardère och den franska regeringen skulle godtas, omfattas denna överföring nödvändigtvis av bestämmelserna i direktiv 93/83 så snart satelliten fungerar igen. Tillämpningen av direktivet skulle således bero på oförutsebara omständigheter som är kopplade till riskerna för att nämnda satellit inte fungerar, vilket medför en situation av rättslig osäkerhet beträffande bestämmelserna om upphovsrätten närstående rättigheter.

42 En sådan situation är inte förenlig med detta direktivs syfte, vilket är att garantera rättssäkerhet för sändningsorgan och rättighetsinnehavare vad gäller den lagstiftning som är tillämplig på en viss kommunikationskedja.

43 Av det ovanstående framgår att en sådan sändning som den som är aktuell i målet vid den nationella domstolen inte utgör en överföring till allmänheten via satellit i den mening som avses i artikel 1.2 a i direktiv 93/83. Följaktligen omfattas inte sändningen av punkt 2 b i denna artikel.

44 Den första frågan skall således besvaras så, att direktiv 93/83 inte utgör hinder för att den avgift för användande av fonogram som utgår vid en sådan utsändning som är aktuell i målet vid den nationella domstolen inte enbart regleras av lagen i den medlemsstat där sändarföretaget är etablerat, utan även regleras av lagstiftningen i den medlemsstat där den marksändare av tekniska skäl är belägen från vilken program sänds i riktning mot den förstnämnda medlemsstaten.

Den andra frågan

45 Den hänskjutande domstolen har ställt den andra frågan för att få klarhet i huruvida artikel 8.2 i direktiv 92/100 skall tolkas så, att sändarföretaget, med avseende på fastställandet av en skälig ersättning enligt denna bestämmelse, har en ensidig rätt att från den avgift för användande av fonogram som skall betalas i den medlemsstat där bolaget är etablerat, dra av den avgift som har betalats eller som skall betalas i den medlemsstat där den marksändare är belägen som sänder program i riktning mot den första medlemsstaten.

46 Domstolen framhåller inledningsvis att det framgår av lydelsen och systematiken i direktiv 92/100 att detta direktiv föreskriver en minimiharmonisering vad gäller upphovsrätten närstående rättigheter. Direktivet syftar således inte till att upphäva exempelvis territorialitetsprincipen som gäller för dessa rättigheter och som erkänns i internationell rätt och som även godtas av EG-fördraget. Dessa rättigheter är således knutna till visst territorium och nationell rätt kan för övrigt endast reglera handlingar som vidtas inom det nationella territoriet.

47 Domstolen erinrar vidare om att i målet vid den nationella domstolen sänds de program som innehåller skyddade fonogram med hjälp av marksändare belägna i Frankrike samt en marksändare belägen i Tyskland. Eftersom själva sändningshandlingen vidtas inom de båda medlemsstaternas territorium, skall nämnda avgifter betalas på grundval av de båda nationella lagstiftningarna.

48 I detta sammanhang skall det påminnas om att domstolen redan har fastställt att det saknas objektiva skäl som motiverar att domstolen fastställer precisa regler för beräkningen av en enhetlig skälig ersättning vilket med nödvändighet skulle innebära att domstolen satte sig i medlemsstaternas ställe, vilka i direktiv 92/100 inte åläggs att tillämpa något speciellt kriterium. Av detta följer att det enbart är medlemsstaterna som har rätt att, inom sina territorier, fastställa de mest relevanta kriterierna för att säkerställa en korrekt tillämpning av det gemenskapsrättsliga begreppet skälig ersättning (dom av den 6 februari 2003 i mål C-245/00, SENA, REG 2003, s. I-1251, punkt 34).

49 Medlemsstaterna skall emellertid utöva sin behörighet på detta område inom de gränser som uppställs i gemenskapsrätten och i synnerhet i artikel 8.2 i direktiv 92/100, där det föreskrivs att en sådan ersättning skall vara skälig. Medlemsstaterna skall närmare bestämt uppställa kriterier för beräkning av en skälig ersättning som gör det möjligt att uppnå en lämplig avvägning mellan det intresse som de utövande konstnärerna och fonogramproducenten har av att erhålla ersättning för utsändning av ett bestämt fonogram och tredje mans intresse av att kunna sända detta fonogram på skäliga villkor (domen i det ovannämnda målet SENA, punkt 36).

50 Skäligheten i denna ersättning, som utgör en motprestation till användandet av ett kommersiellt fonogram, särskilt vid utsändningar, skall bland annat bedömas med hänsyn till det ekonomiska värdet av detta användande (domen i det ovannämnda målet SENA, punkt 37).

51 För att fastställa detta värde är det lämpligt att låta sig inspireras, såvitt avser denna specifika fråga, av de kriterier som nämns i skäl 17 i direktiv 93/83 och att därvid beakta samtliga aspekter som rör sändningen, såsom bland annat den faktiska publiken, den potentiella publiken och språkversionen.

52 Användningen av fonogram i samband med utsändning i den medlemsstat där nämnda marksändare är belägen minskar över huvud taget inte den faktiska eller potentiella publiken i den medlemsstat där sändarföretaget är etablerat. Den minskar följaktligen inte heller det ekonomiska värdet av detta användande inom den sistnämnda medlemsstatens territorium.

53 Det följer visserligen av handlingarna i målet att utsändningen av fonogram rent faktiskt endast utnyttjas kommersiellt i Frankrike, eftersom reklamtid i sändningarna endast marknadsförs gentemot franska företag. Dessutom finns nästan samtliga lyssnare i Frankrike, vilket beror för det första på att den utsändning som är aktuell i målet vid den nationella domstolen endast kan tas emot av allmänheten inom ett begränsat område i Tyskland, och för det andra på att sändningarna är på franska.

54 I den mån det antal personer som faktiskt och potentiellt lyssnar på sändningarna i den medlemsstat där nämnda marksändare är belägen inte är obefintligt, är ett visst ekonomiskt värde knutet till användningen av skyddade fonogram även i denna medlemsstat, trots att det är litet. Denna medlemsstat kan följaktligen med hänsyn till territorialitetsprincipen, vilken det erinras om i punkt 46 i förevarande dom, kräva betalning av en skälig ersättning för utsändningen av nämnda fonogram inom sitt territorium. De omständigheter som nämns i ovanstående punkt, vilka begränsar det ekonomiska värdet av ett sådant användande, är endast relevanta vad gäller storleken på denna avgift och det ankommer på domstolarna i denna medlemsstat att beakta dessa omständigheter vid fastställandet av avgiften. Dessa omständigheter påverkar däremot inte det förhållandet att den således fastställda avgiften utgör ersättning för användande av fonogram i denna medlemsstat och betalningen av denna avgift får inte beaktas vid beräkningen av en skälig ersättning i en annan medlemsstat.

55 Av det ovanstående följer att den andra frågan skall besvaras på så sätt att artikel 8.2 i direktiv 92/100 skall tolkas så, att sändarföretaget, med avseende på fastställandet av en skälig avgift enligt denna bestämmelse, inte har en ensidig rätt att, från den avgift för användande av fonogram som skall betalas i den medlemsstat där bolaget är etablerat, dra av den avgift som har betalats eller som skall betalas i den medlemsstat där den marksändare är belägen som sänder program i riktning mot den förstnämnda medlemsstaten.

Rättegångskostnader

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

På dessa grunder beslutar domstolen (tredje avdelningen) följande dom:

1) Rådets direktiv 93/83/EEG av den 27 september 1993 om samordning av vissa bestämmelser om upphovsrätt och närstående rättigheter avseende satellitsändningar och vidaresändning via kabel utgör inte hinder för att den avgift för användande av fonogram som utgår vid en sådan utsändning som är aktuell i målet vid den nationella domstolen inte enbart regleras av lagen i den medlemsstat där sändarföretaget är etablerat, utan även regleras av lagstiftningen i den medlemsstat där den marksändare av tekniska skäl är belägen från vilken program sänds i riktning mot den förstnämnda medlemsstaten.

2) **Artikel 8.2 i rådets direktiv 92/100/EEG av den 19 november 1992 om uthyrnings- och utlåningsrättigheter och om vissa upphovsrätten närstående rättigheter inom det immaterialrättsliga området skall tolkas så, att sändarföretaget, med avseende på fastställandet av en skälig avgift enligt denna bestämmelse, inte har en ensidig rätt att från den avgift för användande av fonogram som skall betalas i den medlemsstat där bolaget är etablerat, dra av den avgift som har betalats eller som skall betalas i den medlemsstat där den marksändare är belägen som sänder program i riktning mot den förstnämnda medlemsstaten.**

Underskrifter