

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT

N. JÄÄSKINEN

fremsat den 17. marts 2011¹

I — Indledning

Airfield NV (herefter »Airfield«) og Canal Digitaal BV (herefter »Canal Digitaal«) mod Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (herefter »Sabam«) (sag C-431/09), dels Airfield alene mod Agicoa Belgium BVBA (herefter »Agicoa«) (sag C-432/09).

1. I de forenede sager, som Domstolen skal behandle, har Hof van Beroep te Brussel (Belgien) stillet to præjudicielle spørgsmål om fortolkningen af Rådets direktiv 93/83/EØF af 27. september 1993 om samordning af visse bestemmelser vedrørende ophavsrettigheder og ophavsretsbeslægtede rettigheder i forbindelse med radio- og tv-udsendelse via satellit og viderespredning pr. kabel², navnlig den betydning, der skal gives bestemmelserne i direktivets artikel 1, stk. 2, litra a) og c).

2. Den forelæggende ret er nemlig af den opfattelse, at fortolkningen af begrebet »tilgængeliggørelse for almenheden via satellit« i dette direktiv er nødvendigt for at løse disse to tvister, som er konnekse, og som verserer for retten. Disse tvister er mellem dels

3. Forskellen er, om Airfield, som er leverandør af satellittv, og som tilbyder almenheden at abonnere på modtagelse af en pakke af tv-kanaler (herefter »leverandør af satellitpakker«), skal have tilladelse fra ophavsretsindehavere til — med bistand fra det selskab, som Airfield er tilknyttet, Canal Digitaal — at foretage samtidig udsendelse af uændrede programmer fra radio- og tv-selskaber, selv om disse selskaber allerede selv har fået tilladelse fra indehaverne af de intellektuelle ejendomsrettigheder vedrørende disse programmer. Det skal med andre ord afgøres, om og i hvilket omfang en leverandør af satellitpakker, der handler under omstændigheder som i de i hovedsagen omtvistede, udnytter værker,

1 — Originalsprog: fransk.

2 — EFT L 248, s. 15.

der er beskyttet af ophavsretten eller beslægtede rettigheder.

tv-radiospredningsvirksomhed³ efterlod i de retlige rammer for oprettelsen af et audiovisuelt område, idet sidstnævnte direktiv blev vedtaget uden at indeholde bestemmelser om ophavsret⁴.

4. Bag de forholdsvis tekniske detaljer i denne sag findes i virkeligheden et ganske simpelt retligt spørgsmål. Der er i det væsentlige tale om, hvorledes en uafhængig operatør i henhold til direktiv 93/83 skal behandles i forhold til et radio- og tv-selskab, som i mere eller mindre vidt omfang griber ind i den kommunikationskæde, som typisk forbinder dette selskab med en almenhed, der er den endelige modtager af de programsignaler, der udsendes via satellit.

6. 14. og 15. betragtning til direktiv 93/83 bestemmer:

II — De relevante retsforskrifter

A — EU-retten

Direktiv 93/83

5. Direktiv 93/83 tilsigter at udfylde de huller, som Rådets direktiv 89/552/EØF af 3. oktober 1989 om samordning af visse love og administrative bestemmelser i medlemsstaterne vedrørende udøvelse af

»(14) Manglen på retssikkerhed med hensyn til, hvilke rettigheder der skal erhverves, og som lægger hindringer i vejen for den grænseoverskridende programudsendelse via satellit, bør udbedres ved på EF-plan at fremsætte en definition af, hvad der forstås ved tilgængeliggørelse for almenheden via satellit; denne definition skal også præcisere stedet, hvorfra tilgængeliggørelsen for almenheden udgår; en sådan definition er nødvendig for at forhindre, at flere nationale lovgivninger anvendes samtidig på én og samme udsendelse; tilgængeliggørelse for almenheden via satellit finder alene sted i de tilfælde og i den medlemsstat, hvor de programbærende signaler under radio- og tv-selskabets kontrol og ansvar introduceres i en ubrudt sendekæde op til satellitten og ned mod jorden; de normale tekniske procedurer vedrørende programbærende signaler kan ikke betragtes som afbrydelser af sendekæden.

³ — EFT L 298, s. 23. Dette direktiv blev revideret i 1997 (EFT L 202, s. 60) og i 2007 (EUT L 332, s. 27).

⁴ — Jf. fjerde, femte og tolvte betragtning til direktiv 93/83.

(15) Aftalebaseret erhvervelse af eneretten til radio- og tv-udsendelse bør være underkastet de gældende bestemmelser om ophavsrettigheder og ophavsretsbeslægtede rettigheder i den medlemsstat, hvor tilgængeliggørelsen for almenheden via satellit finder sted.«

tv-selskabet giver almenheden midler til at afkode udsendelsen, eller at dette sker med dets samtykke.«

7. Artikel 1, stk. 2, litra a)-c), i direktiv 93/83, der findes i kapitel I, som har overskriften »Definitioner«, bestemmer:

»a) I dette direktiv forstås ved »tilgængeliggørelse for almenheden via satellit«: den handling under radio- og tv-selskabets kontrol og ansvar at introducere programbærende signaler, der er beregnet for almenheden i en ubrudt sendekæde, der fører op til satellitten og ned mod jorden.

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

c) Hvis de programbærende signaler udsendes i kodeform, foreligger der tilgængeliggørelse for almenheden via satellit under forudsætning af, at radio- og

8. Artikel 2 i direktiv 93/83 om udsendelsesret via satellit bestemmer:

»I overensstemmelse med bestemmelserne i dette kapitel skal medlemsstaterne give en ophavsmand eneret til at tillade tilgængeliggørelse for almenheden via satellit af ophavsretligt beskyttede værker.«

Direktiv 2001/29/EF

9. 23. betragtning til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2001/29/EF af 22. maj 2001 om harmonisering af visse aspekter af ophavsret og beslægtede rettigheder i informationsområdet⁵ bestemmer, at det »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

⁵ — EFT L 167, s. 10.

radio og fjernsyn. Denne ret bør dog ikke omfatte andre handlinger«⁶.

sted og på et tidspunkt, ophavsmanden selv vælger)«⁸.

10. Direktivets artikel 3, stk. 1, har følgende ordlyd: »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.«

12. Lovens artikel 49 og 50 om »tilgængeliggørelse for almenheden via satellit« gentager i det væsentlige ordlyden af bestemmelserne i artikel 1, stk. 2, litra a)-c), i direktiv 93/83 uden senere ændring.

III — De faktiske omstændigheder

B — National ret

11. Artikel 1, stk. 4, fjerde afsnit, i den belgiske lov af 30. juni 1994 om ophavsret og beslægtede rettigheder⁷ (herefter »ophavsretsloven«), med senere ændringer, bestemmer, at »[a]lene ophavsmanden til et litterært eller kunstnerisk værk har ret til gøre værket offentligt tilgængeligt, uanset hvordan (herunder at gøre værket tilgængeligt for offentligheden på en sådan måde, at værket er tilgængeligt for dele af offentligheden på et

13. Airfield, som er et belgisk selskab, der driver virksomhed i Belgien under det kommercielle navn TV Vlaanderen, udbyder digitalt tv og radio via satellit. Selskabet udbyder en kanalpakke, som selskabets abonnenter kan lytte til og se via satellit.

14. Den pakke, som Airfield udbyder, omfatter to slags tv-kanaler. Den ene slags, som er gratis og ukodede, kaldes sædvanligvis »free to air« og kan modtages af alle med en parabolantenne og satellitmodtager uden behov for et abonnement. Den anden slags er kodede og kan kun ses efter en afkodning, hvilket gør det nødvendigt at tegne et abonnement

6 — I dom af 7.12.2006, sag C-306/05, SGAE, Sml. I, s. 11519, præmis 30, anførte Domstolen, at mens direktiv 93/83 kun foreskriver en minimumsharmonisering af visse aspekter af ophavsrettigheder og ophavsretsbeslægtede rettigheder i tilfælde af overføring til almenheden via satellit eller videre-spredning pr. kabel af udsendelser fra andre medlemsstater, finder direktiv 2001/29 anvendelse på alle former for tilgængeliggørelse for almenheden af beskyttede værker.

7 — *Moniteur belge* af 27.7.1994, s. 19297. Loven trådte i kraft den 1.8.1994.

8 — Den del, der er sat i parentes, blev tilføjet ved lov af 22.5.2005, som gennemfører direktiv 2001/29 i belgisk ret.

hos Airfield, som giver kunderne et kort, der sørger for afkodningen, og som kaldes »smartcard«.

15. Med henblik på at levere sine tjenesteydelser anvender Airfield tekniske tjenesteydelser fra Canal Digitaal, der er et nederlandsk selskab, som tilhører samme koncern som Airfield, og som udbyder tjenesteydelser, der svarer til Airfields til forbrugere, der er bosiddende i Nederlandene.

16. Canal Digitaal har indgået en aftale med selskabet SES Astra, som driver satellitsystemet Astra, og i henhold til denne aftale udlejer SES Astra kapacitet til digitalt tv og radio via denne satellit til Canal Digitaal.

17. Endvidere har Canal Digitaal indgået en tjenesteydelsesaftale med Airfield, hvori selskabet forpligter sig til fra den 1. januar 2006 at fremleje kapacitet, som det lejer i satellitten Astra, med henblik på udsendelse af tv- og radioprogrammer i Belgien og Luxembourg. For så vidt angår udsendelsen af tv-programmer har Canal Digitaal også forpligtet sig til at levere tekniske tjenesteydelser, navnlig opsendelse, multiplexing (blanding), komprimering, kodning og datatransmission, som er nødvendige for, at Airfield kan sende digitalt tv i Belgien og Luxembourg.

18. Airfield har for at kunne sende digitalt tv via satellit til kunder i Flandern (Belgien) ligeledes indgået en række aftaler med radio- og tv-selskaber, hvis kanaler er medtaget i selskabets satellitpakke. Teknisk afhænger samarbejds måden med disse sidstnævnte af de pågældende tv-kanalers viderespredningsmåde. Den forelæggende ret har sondret mellem tre former for ruting af programbærende signaler via satellit til forbrugeren i Belgien, to indirekte måder og en direkte, idet det er præciseret, at de viderespredte programmer i alle tilfælde forbliver uændrede.

— *De to indirekte måder for viderespredning af tv-kanaler omfattet af satellitpakken*

19. I henhold til de to forelæggelseskendelser sender de belgiske radio- og tv-selskaber i det første tilfælde kaldet indirekte viderespredning, der benævnes »situation 1«, via jordbaserede forbindelser ukodede signalbærende programmer til de apparater, som Canal Digitaal har installeret i Belgien. Derefter komprimerer Canal Digitaal signalerne og krypterer dem for via bredbånd at sende dem til selskabets station i Nederlandene. Denne station sikrer uplink-forbindelsen med Astra-satellitten efter, at signalerne er blevet kodet. Den nødvendige nøgle for, at almenheden kan

se programmerne, findes i et afkodningskort, som Canal Digitaal stiller til rådighed for Airfield, og som derefter udleveres til alle kunder, der har abonnement hos Airfield.

og Luxembourg. Airfield garanterer, at selskabet har fået tilladelse af det selskab, der driver Astra-satellitten, til at fremleje sådan kapacitet.

20. Den anden form for indirekte videre-spredning, der svarer til den af den forelæggende ret beskrevne »situation 3«, består i, at radio- og tv-selskaberne leverer de program-bærende signaler til Canal Digitaal via en anden satellit, f.eks. Eutelsat, og ikke via en jord-baseret forbindelse. Canal Digitaal modtager disse satellitsignaler, som er kodede og ikke tilgængelige for offentligheden, i Nederlandene eller Luxembourg. Selskabet afkoder dem om nødvendigt, krypterer dem og sender dem til Astra-satellitten. Airfields abonnenter kan afkode disse signaler med et særligt kort, som Canal Digitaal leverer til Airfield.

21. Airfield har indgået aftaler om levering af tv via satellit kaldet »carriage agreements«⁹ eller transportaftaler med radio- og tv-spredningsselskaber, for hvilke disse to former for signalruting er relevant.

22. I henhold til disse aftaler udlejer Airfield satellittransponderkapacitet til disse selskaber med henblik på udsendelse af tv-programmer til tv-seerne i Belgien, Nederlandene

23. Airfield har endvidere forpligtet sig til at modtage disse selskabers tv-programmsignal fra en uplink-central, komprimere det, foretage multiplexing, kryptere det og sende det til satellitten med henblik på udsendelse og modtagelse.

24. Radio- og tv-selskaberne betaler for denne udlejning og levering af tjenesteydelser et vederlag til Airfield. De giver Airfield en tilladelse, således at abonnenterne hos leverandøren af satellitpakken samtidig i Belgien, Nederlandene og Luxembourg kan se de programmer, der udsendes via Astra-satellitten.

25. Airfield betaler for de rettigheder, som radio- og tv-selskaberne giver selskabet, og for Airfields beføjelse til efter frit skøn at optage tv-programmer i sit pakkeudbud et vederlag for de tv-programmer, som selskabets abonnenter modtager på det pågældende område.

9 — Den forelæggende ret har anført, at den kun har modtaget en engelsk udgave af disse aftaler.

— *Den direkte måde for videreførelse af tv-kanaler omfattet af satellitpakken*

tv-programmer i sit pakkeudbud et vederlag for de tv-programmer, som selskabets abonnenter modtager på det pågældende område.

26. I dette tilfælde, som svarer til den af den forelæggende ret beskrevne »situation 2«, er videreførelsen »direkte«, fordi den foregår uden Airfields og Canal Digitaals tekniske bistand. Radio- og tv-selskaberne krypterer nemlig selv eller gennem andre operatører end Airfield programsignalerne i oprindelseslandet og sender dem direkte til Astra-satellitten. Signalerne sendes derefter mod jorden. Canal Digitaals bidrag er begrænset til at levere operatørerne krypteringsnøgler, således at de korrekte koder anvendes til senere at give hver af Airfields abonnenter mulighed for at se programmer ved hjælp af vedkommendes afkodningskort.

27. Airfield har med denne gruppe af radio- og tv-selskaber indgået en anden kategori af aftaler kaldet »heads of agreement«. De bestemmer, at selskaberne giver Airfield tilladelse til, at selskabets abonnenter i Belgien og Luxembourg kan modtage og samtidig se tv-programmer, som er udsendt via Astra-satellitten.

28. Airfield betaler for de rettigheder, som radio- og tv-selskaberne giver selskabet, og for Airfields beføjelse til efter frit skøn at optage

IV — Tvisten i hovedsagen, de præjudicielle spørgsmål og retsforhandlingerne for Domstolen

29. Sabam er et belgisk andelsselskab, der som administrationselskab repræsenterer ophavsmænd ved at give tredjemand tilladelse til brug af deres beskyttede værker og ved at opkræve et honorar for denne brug.

30. Agicoa¹⁰ er et belgisk kollektivt administrationselskab, som repræsenterer belgiske og internationale producenter af audiovisuelle værker ved administrationen af ophavsrettigheder og beslægtede rettigheder til film og andre audiovisuelle værker, med undtagelse af videoklip. I forbindelse hermed opkræver Agicoa de vederlag, der tilkommer producenterne.

10 — Nærmere bestemt udøver Agicoa Belgium, der er sagsøger i hovedsagen, sin virksomhed til gennemførelse af administrationsmandater, selskabet har fået af både Association de gestion internationale collective des œuvres audiovisuelles (AGICOA), der er en schweizisk forening, og Beheers-en belangenvenootschap voor audiovisuele producenten (BAVVP), der er et belgisk andelsselskab med begrænset ansvar.

31. Sabam og Agicoa er af den opfattelse, at Airfield som en enhed, der er uafhængig af radio- og tv-selskaberne, foretager en genudsendelse af tv-programmer, der allerede har været udsendt af disse organer, i Bernerkonventionens forstand¹¹. De er af den opfattelse, at Airfield på grund af denne nye tilgængeliggørelse for almenheden skal have en yderligere tilladelse i forhold til den, de har modtaget fra radio- og tv-selskaberne, med henblik på at gøre brug af repertoier fra ophavsmænd, hvis rettigheder indehaves af henholdsvis Sabam og Agicoa.

32. Airfield og Canal Digitaal har som svar anført, at de ikke foretager nogen genudsendelse, men begrænser sig til at udbyde tv-programmer til almenheden via satellit for radio- og tv-selskabernes regning. Ifølge Airfield og Canal Digitaal er der kun en eneste udsendelse via satellit, som sikres af radio- og tv-selskaberne selv, og hvorved de benytter sig af Airfields og Canal Digitaals tjenesteydelser af rent teknisk karakter. De sagsøgte har gjort gældende, at det kun er radio- og tv-selskaberne, der foretager en ophavsretligt relevant transaktion som omhandlet i artikel 49 og 50 i ophavsretsloven, der gennemførte direktiv 93/83 i belgisk ret.

33. Da parterne ikke har fundet en mindelig løsning, har Sabam stævnet Airfield og Canal Digitaal (sag C-431/09), og Agicoa har stævnet Airfield (sag C-432/09) på grundlag af ophavsretsloven for præsidenten for Rechtbank van eerste aanleg te Brussel (retten i første instans i Bruxelles). Sidstnævnte fandt, at Airfield og Canal Digitaal havde krænket den ophavsret, som Sabam og Agicoa forvaltede, idet selskabet for de tv-seere, som abonnerer på Airfields programmer, tilgængeliggjorde beskyttede værker, der var omfattet af begge sagsøgernes repertoier, uden at have fået disse forudgående samtykke.

34. Airfield og Canal Digitaal har iværksat appel ved den forelæggende ret. Idet Hof van Beroep te Brussel er af den opfattelse, at den ikke er i stand til at give et klart svar på de i de to verserende tvister rejste spørgsmål om fortolkningen og anvendelsen af fællesskabsretten, har den besluttet at udsætte sagen og stille Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål, som har samme ordlyd i sagerne C-431/09 og C-432/09:

»1) Er direktiv 93/83 til hinder for, at en udbyder af digitalt satellitfjernsyn pålægges at indhente tilladelse fra rettighedsindehaverne i det tilfælde, hvor et radio- og tv-selskab leverer sine programbærende signaler, enten via en fast forbindelse eller via et kodet satellitsignal, til en af dette radio- og tv-selskab uafhængig udbyder

11 — Bernerkonventionen til værn for litterære og kunstneriske værker (Parisakten af 24.7.1971), som ændret den 28.9.1979 (herefter »Bernerkonventionen«).

af digitalt satellitfjernsyn, som lader disse signaler kode og sende op til en satellit af et selskab, der er forbundet med udbyderen, hvorefter signalerne, med radio- og tv-selskabets tilladelse, som dele af en pakke tv-kanaler og derfor bundtet, sendes ned til satellitfjernsynsudbyderens abonnenter, der kan se programmerne samtidigt og i uændret tilstand ved hjælp af et kort til afkodning eller smartcard, som udbyderen stiller til rådighed?

og i uændret tilstand ved hjælp af et kort til afkodning eller smartcard, som udbyderen stiller til rådighed?»

35. Ved kendelse afsagt af Domstolens præsident den 6. januar 2010 er sagerne C-432/09 og C-432/09 blevet forenet med henblik på den skriftlige og mundtlige forhandling samt dommen.

36. Samlet har Airfield og Canal Digitaal og hver for sig har Sabam og Agicoa fremsat skriftlige og mundtlige bemærkninger og har besvaret Domstolens spørgsmål med henblik på at afklare de faktiske omstændigheder. Europa-Kommissionen har fremsat skriftlige og mundtlige bemærkninger. Den finske regering har alene fremsat skriftlige bemærkninger.

- 2) Er direktiv 93/83 til hinder for, at en udbyder af digitalt satellitfjernsyn pålægges at indhente tilladelse fra rettighedsindehaverne i det tilfælde, hvor et radio- og tv-selskab i overensstemmelse med instruktioner fra en udbyder af digitalt satellitfjernsyn, som er uafhængig af dette radio- og tv-selskab, leverer sine programbærende signaler til en satellit, hvorefter signalerne, med radio- og tv-selskabets tilladelse, som dele af en pakke tv-kanaler og derfor bundtet, sendes ned til satellitfjernsynsudbyderens abonnenter, der kan se programmerne samtidigt

V — Analyse

A — Formaliteten

37. Indledningsvis har Agicoa anført, at direktiv 93/83 ikke finder anvendelse i tvisten i hovedsagen, og at de to præjudicielle spørgsmål skal derfor afvises, da den fortolkning,

der er anmodet om, ikke er nyttig for den forelæggende ret for at træffe afgørelse i den tvist, den skal behandle¹². Agicoa har anført, at det derimod er artikel 3, stk. 1, i direktiv 2001/29, sammenholdt med Bernerkonventionens artikel 11a, stk. 1, nr. ii), der skal finde anvendelse¹³.

38. Agicoa har til støtte for disse påstande for det første gjort gældende, at arbejdsgruppen vedrørende radio- og tv-udsendelse via satellit¹⁴ under mødet den 12. maj 2003¹⁵ anbefalede indførelse af en klar sondring mellem »operatøren af satellitpakker [og] radio- og tv-selskabet, for så vidt som dens virksomhed er sammensætningen af en tjenesteydelses-pakke med udgangspunkt i en medlemsstat«, således som det er tilfældet med Airfield i denne sag. Agicoa har heraf — uden yderligere forklaringer — udledt, at det derfor ikke har nogen relevans at påberåbe sig begrebet

tilgængeliggørelse for almenheden via satellit, og at Domstolen derfor ikke kan give et svar på de spørgsmål, den er blevet stillet.

39. Agicoa har i øvrigt påberåbt sig, at tvisten i hovedsagen, for så vidt angår Agicoa, ikke er omfattet af det materielle anvendelsesområde for direktiv 93/83, fordi der ikke er tale om en satellit i den i direktivets artikel 1 omhandlede forstand¹⁶.

40. Endelig er Agicoa af den opfattelse, at direktiv 93/83 ikke kan finde anvendelse, fordi der i denne sag ikke er den grænseoverskridende karakter, der er forudsat i direktiv 93/83, eller i det mindste at dette element aldrig er blevet præciseret af Airfield.

12 — I denne henseende har Agicoa henvist til dom af 22.1.2002, sag C-390/99, Canal Satélite Digital, Sml. I, s. 607, præmis 19, og af 5.2.2004, sag C-380/01, Schneider, Sml. I, s. 1389, præmis 22, som i overensstemmelse med fast retspraksis anfører, at »Domstolen [kun kan] afslå at træffe afgørelse vedrørende et præjudicielt spørgsmål fra en national retsinstans, når det klart fremgår, at den ønskede fortolkning af fællesskabsretten 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«.

13 — »Ophavsmand til litterære og kunstneriske værker har en ret til at tillade: [...] ii) enhver offentlig gengivelse med eller uden tråd af det radioudsendte værk, når denne gengivelse iværksættes af en anden organisation end den oprindelige.«

14 — Referatet fra arbejdsgruppens første møde den 28.11.2002 erindrer om, at »[h]øringen af de berørte erhvervsdrivende [...] var blevet meddelt i rapporten om anvendelsen af [direktiv 93/83]« Dette referat findes på Kommissionens hjemmeside: http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/satellite-cable/working-group-satellite_fr.pdf

15 — Referat fra andet møde findes på Kommissionens hjemmeside: http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/satellite-cable/working-group-satellite-05-03_fr.pdf

41. For så vidt angår det første anbringende, hvorefter de stillede spørgsmål ikke er relevante for sagsgenstanden i nogen af tvisterne i hovedsagen eller er hypotetiske, skal det bemærkes, at det i forbindelse med den præjudicielle procedure udelukkende tilkommer de nationale retter, for hvilke tvisten er indbragt, og som har ansvaret for den retsafgørelse,

16 — Dette begreb defineres i artiklen som: »en satellit, der sender på frekvensbånd, som kommunikationsretligt er forbeholdt radio- og tv-udsendelse af signaler, der kan modtages af almenheden, eller som er forbeholdt lukket punkt-til-punkt kommunikation«. Jf. hertil punkt 33 ff. i forslaget til afgørelse fra generaladvokat Tizzano i den sag, der gav anledning til dommen i sagen Lagardère Active Broadcast, sag C-192/04, Sml. I, s. 7199.

der skal træffes, på grundlag af de konkrete omstændigheder i hver sag at vurdere såvel, om en præjudicial afgørelse er nødvendig for, at de kan afsige dom, som relevansen af de spørgsmål, de forelægger Domstolen¹⁷. Eftersom spørgsmålene vedrører fortolkningen af EU-retten, er Domstolen i princippet forpligtet til at træffe afgørelse, idet de af den nationale ret stillede spørgsmål i henhold til fast retspraksis formodes at være relevante¹⁸.

42. I denne sag kan det ikke uden en bevisførelse, som støtter dette synspunkt, antages, at det ikke er nyttigt for løsningen af tvisten i hovedsagen at besvare de spørgsmål, som den forelæggende ret har anset det for nødvendige og retligt relevant at formulere for at afgøre, hvordan gældende ret skal gennemføres i Belgien, navnlig ophavsretsloven, henset til kravene i direktiv 93/83, idet det skal bemærkes, at medlemsstaten gennemførte direktivet med denne lov, således som det er understreget i de to forelæggelseskendelser.

43. Agicoas andet og tredje argument er heller ikke underbyggede. Hvad angår det sidstnævnte følger det af retspraksis, at problematikken vedrørende den manglende

grænseoverskridende karakter¹⁹ ikke udgør en formalitetsindsigelse, men et realitets-spørgsmål²⁰. På samme måde forekommer det mig ikke, at alle elementerne i tvisten i hovedsagen er isoleret inden for en medlemsstat²¹. Anmodningen om præjudicial afgørelse kan dermed ikke afvises på dette grundlag.

44. I øvrigt anførte Kommissionens repræsentant under retsmødet, at det var en skam, at Hof van Beroep te Brussel ikke havde været mere udtrykkelig vedrørende de faktiske omstændigheder, som gav anledning til de to tvister i hovedsagen. Repræsentanten redegjorde for, at det først var ved læsningen af bemærkningerne fra parterne i hovedsagen, at Kommissionen fuldt ud forstod sagens omstændigheder, og Kommissionen ønskede dermed at supplere sine skriftlige

17 — Jf. dom af 21.10.2010, sag C-467/08, Padawan, Sml. I, s. 10055, præmis 21 ff. og den deri nævnte retspraksis, og generaladvokat Trstenjaks forslag til afgørelse i den sag, punkt 48.

18 — Domstolen erindrede for nylig om denne formodning i dom af 12.10.2010, sag C-45/09, Rosenblatt, Sml. I, s. 9391, præmis 33.

19 — Det skal præciseres, at det er denne problematik, som arbejdsgruppen vedrørende radio- og tv-udsendelse via satellit anførte under sit andet møde i 2003. Det ovennævnte uddrag, som Agicoa har omtalt, fortsætter nemlig således: »Kommissionens tjenestegrene har i denne henseende erindret om, at det kun er aktiviteter, som har en grænseoverskridende dimension, der skal tages i betragtning i forbindelse med [direktiv 93/83], og at aktiviteten med viderebredning af nationale kanaler foretaget af en operatør af en satellitpakke til kunder inden for de nationale grænser ikke kan være omfattet af direktivets anvendelsesområde, der bygger på EF-traktatens artikel 43-49 om etableringsfriheden og den frie udveksling af tjenesteydelser.«

20 — Dom af 13.1.2000, sag C-254/98, TK-Heimdienst, Sml. I, s. 151, præmis 14 og 15.

21 — I henhold til forelæggelseskendelsen er leverandøren af satellitpakkerne nemlig et belgisk selskab, som samarbejder med et nederlandsk selskab, de programbærende signaler modtages både i Nederlandene og Luxembourg, og de programmer, der udsendes via satellit, stammer fra flere af Den Europæiske Unions medlemsstater og kan ses af almenheden i forskellige områder, navnlig i Belgien og Luxembourg.

bemærkninger²². Man kan dermed spørge, om alle anmodningerne i den præjudicielle forelæggelse er tilstrækkeligt præcist formuleret til, at Domstolen kan træffe afgørelse.

45. På baggrund af de elementer, der oprindeligt blev præsenteret for Domstolen, og de elementer, den senere fik kendskab til i forbindelse med de skriftlige og mundtlige retsforhandlinger, er det min opfattelse, at den forelæggende ret har defineret den faktuelle ramme for de spørgsmål, den har stillet, i overensstemmelse med Domstolens krav²³. Hof van Beroep te Brussel har beskrevet de faktiske oplysninger på en måde, som ganske vist er noget kompleks, men som ikke efterlader læseren med tvivl. Den af Kommissionen påberåbte vanskelighed følger efter min opfattelse af Kommissionens formodning om, at tvisterne i denne sag kun kunne omhandle en enkelt form for aktivitet.

22 — Kommissionen har anført, at da den var i tvivl om, hvorvidt Airfields udsendelser var primære udsendelser eller derimod genudsendelser, ville den kun ændre det oprindelige standpunkt, hvis den forelæggende ret var af den opfattelse, at der i denne sag var tale om primære udsendelser, men tilføje elementer for også at svare på det andet tilfælde.

23 — Oplysninger skal ifølge fast retspraksis (jf. navnlig dom af 6.3.2007, forenede sager C-338/04, C-359/04 og C-360/04, Placanica m.fl., Sml. I, s. 1891, præmis 34 og den deri nævnte retspraksis) ikke blot tjene til at sætte Domstolen i stand til at give sigtsmæssige svar, men de også skal give medlemsstaternes regeringer samt andre berørte parter mulighed for at afgive indlæg i henhold til artikel 23 i statuten for Domstolen.

46. Det er derfor min opfattelse, at de ovenfor citerede præjudicielle spørgsmål skal besvares således, som de er stillet Domstolen, altså henset til bestemmelserne i direktiv 93/83.

47. De forslag, som jeg fremsætter i denne henseende efter nogle generelle bemærkninger, følger den forelæggende rets sondring mellem dels de udsendelsesmåder, hvorefter radio- og tv-selskaberne genudsender tv-programbærende signaler mod satellitten med Airfields og Canal Digitaals medvirken (første præjudicielle spørgsmål), dels den måde, hvorpå de udsender deres programmer uden bistand fra denne leverandør af satellitpakker og det hertil knyttede selskab (andet præjudicielle spørgsmål), i overensstemmelse med de omstændigheder, der er beskrevet i redegørelsen for de faktiske omstændigheder bag tvisterne i hovedsagen.

B — Indledende bemærkninger

48. Således som den forelæggende ret har fremhævet som begrundelse for sine to anmodninger om præjudicielle afgørelser, ønskede lovgiver ved vedtagelsen af artikel 1, stk. 2, litra a), i direktiv 93/83 at definere begrebet »tilgængeliggørelse for almenheden via satellit« i dette direktiv — hvilket begreb er genstand for denne anmodning om

præjudiciel afgørelse — med henblik på, at der indføres retssikkerhed på fællesskabsniveau.

49. Det fremgår nemlig af 14. betragtning til direktiv 93/83, at artiklens formål er at fjerne retsikkerheden med hensyn til, hvilke ret-tigheder der skal erhverves, og som lægger hindringer i vejen for den grænseoverskri-dende programudsendelse via satellit²⁴. End-videre har definitionen på dette begreb »på EF-plan« vist sig nødvendig for at forhindre, at flere nationale lovgivninger anvendes sam-tidigt på én og samme udsendelse, henset til den store territoriale påvirkning, som en ud-sendelse via satellit kan have²⁵.

50. Artikel 1, stk. 2, giver en meget nøjagtig definition på »tilgængeliggørelse for almen-heden via satellit« i den i direktiv 93/83 om-handlede forstand, som ligeledes angiver ste-det for tilgængeliggørelsesbehandlingen ved at fastholde udsendelsens oprindelsesland som eneste tilknytningspunkt og uden at henvise til medlemsstaternes lovgivning. Dette selv-stændige begreb, dvs. tilhørende EU-retten, skal dermed fortolkes ensartet. Det fremgår

24 — Nævnte formål fremgår også af femte betragtning til direk-tiv 93/83.

25 — Jf. Kommissionens forslag til direktiv 93/83, (KOM(91) 276 endelig, s. 33 ff.), Kommissionens rapport om anvendelsen af dette direktiv (KOM(2002) 430 endelig, især s. 6-8), og dom af 3.2.2000, sag C-293/98, Egeda, Sml. I, s. 629, præ-mis 15, 20 og 21, samt dommen i sagen Lagardère Active Broadcast, præmis 42.

af fast retspraksis²⁶, at et sådant begreb ikke blot skal fortolkes på baggrund af den pågæl-dende bestemmelses ordlyd, men også i over-ensstemmelse med dens formål²⁷ som oven-for angivet og under hensyntagen til dens kontekst, idet der navnlig skal tages hensyn til internationale konventioner på området og Unionens tilknyttede retsakter, såsom direktiv 2001/29²⁸.

51. I forbindelse med denne sag har den forelæggende ret i det væsentlige spurgt, om det i tilfælde af udsendelse af tv-programmer således som defineret i de to præjudicielle spørgsmål, som i større eller mindre omfang omfatter en leverandør af satellitpakker, skal antages, at der er tale om:

- tilgængeliggørelse for almenheden via sa-tellit, som udelukkende kan tilskrives ra-dio- og tv-selskabet, som dermed er den

26 — Jf. den retspraksis, der er nævnt i Padawan-dommens præ-mis 31 ff., og generaladvokat Trstenjaks forslag til afgørelse i nævnte sag, punkt 61 ff., hvis overvejelser forekommer mig at kunne overføres på nærværende sag.

27 — Jf. bl.a. dommen i sagen Lagardère Active Broadcast, præ-mis 26 ff.

28 — Jf. bl.a. Bernerkonventionen og traktaten om ophavsret vedtaget i Genève den 20.12.1996 af Verdensorganisationen for Intellektuel Ejendomsret (herefter »WIPO-traktaten om ophavsret«). Vedrørende forbindelserne mellem begrebet »tilgængeliggørelse for almenheden« i disse tekster og det samme begreb i artikel 3, stk.1, i direktiv 2001/29, jf. generaladvokat Sharpstons forslag til afgørelse, punkt 35 ff., i SGAE-sagen samt generaladvokat Kokotts forslag til afgørelse i sag C-403/08, Football Association Premier League m.fl., punkt 127 ff., som fortsat verserer for Domstolen.

eneste, der skal opnå de ophavsrettigheder, der er knyttet til de således udsendte programmer

»førstegangsendelse« i direktiv 89/552³⁰, som er snævert forbundet med direktiv 93/83. På trods af deres samtidige og ikke successive karakter skal disse to udsendelser adskilles for så vidt angår de ophavsrettigheder, som de kan give anledning til³¹.

- eller derimod to særskilte tilgængeliggørelser for almenheden via satellit, hvor den første går fra radio- og tv-selskabet til almenheden for den primære udsendelse, og den anden går fra leverandøren af satellitpakken til almenheden bestående af dennes abonnenter²⁹, hvilket indebærer, at ophavsretten overholdes ved hver af disse transaktioner.

52. Det skal indledningsvis understreges, at en risiko for misforståelser, der er forbundet med begrebet samtidig udsendelse, skal forkastes. I modsætning til en forskudt udsendelse foretages en sådan genudsendelse, som også kvalificeres som »direkte genudsendelse«, således som Sabam præciserede under retsmødet, parallelt og dermed på samme tid og med det samme indhold som den oprindelige programudsendelse, kaldet

53. Under retsmødet anførte Kommissionen, at den i sine skriftlige bemærkninger havde forudset tilfældet med en eventuel førstegangsendelse af programmer foretaget direkte af Airfield, hvis aktivitet, som forsynes af producenterne af materiale, der kan udsendes, således kan ligestilles med et radio- og tv-selskab, og som dermed uden tvivl skal have tilladelse fra ophavsmændene for at kunne foretage tilgængeliggørelse for almenheden via satellit i dette tilfælde. Henset til ordlyden af de præjudicielle spørgsmål, som Domstolen er blevet forelagt, forekommer det mig ikke desto mindre, at det af den forelæggende ret fastlagte tilfælde er et helt andet, nemlig at

29 — Det bemærkes, at artikel 3, stk. 2, i direktiv 93/83, der omhandler »erhvervelse af udsendelsesrettigheder«, bestemmer, at »[e]n medlemsstat kan fastsætte, at en kollektiv aftale, som et forvaltningsselskab har indgået med et radio- og tv-selskab om en bestemt kategori af værker, [også] kan udvides til [...] at omfatte rettighedshavere inden for samme kategori, som ikke er repræsenteret af forvaltningsselskabet, forudsat at [...] tilgængeliggørelsen for almenheden via satellit foregår samtidig med en jordbaseret udsendelse fra det samme radio- og tv-selskab [...]«. I denne forbindelse drager radio- og tv-selskabet kun fordel af den påberåbte ordning, hvis der er tale om en primær udsendelse parallelt med tilgængeliggørelsen for almenheden via satellit.

30 — Artikel 1, litra a), i direktiv 89/552 i den udgave, der fandt anvendelse på tidspunktet for vedtagelsen af direktiv 93/83, bestemte, at »[i] dette direktiv forstås ved [...] »tv-radio-spredning«: førstegangsendelse over tråd eller trådløs, også via satellit i kodet eller ukodet form af fjernsynsprogrammer, der er bestemt for offentligheden. Udtrykket omfatter udveksling af programmer mellem virksomheder med henblik på deres videreudsendelse til offentligheden [...]«. Derimod forekommer det mig, at direktiv 93/83 ikke kun finder anvendelse på førstegangsendelser via satellit, idet det bemærkes, at det også regulerer viderespredning pr. kabel.

31 — Skal sammenholdes med artikel 1, stk. 3, i direktiv 93/83, der vedrører spredning pr. kabel, og som bestemmer, at »[i] dette direktiv forstås ved »viderespredning pr. kabel«: samtidig, uændret og uforkortet viderespredning til almenheden gennem kabel- eller mikrobølgesystemer af en trådbåren eller trådløs, herunder satellitfremført førstegangsendelse fra en anden medlemsstat af radio- eller fjernsynsprogrammer beregnet for almenheden«.

der udelukkende er tale om en genudsendelse foretaget direkte af Airfield, som dublerer den udsendelse, der oprindeligt og parallelt foretages af et radio- og tv-selskab. Disse to spørgsmål præciserer, at visningen af programmerne for Airfields abonnenter finder sted »samtidig og i uændret tilstand«, hvorved det er underforstået, at de er tilgængelige på samme tid som de programmer, som samtidig er tilgængelige via et andet udsendelses-system end Airfields, og som udsendes af det radio- og tv-selskab, der »leverer« til Airfield.

overensstemmelse med Egeda-dommen³² for at afgøre, hvilken enhed der foretager en »tilgængeliggørelse for almenheden via satellit« og dermed skal opnå tilladelse fra ophavsmændene til tv-programmerne. Jeg deler ikke dette synspunkt, fordi det fremgår af forarbejderne, at artikel 1 i direktiv 93/83 har til formål både at fastslå, hvilken programudsendeshandling der udgør en tilgængeliggørelse for almenheden via satellit, og hvem der er ansvarlig for en sådan handling, hvilket medfører, at denne person skal opnå udnyttelsesrettighederne³³.

54. I forbindelse med tvisten i hovedsagen er det ubestridt, at radio- og tv-selskabet og leverandøren af satellitpakker er særskilte operatører på det strukturelle og økonomiske plan, men er de det på det juridiske plan, dvs. hvad angår udnyttelsen af ophavsretligt beskyttede værker? Der står en betydelig indsats på spil ved det svar, der skal gives, fordi ophavsmændene i det første af ovenstående tilfælde takket være deres ret til at tillade eller forbyde udnyttelsen kun modtager et honorar fra radio- og tv-selskaberne, mens de i det andet tilfælde endvidere drager fordel af et honorar fra leverandøren af satellitpakkerne.

C — Den tilladelse, der skal opnås i forbindelse med en indirekte genudsendelse af tv-kanaler, der er medtaget i satellitpakken

55. Jeg bemærker, at den finske regering er af den opfattelse, at bestemmelserne i direktiv 93/83 ikke giver mulighed for at besvare de i de to forelæggelseskendelser stillede præjudicielle spørgsmål, og at man skal henholde sig til medlemsstaternes lovgivning i

56. Hof van Beroep te Brussel har med det første spørgsmål præjudicielle spørgsmål i det væsentlige spurgt, om direktiv 93/83 er til hinder for, at en leverandør af satellitpakker har pligt til at opnå en tilladelse fra indehaveren af rettighederne til tilgængeliggørelse af beskyttede værker i forbindelse med en indirekte genudsendelse af tv-kanaler fra et radio- og tv-selskab under omstændigheder som de i tvisterne i hovedsagerne omhandlede.

32 — Præmis 25 ff. Jf. også i denne retning SGAE-dommen, præmis 30.

33 — Jf. det oprindelige direktivforslag (KOM(91) 276 endelig, s. 33, punkt 3), og det ændrede direktivforslag (KOM(92) 526 endelig, især s. 7).

57. Den indirekte karakter af de pågældende transaktioner³⁴ skyldes det forhold, at radio- og tv-selskabet leverer de programbærende signaler enten via jorden eller via satellit med en kryptering, men ikke kun gennem mellemmanden Airfield, hvorom den forelæggende ret har præciseret, at sidstnævnte er uafhængig af førstnævnte nævnte selskab. Denne leverandør af tv via satellit koder konkret signaler gennem et selskab, som den er tilknyttet, nemlig Canal Digitaal, og herved sikres uplinket til Astra-satellitten.

58. Det skal ved besvarelsen af de stillede spørgsmål bemærkes, at artikel 2 i direktiv 93/83 anfører, at ophavsmanden til et ophavsretligt beskyttet værk, som han er indehaver af, har eneret til at tillade tilgængeliggørelse for almenheden via satellit af dette værk. De relevante bestemmelser i denne sag i direktiv 93/83 er artikel 1, stk. 2, litra a)-c), som definerer begrebet »tilgængeliggørelse for almenheden via satellit« i direktivets forstand.

59. Disse bestemmelsers ordlyd angiver, at der skal tages hensyn til flere kriterier for, at den pågældende transaktion kan kvalificeres som »tilgængeliggørelse for almenheden via

satellit«, som nødvendiggør en tilladelse fra indehaveren af de rettigheder, der er knyttet til det udsendte værk.

60. Parterne i hovedsagen er enige om den række elementer, som Domstolen skal undersøge, men de er uenige for så vidt angår svarene på de præjudicielle spørgsmål. På den ene side er Airfield og Canal Digitaal af den opfattelse, at direktiv 93/83 er til hinder for, at leverandøren af satellitpakker er forpligtet til at opnå en særskilt tilladelse fra programmernes ophavsmænd, da deres indgreb udgør simple tekniske tjenesteydelser. På den anden side har Agicoa og Sabam anført det modsatte, idet de har gjort gældende, at en »tilgængeliggørelse for almenheden via satellit« ikke kun foretages af radio- og tv-selskaberne, men også af leverandøren af satellitpakker.

61. Jeg bemærker indledningsvis, at begrebet »programbærende signaler« i den i artikel 1, stk. 2, i direktiv 93/83 omhandlede forstand ikke giver nogen problemer. Der er nemlig ingen tvivl om det forhold, at de af tvisten i hovedsagen omfattede signaler skal kvalificeres som sådanne.

62. Agicoa og Sabam har argumenteret for, at signalerne er rettet mod leverandøren af satellitpakker og ikke mod almenheden som

34 — Nemlig »situation 1 og 3«, som den forelæggende ret har redegjort for, i modsætning til »situation 2«, hvorom der tidligere er gjort bemærkning i forbindelse med de faktiske omstændigheder.

sådan, mens det ifølge Airfield og Canal Digitaal ikke er leverandøren, som udsender til almenheden, navnlig i uplink-fasen.

63. Det fremgår af retspraksis, at begrebet »almenheden« i henhold til artikel 1, stk. 2, i direktiv 93/83 henviser til den brede offentlighed i modsætning til erhvervsdrivende³⁵. Man skal dermed fra kvalifikationen af »tilgængeliggørelse for almenheden via satellit« udelukke den del af genudsendelseshandlingerne, som svarer til opfangning af signaler, der foretages af en erhvervsdrivende, såsom Airfield. Det af den forelæggende ret anførte tilfælde er den transaktion, som begynder med, at et radio- og tv-selskab leverer programbærende signaler, hvilket medfører, at abonnenterne hos leverandøren af tv via satellit i sidste ende kan se de pågældende programmer i deres helhed uden forskydning eller ændring. Efter min opfattelse er det kun denne almenhed, selv om den kun er potentiel³⁶, som er relevant for det præjudicielle spørgsmål.

35 — Vedrørende begrebet »almenheden« i den i direktiv 93/83 omhandlede forstand, jf. dommen i sagen Lagardère Active Broadcast, præmis 31 ff., som nævner dom af 2.6.2005, sag C-89/04, Mediakabel, Sml. I, s. 4891, præmis 30, vedrørende fortolkningen af dette begreb som omhandlet i direktiv 89/552. Domstolen henviste til disse to domme ved fortolkningen af samme begreb i den i direktiv 2001/29 omhandlede forstand i SGAE-dommen, præmis 37 ff.

36 — Det er uden betydning, om de udsendte programmer faktisk ses eller ej, ligesom det er tilfældet med en bog, hvor den blotte tilrådighedsstillelse for offentligheden begrunder vederlag for ophavsrettigheder i forbindelse med et salg.

64. I denne sag er den almenhed, der berøres af Airfields aktivitet, den, som består af de personer, der har købt et abonnement hos Airfield. Radio- og tv-selskabet kan sagtens have en anden almenhed end Airfield, idet det præciseres, at ingen af de selskaber, hvis programmer gengives i Airfields programpakker, udelukkende lader Airfield foretage distributionen af deres signaler. Denne fremgangsmåde, som sigter mod et »nyt publikum«, blev anvendt af Domstolen i SGAE-dommen vedrørende begrebet »tilgængeliggørelse for almenheden via satellit« som omhandlet i artikel 3, stk. 1, i direktiv 2001/29³⁷, som tilsigter i det væsentlige at erstatte artikel 2 i direktiv 93/83³⁸. I denne sag kan det antages, at den tilgængeliggørelse for almenheden, som radio- og tv-selskabet oprindeligt foretager, og som alle personer, der har et passende adgangsmiddel, kan se gratis, skal adskilles fra den, der foretages af leverandøren af satellitpakker, og som kun er tilgængelig for de abonnenter, som har fået et afkodningskort.

37 — I SGAE-dommen, præmis 40 ff., anførte Domstolen, idet den støttede sig til Bernerkonventionens bestemmelser, at »[en] transmission [af værker, der tilgængeliggøres via tv-apparater i hotelværelser], foretages [...] for et andet publikum end det publikum, som den oprindelige overføring af værket var rettet mod, dvs. for et nyt publikum«. Da indfangningen af de pågældende udsendelser er rettet mod et meget bredere publikum ved en uafhængig handling, hvorved det udsendte værk tilgængeliggøres for et nyt publikum, indebærer denne offentlige modtagelse, at indehaveren af eneretten skal tillade den. Jf. også kendelse af 18.3.2010, sag C-136/09, Organismos Sillogikis Diacheirisis Dimiourgon Theatrikon kai Optikoakoustikon Ergon, præmis 38 ff., samt generaladvokat Kokotts forslag til afgørelse i sagen Football Association Premier League m.fl., punkt 118 ff.

38 — Jf. i denne retning B. Hugenholtz: »Nouvelle lecture de la Directive Satellite-Câble: passé, présent, avenir«, *Convergence, droit d'auteur et télévision transfrontière*, IRIS Plus 2009-8, Observatoire européen de l'audiovisuel, Strasbourg, s. 10, som anfører, at artikel 3 i direktiv 2001/29 fastsætter en ret til tilgængeliggørelse for almenheden, der er formuleret på en så generel måde, at den sandsynligvis omfatter radio- og tv-udsendelseshandlinger via satellit. Jeg bemærker også, at 23. betragtning til dette direktiv anfører, at 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, navnlig radio- og tv-udsendelse.

Da deres publikum er forskelligt, har disse to operatører, som er uafhængige i henhold til forelæggelseskendelsens ordlyd, også forskellige økonomiske interesser³⁹.

peringsmidlet, hvilket giver leverandøren af satellitpakker en økonomisk merværdi.

65. Under retsmødet anerkendte Airfield, at en særlig tilladelse fra ophavsmændene og dermed en anden honorering til deres fordel er nødvendig i det tilfælde, som ikke er efterprøvet i sagen, hvor den genudsendelse, som Airfield foretager, er tidsmæssigt forskudt i forhold til den, der foretages af radio- og tv-selskaberne. Således som Sabam og Kommissionen har udtrykt det, er det dog ikke vigtigt, at den af leverandøren af satellitpakker foretagne udsendelse er udskudt eller — som i tvisterne i hovedsagen — samtidig. Det afgørende kriterium for, at der er tale om særskilte udnyttelseshandlinger, er, at Airfield har handlet i forhold til en særlig målgruppe, nemlig den almenhed, der er omfattet af programgrup-

66. Airfield har defineret sin egen almenhed ved at sammensætte tv-kanalpakkerne, som pr. definition er et andet audiovisuelt produkt end de individuelle kanaler, de består af. Således som Kommissionen anførte under retsmødet, kan der enten være tale om, at Airfield foretager en førstegangsendelse eller en genudsendelse, men i begge tilfælde skal leverandøren af satellitpakker have sin egen tilladelse fra indehaverne af ophavsrettighederne. Den eneste undtagelse er efter min opfattelse det tilfælde, hvor radio- og tv-selskabet i henhold til en aftale indgået med ophavsmændene i overensstemmelse med national lovgivning⁴⁰ kan overdrage sin tilladelse til leverandøren af satellitpakker, som foretager en samtidig genudsendelse. Denne mulighed forekommer imidlertid udelukket i denne sag, henset til Sabams angivelser under retsmødet, idet Sabam præciserede, at de generelle aftaler om tilladelse og honorering, som selskabet indgår med de pågældende radio- og tv-selskaber kræver, at de selv sikrer sig udsendelsen af beskyttede værker, og udtrykkeligt udelukker muligheden for, at de kan anvende en tredjemand til at distribuere eller genudsende de programmer, som er genstand for den tilladelse, de er blevet tildelt af indehaverne af ophavsrettighederne.

39 — Vedrørende hensyntagen til selvstændige udnyttelseshandlinger foretaget af en operatør og den økonomiske fordel, han drager heraf; jf. generaladvokat Sharpstons forslag til afgørelse i den sag, der gav anledning til dommen i SGAE-sagen, punkt 56 og 57 og 64, som henviser til generaladvokat La Pergolas standpunkt i den sag, der gav anledning til Egeda-sagen. At overføringen sker i vindingsøjemed, er blevet fastholdt af Domstolen i SGAE-dommen (præmis 44).

40 — Jf. 15. betragtning til direktiv 93/83.

67. Efter at have understreget, at direktiv 93/83 ikke klart definerer begrebet »handling under radio- og tv-selskabets kontrol og ansvar at introducere« i direktivets artikel 1, stk. 2, litra a), har Airfield og Canal Digitaal anført, at de griber ind som underleverandører, der kun yder radio- og tv-selskaber teknisk bistand, eftersom de hverken beslutter de udsendte programmers indhold eller tidspunktet for deres udsendelse⁴¹.

det er nævnte selskab, som står bag tilgængeliggørelsesprocessen. Det skal i øvrigt her undersøges, om det er selskabet og ikke Airfield, som foretager den for tilgængeliggørelsen for almenheden via satellit relevante »handling [...] at introducere« i den i direktiv 93/83 omhandlede forstand, eller om selskabet som producent af materiale, der kan udsendes, begrænser sig til at levere det audiovisuelle indhold, hvoraf udsendelsen via satellit retligt og teknisk gennemføres under Airfields og Canal Digitaals kontrol.

68. Under retsmødet var Kommissionen af den opfattelse, at leverandøren af satellitpakker ikke desto mindre handlede som et radio- og tv-selskab, idet den i det mindste giver instruktioner og foretager en gruppering af tv-kanaler. Agicoa og Sabam har også gendrevet Airfields og Canal Digitaals analyse, idet disse sidstnævnte spiller en rolle som »formidlere« i forhold til radio- og tv-selskaberne, der er indgået aftaler med.

70. Svaret skal efter min opfattelse findes i de transportaftaler, som Airfield har indgået med radio- og tv-selskaberne. Det fremgår nemlig af punkt 7.2 i standardaftalen »carriage agreement«, som findes i sagsakterne, at Airfield har en skønsbeføjelse hvad angår udvælgelsen af de tv-programmer, Airfield påtænker at medtage i sit udbud vedrørende hele et område eller en del heraf, hvilken fordel opnås mod et honorar. Det er dermed leverandøren af satellitpakker, som definerer indholdet i det, som sendes i uplinket. Airfield skal derfor som ansvarlig for tilgængeliggørelsen for almenheden opnå tilladelse fra rettighedshaverne.

69. Jeg bemærker, at den forelæggende ret i denne sag i henhold til forelæggelseskendelsens ordlyd har anset det for fastslået, at »radio- og tv-selskab[et] leverer sine programbærende signaler [...] til en [...] udbyder af digitalt satellitfjernsyn«. Det følger heraf, at

71. Det bemærkes, at den nyttige virkning af artikel 1, stk. 2, litra a), i direktiv 93/83 er at definere den udnyttelseshandling, som er relevant ud fra det ophavsretlige synspunkt i sammenhæng med radio- og tv-udsendelse via satellit. Den af fællesskabslovgiver vedtagne løsning giver kun mening, hvis tilgængeliggørelsen for almenheden via satellit er omfattet som en enkelt og lukket årsagskæde,

41 — Kriterierne for en utvetydig afgørelse om indholdet og udsendelsen er faktisk vigtige henset til forarbejderne til direktiv 93/83 (jf. KOM(91) 276 endelig, s. 33 ff., og KOM(92) 526 endelig, s. 7).

der består af en handling med introduktion af signaler, efterfulgt af et uplink til satellitten og derefter et downlink, som alt sammen sker under ansvar og kontrol af det radio- og tv-selskab, som foretager førstegangsudsendelsen.

af signalet⁴³ i overensstemmelse med bestemmelserne i 14. betragtning til direktiv 93/83⁴⁴. Under retsmødet argumenterede de berørte parter for, at sammensætningen af satellitpakkerne ikke indebærer afbrud, fordi programmerne genudsendes, således som de modtager dem fra radio- og tv-selskabet, og at de tekniske transaktioner, som de foretager, dermed ikke udgør handlinger, som giver ret til modtagelse af ophavsrettigheder.

72. Kommissionen har i de skriftlige bemærkninger understreget, at direktivbestemmelsernes anvendelse i henhold til det retssikkerhedsmæssige formål med direktiv 93/83 ikke skal afhænge af tekniske risici forbundet med satellitten. Det fremgår af Domstolens praksis, at det kræves, at udsendelsessystemet er lukket i den forstand, at almenheden ikke skal have adgang til de programbærende signaler, da de befinder sig i en kommunikationskæde⁴².

74. Henset til det præjudicielle spørgsmåls ordlyd og elementerne i sagsakterne er jeg enig i Agicoas og Sabams modsatte analyse, hvorefter de nævnte indgreb⁴⁵ nødvendigvis gør en teknisk tilpasning af de af radio- og tv-selskaberne udsendte signaler og dermed

73. Airfield og Canal Digitaal har anført, at eftersom deres indgreb er begrænset til »normale tekniske procedurer«, kan de ikke anses for at give anledning til en afbrydelse

43 — Der findes et eksempel på, at kommunikationskæden brydes, efter at signalerne har passeret satellitten, i den sag, der gav anledning til dommen i sagen Lagardère Active Broadcast (jf. punkt 48 ff. i generaladvokat Tizzanos forslag til afgørelse i den sag). Afbrydelsen kan også være en følge af, at der indsættes andre reklamer end dem, der er indeholdt i de oprindelige programmer.

44 — Det ændrede forslag, som førte til vedtagelsen af direktiv 93/83 (KOM(92) 526 endelig, s. 7), præciserer, at der ikke er tale om afbrydelse, når den anvendte tekniske procedure er normal, og så længe, som tilgængeliggørelsen forbliver under radio- og tv-selskabets kontrol. Vedrørende kædens ubrudthed, jf. også det oprindelige direktivforslag (KOM(91) 276 endelig, punkt 4).

45 — Nemlig bl.a. komprimering, multiplexing, kryptering og valg af signaler med henblik på at sammensætte pakker udsendt af Airfield, hvilket går videre end et rent »teknisk middel til at sikre eller forbedre modtagelsen af den oprindelige udsendelse« og udgør en »teknisk handling [...]«, der gør det muligt for kunden at fange signalet [...] og således få adgang til det beskyttede værk«, således som Domstolen har bemærket i SGAE-dommen (præmis 42) og i kendelsen i sagen Organismos Sillogikis Diacheirisis Dimiourgon Theatrikon kai Optikoakoustikon Ergon (præmis 40 ff.).

42 — Det er i præmis 39 i dommen i sagen Lagardère Active Broadcast anført, at »[...] direktiv [93/83] omhandler [...] et lukket kommunikationssystem, hvor satellitten udgør det centrale, væsentlige og uerstættelige element på en sådan måde, at transmissionen af signaler, i tilfælde af at satellitten ikke fungerer, ikke er teknisk mulig, og almenheden dermed ikke modtager nogen udsendelser«. I denne sag er det ikke bestridt, at satellitten udgør hovedbestanddelen i det pågældende system.

fører til en afbrydelse af kommunikationskæden. Det er væsentligt at bemærke, at Airfield med Canal Digitaals tekniske bistand ændrer arten af de af radio- og tv-selskaberne udsendte signaler og anvender sin egen frekvens til at udsende tv-programmerne, hvilket gør det muligt at antage, at denne leverandør af satellitpakker handler selvstændigt i forhold til disse selskaber. Det er min opfattelse, at disse handlinger går ud over »normale tekniske procedurer«⁴⁶, at der sker en afbrydelse i den kommunikationskæde, som oprindeligt blev åbnet af radio- og tv-selskaberne, og at Airfield således skaber og definerer en ny kæde. Denne handling gør det muligt for sidstnævnte at rette genudsendelsen via satellit mod en anden almenhed end almenheden for det radio- tv-selskab, der har foretaget den oprindelige udsendelse, selv hvis spredningen af disse programmer finder sted samtidig, og deres indhold i det hele er identisk.

75. Ved læsning af de to forelæggelseskendelser fremgår det, at den nationale ret tager udgangspunkt i den hypotese, at de program-bærende signaler udsendes i kodet form og modtages i denne tilstand af abonnenterne hos leverandøren af satellitpakkerne, som giver dem et afkodningskort, der giver dem

mulighed for at afkryptere disse signaler. Dette tilfælde er dermed omfattet af bestemmelserne i artikel 1, stk. 2, litra c), i direktiv 93/83.

76. Airfield har anført, at radio- og tv-selskaberne har givet tilladelse til, at Airfield sælger sådanne kort til kunderne. Ifølge Agicoa og Sabam har de berørte parter imidlertid ikke fremlagt bevis for dette forudsatte samtykke. Det tilkommer den nationale ret at bedømme, om der er ført tilstrækkeligt bevis herfor.

77. Airfield gjorde under retsmødet, hvor selskabet redegjorde for det sidstnævnte kriterium, gældende, at radio- og tv-selskaberne anmoder om teknisk bistand til at kryptere programmerne netop med henblik på, at de kun kan modtages på det valgte område, nemlig belgisk Flandern, og ikke er tilgængelige for hele almenheden⁴⁷. Dette viser efter min opfattelse, at indgreb fra leverandøren af satellitpakkerne har betydelig indvirkning på orienteringen af »tilgængeliggørelse for almenheden via satellit« som omhandlet i direktiv 93/83. Efter min opfattelse kan den tilladelse, som rettighedshaverne giver et selskab til den udnyttelseshandling, der består i førstegangsendelse via satellit, ikke

46 — Begrebet skal analogt sammenholdes med den fælles erklæring vedrørende artikel 8 i WIPO's traktat om ophavsret, der bestemmer, at det »forstås, at den blotte levering af installationer, som skal give mulighed for eller gennemføre en tilgængeliggørelse, ikke udgør en tilgængeliggørelse for almenheden i denne traktats eller Bernerkonventionens forstand«.

47 — Kommissionen anførte i sin rapport om anvendelsen af direktiv 93/83 udarbejdet i 2002 (KOM(2002) 430 endelig, punkt 3.1.1), at anvendelsen af kodning sammen med en begrænset tilrådighedsstillelse af krævede afkodningsmidler fører til tildeling af territoriale enerettigheder og dermed opdeling af det indre marked, hvilket strider mod direktivets formål.

formodes at dække genudsendelsen af de samme programmer foretaget af en uafhængig operatør til dennes kundekreds, som består af en anden almenhed.

til tilgængeliggørelse af beskyttede værker i forbindelse med en direkte genudsendelse af tv-kanaler foretaget af et radio- og tv-selskab under de omstændigheder, der foreligger i denne sag.

78. På baggrund af det ovenstående er det min opfattelse, at det første præjudicielle spørgsmål skal besvares benægtende, nemlig med, at direktiv 93/83 skal fortolkes således, at det ikke er uforeneligt med EU-retten, at en medlemsstats lovgivning kræver af en leverandør af satellitpakker, at han skal opnå en særlig tilladelse til at anvende de programbærende signaler, som er ophavsretligt beskyttede, når disse signaler genudsendes indirekte af et radio- og tv-selskab, hvilket indebærer en bestyrket medvirken fra leverandørens side under omstændigheder som de i tvisterne i hovedsagen foreliggende.

80. De elementer, som adskiller dette præjudicielle spørgsmål fra det første, angår ikke de regler i EU-retten, hvorom der er anmodet om fortolkning, eftersom der fortsat er tale om de relevante bestemmelser i direktivet, men angår de faktiske oplysninger i tvisterne i hovedsagen, som er genstand for anmodningen om præjudiciel afgørelse. Den forelæggende ret har i det tilfælde, som den har anført under »situation 2«, redegjort for en anden fordeling af rollerne, hvor radio- og tv-selskabet er mere aktivt i udsendelsen af de tv-kanaler, som leverandøren af satellitpakkerne udbyder, nærmere bestemt i løbet af den indledende fase i den proces, som udgør uplinket⁴⁸.

D — Den tilladelse, der skal opnås i forbindelse med en direkte genudsendelse af tv-kanaler, som er medtaget i en satellitpakke

79. Hof van Beroep te Brussel har med det andet præjudicielle spørgsmål i det væsentlige spurgt, om direktiv 93/83 er til hinder for, at en leverandør af satellitpakker er forpligtet til at opnå en tilladelse fra rettighedshavere

81. I dette tilfælde kan genudsendelsen kvalificeres som »direkte«, fordi radio- og tv-selskabet selv eller med hjælp fra tredjemand sikrer krypteringen af de signalbærende programmer og opsendelsen heraf mod satellitten uden Airfields eller Canal Digitaals

⁴⁸ — Det bemærkes, at de to præjudicielle spørgsmål derimod er formuleret helt identisk hvad angår oplysningerne om downlinket.

medvirken. Leverandøren af satellitpakker og den virksomhed, som er knyttet hertil, begrænser sig til at give dette selskab »instruktioner« i henhold til ordlyden af det andet præjudicielle spørgsmål.

på en måde, hvor radio- og tv-selskabet er mere aktivt. Jeg præciserer allerede nu, at jeg foreslår Domstolen at fortolke de relevante bestemmelser i direktiv 93/83 således, at der gives forskellige svar i disse to tilfælde.

82. Betingelserne for anvendelse af bestemmelserne i artikel 1, stk. 2, litra a) og c), i direktiv 93/83, som er blevet analyseret i forbindelse med det første præjudicielle spørgsmål, er ligeledes gældende i denne henseende. Selv om de generelle betragtninger, som er blevet gjort vedrørende disse betingelser, fortsat er gældende her, skal de derimod være genstand for en konkret undersøgelse, som er særegen for denne situation for så vidt angår forskellene i forhold til de andre situationer, som den forelæggende ret har redegjort for.

84. I lighed med det, der er anført vedrørende det første spørgsmål, er det muligt at antage, at de signalbærende tv-programmer, som radio- og tv-selskabet udsender — i dette tilfælde på en direkte måde — i uplink-fasen ikke som sådan er rettet mod at kunne opfanges af almenheden, mens de er det i downlink-fasen. Disse signaler berører ikke desto mindre ved afslutningen på kommunikationskæden, som skal ses i sin helhed, den specifikke — og således på det økonomiske plan nye — almenhed, som Airfields kunder udgør.

83. Parterne i hovedsagen har indtaget de samme modstridende standpunkter som i forbindelse med besvarelsen af det første præjudicielle spørgsmål. Henset til det forhold, at medvirken fra leverandøren af satellitpakker i den pågældende transaktion er mere begrænset i dette tilfælde, end det er tilfældet i det forudgående spørgsmål, forekommer det mig, selv om det forudgående spørgsmål måtte blive besvaret bekræftende, at Domstolen så meget desto mere bør antage, at det ikke kan kræves af leverandøren, at han indhenter en tilladelse til en genudsendelse, som foretages

85. Efter min opfattelse griber leverandøren af satellitpakker fortsat her ind fra udsendelsens første fase, dog på en mere summarisk måde end i det i det første præjudicielle spørgsmål omhandlede tilfælde. I henhold til forelæggelseskendelsen giver leverandøren nemlig de pågældende radio- og tv-selskaber »instruktioner« for, at de under de krypteringstransaktioner, som de selv har ansvaret for, anvender de samme koder som

leverandørens for efterfølgende at give Airfields kunder mulighed for at afkode signalerne ved hjælp af kortet, som Airfield har givet dem, og at se selskabernes programmer.

86. I det foreliggende tilfælde kan det ikke bestrides, at de signalbærende programmer introduceres i kommunikationskæden under radio- og tv-selskabets kontrol og ansvar, eftersom — og der er her tale om den mest mærkbare forskel til den ovenfor omhandlede situation — dette selskab sender disse signaler mod satellitten ved hjælp af egne midler. Denne handling forekommer dermed at kunne tilregnes radio- og tv-selskabet og ikke leverandøren, idet det skal bemærkes, at den forelæggende ret har præciseret, at de er uafhængige enheder i forhold til hinanden.

87. Imidlertid mister radio- og tv-selskaberne dog kontrollen med transaktionerne som følge af Airfields indgriben. Sidstnævnte yder konkret mere end en simpel teknisk bistand, eftersom Airfield definerer dels krypteringsnøglerne, dels sammensætningen af programpakkerne under de bindende betingelser i de »heads of agreement«, der er indgået med hvert af radio- og tv-selskaberne, som har valgt en såkaldt direkte genudsendelse. Navnlig bestemmer aftalernes punkt 3.1, at Airfield har skønsbeføjelse til at medtage eller undlade at medtage tv-programmer i sit udbud mod betaling af et honorar for den

således tildelte fordel. Det forekommer mig, at de pågældende selskaber under disse betingelser ikke har den fulde kontrol og dermed ikke det fulde ansvar for de transaktioner, der er knyttet til uplinket, men at de i det mindste deler disse egenskaber med leverandøren af satellitpakker, eller snarere, at denne sidstnævnte har dem alene.

88. Ifølge Airfield er dets begrænsede indgriben i kommunikationskæden en normal teknisk procedure, som ikke udgør en årsag til afbrydelse heraf. Efter min opfattelse er de »instruktioner«, som Airfield giver, imidlertid ikke ubetydelige, eftersom de er hyp-pige⁴⁹, og frem for alt fordi det er dem, der dels garanterer, at leverandørens almenhed, dvs. de personer, der har tegnet abonnement hos ham, kan modtage de udsendte programmer og afkryptere dem⁵⁰, dels gør det muligt, at disse programmer grupperes i pakker, der er sammensat i overensstemmelse med den af leverandøren foretagne udvælgelse.

49 — Under retsmødet præciserede Airfields repræsentant, at koderne ændres hver måned, hvilket betyder, at operatøren dermed jævnligt giver radio- og tv-selskaberne nye retningslinjer hvad angår den krypteringsmetode, de skal anvende.

50 — Agicoa har med rette bemærket, at Airfield, der alene styrer signalerne, kan beslutte at standse udsendelsen heraf til en af selskabets kunder, uden nogen handling fra radio- og tv-selskabernes side, hvis den berørte kunde ikke betaler for sit abonnement.

89. Den tilladelse til tilgængeliggørelse for almenheden, som radio- og tv-selskabet har fået af tv-programmets ophavsmand, er ikke nødvendigvis et samtykke til, at dette gennem den af Airfield valgte gruppering associeres med andre programmer, hvis art eller genstand kan synes lidet forenelig med den almenhed, som ophavsmanden til det beskyttede værk ønskede som målgruppe⁵¹. Det forhold, at leverandøren af satellitpakker ligeledes har fået en tilladelse fra ophavsmanden, giver ham mulighed for at opretholde både de økonomiske interesser og de moralske rettigheder til det program, der udsendes på denne grupperede måde.

90. Den anordning til afkodning, som er nødvendig for at se de pågældende udsendelser, leveres af leverandøren af satellitpakker til abonnenterne, men det forekommer at være efter aftale med radio- og tv-selskabet. Da dette forhold er bestridt, tilkommer det den forelæggende ret at bedømme, om der er ført bevis herfor.

91. Det sidste element ændrer ikke min analyse, hvorefter leverandøren af satellitpakker

51 — På samme måde kan en litterær ophavsmand hindre, at hans bog sælges i en samling, der ikke kan opdeles, og som udgør et nyt produkt, der indeholder værker, som efter hans opfattelse risikerer at give et dårligt omdømme.

faktisk foretager en handling med udnyttelse af værker, der er beskyttet af ophavsret og beslægtede rettigheder, som er adskilt fra radio- og tv-selskabernes handling, og som udgør en »tilgængeliggørelse for almenheden via satellit« i den i direktiv 93/83 omhandlede forstand⁵².

92. Det er derfor min opfattelse, at det andet præjudicielle spørgsmål skal besvares benægtende — ligesom det første præjudicielle spørgsmål — med, at de programbærende signaler i dette tilfælde direkte genudsendes af radio- og tv-selskabet og altså med en endnu mindre indgriben fra leverandøren af satellitpakker under de omstændigheder, der foreligger i denne sag.

52 — Jeg bemærker i denne retning, at arbejdsgruppen vedrørende radio- og tv-udsendelse via satellit under arbejdsrådet i 2003 udtalte sig om udenlandske, gratis og ukrypterede kanaler, der blev udsendt via satellit fra en anden medlemsstat, men som kunne modtages i alle medlemsstaterne, idet hovedparten af deltagerne var af den opfattelse, at en aftale mellem en leverandør af satellitpakker og et radio- og tv-selskab med henblik på, at en sådan kanal kunne være en integreret del af pakken (for en bedre synlighed i pakken på tværs af placeringen i den elektroniske programguide), var en aftale svarende til en tilladelse fra radio- og tv-selskabet, hvilket indebar en honorering af rettighedshaverne (referatet er tilgængeligt på Kommissionens ovennævnte hjemmeside). Efter min opfattelse skal leverandøren af satellitpakker, hvis en aftale af samme type vedrører en grænseoverskridende udsendelse af betalingskanaler, når han drager en endnu mere sikker økonomisk fordel af transaktionen, så meget desto mere påtage sig forpligtelser i henhold til ophavsretten og beslægtede rettigheder.

VI — Forslag til afgørelse

93. På baggrund af det ovenstående foreslår jeg Domstolen at besvare de to af Hof van Beroep te Brussel stillede præjudicielle spørgsmål således:

»Rådets direktiv 93/823/EØF af 27. september 1993 om samordning af visse bestemmelser vedrørende ophavsrettigheder og ophavsretsbeslægtede rettigheder i forbindelse med radio- og tv-udsendelse via satellit og viderespredning pr. kabel er ikke til hinder for, at en leverandør af satellittv-programpakker er forpligtet til at opnå tilladelse fra indehavere af ophavsrettigheder eller beslægtede rettigheder til transaktioner, hvorunder et radio- og tv-selskab leverer signalbærende programmer til ham under omstændigheder som de i hovedsagen omhandlede.«