



Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
MACIEJ SZPUNAR
föredraget den 22 september 2022¹

Mål C-290/21

**Staatlich genehmigte Gesellschaft der Autoren, Komponisten und Musikverleger Reg. Gen.
mbH (AKM)**

mot

**Canal+ Luxembourg Sàrl,
ytterligare deltagare i rättegången:**

**Tele 5 TM-TV GmbH,
Österreichische Rundfunksender GmbH & Co KG,
Seven.One Entertainment Group GmbH,
ProSiebenSat.1 PULS 4 GmbH**

(begäran om förhandsavgörande från Oberster Gerichtshof (Högsta domstolen, Österrike))

”Begäran om förhandsavgörande – Immaterialrätt – Upphovsrätt och närstående rättigheter – Satellitsändningar och vidareändring via kabel – Direktiv 93/83/EEG – Artikel 1.2 – Leverantör av satellitpaket – Sändning av programmen i en annan medlemsstat – Plats för utnyttjandet – Tillhandahållande mot betalning av avgiftsbelagda och avgiftsfria program i högupplösning – Tillgång till dessa program i standardupplösning i mottagarlandet även via satellit”

Inledning

1. ”Om jag fick börja om från början skulle jag börja med kulturen”, ska Jean Monnet ha sagt angående den europeiska integrationsprocessen. Kulturen är emellertid, åtminstone i dess ekonomiska dimension, till stor del reglerad av upphovsrätten. Det finns emellertid en omständighet som hämmar utvecklingen av integrationen på detta område och bidrar till att främja splittringen av den inre marknaden genom de nationella gränserna, nämligen den oföränderliga territorialitetsprincipen (i meningen nationellt territorium) inom upphovsrätten samt den praxis som marknadsaktörerna, inbegripet organisationerna för kollektiv förvaltning, har etablerat på grundval av denna princip. Ju mer teknologin, bland annat satellitsändningar – som är aktuella i förevarande mål – och, på senare tid, internet möjliggör ett kulturutbyte mellan staterna, desto mer påtagligt blir, paradoxalt nog, det hinder som upphovsrättens territorialitetsprincip utgör.

¹ Originalspråk: franska.

2. Denna splittring av marknaden har naturligtvis också en objektiv anledning, nämligen den språkliga mångfalden, som är en grundläggande kulturell aspekt. Förevarande mål visar emellertid att de berörda parterna, även i situationer där det inte finns något språkligt hinder, med näbbar och klor försvarar principen om territorialitet definierad enligt de nationella gränserna, trots att dessa har avskaffats inom den inre marknaden. Domstolen bereds i förevarande mål tillfälle att bidra till att främja den europeiska integrationen genom kulturen, i enlighet med unionslagstiftarens vilja, som uttrycktes redan för nästan 30 år sedan.

Tillämpliga bestämmelser

Unionsrätt

3. I artikel 1.2 a–c i rådets direktiv 93/83/EEG av den 27 september 1993 om samordning av vissa bestämmelser om upphovsrätt och närstående rättigheter avseende satellitsändningar och vidareändring via kabel² föreskrivs följande:

- ”2. 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 ned 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 ned till jorden.
- c) Om de programbärande signalerna är kodade äger en överföring till allmänheten via satellit rum under förutsättning att utrustning för avkodning av sändningen endast tillhandahålls allmänheten genom sändarföretaget eller med dess samtycke.”

4. Artikel 2 i detta direktiv har följande lydelse:

”Medlemsstaterna ska föreskriva ensamrätt för upphovsmannen att ge tillstånd till överföring till allmänheten via satellit av upphovsrättsliga verk enligt de bestämmelser som anges i detta kapitel.”

5. Artikel 4 i nämnda direktiv utvidgar genom direktiv 92/100/EEG skyddet för utövande konstnärers, fonogramproducenters och sändarföretags rättigheter till att omfatta överföring till allmänheten via satellit.³

² EGT L 248, 1993, s. 15; svensk specialutgåva, område 13, volym 25, s. 33.

³ Rådets direktiv av den 19 november 1992 om uthyrnings- och utlåningsrättigheter avseende upphovsrättsligt skyddade verk och om upphovsrätten närstående rättigheter (EGT L 346, 1992, s. 61). Detta direktiv har upphävts och ersatts av direktiv 2006/115/EG.

6. Artikel 1.2 c i Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/29/EG av den 22 maj 2001 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället⁴ har följande lydelse:

”Med undantag av de fall som anges i artikel 11^[5], ska detta direktiv inte på något sätt påverka befintliga [unions]bestämmelser om

...

c) upphovsrätt och närstående rättigheter beträffande satellitsändningar och vidareändringar via kabel av program”

7. Artikel 3.1 i detta direktiv har följande lydelse:

”Medlemsstaterna ska ge upphovsmän en ensamrätt att tillåta eller förbjuda varje överföring till allmänheten av deras verk, på trådbunden eller trådlös väg, ...”

Österrisk rätt

8. I § 17b 1) Urheberrechtsgesetz (upphovsrättslagen) av den 9 april 1936, i dess lydelse av den 27 december 2018,⁶ som är tillämplig i förevarande mål, föreskrivs följande:

”Vid satellitsändning, utgörs det utnyttjande som är förbehållet upphovsmannen av att programbärande signaler, under sändarföretagets kontroll och ansvar, förs in i en oavbruten överföringskedja som leder till satelliten och sedan ned till jorden. Med förbehåll för punkt 2, sker således satellitsändningen först i den stat där detta införande görs.”

Bakgrund, förfarandet och tolkningsfrågorna

9. Staatlich genehmigte Gesellschaft der Autoren, Komponisten und Musikverleger Reg. Gen. mbH (Statligt erkänd allmännyttig sammanslutning av upphovsmän, kompositörer och musikförläggare, Österrike (nedan kallad AKM) är en österrisk organisation för kollektiv förvaltning av upphovsrätt och närstående rättigheter till musikaliska verk.

10. Canal+ Luxembourg Sàrl (nedan kallat Canal+) är ett bolag bildat enligt luxemburgsk rätt som i Österrike mot betalning tillhandahåller paket av program från flera sändarföretag (nedan kallade satellitpaketen).

11. Satellitsignalerna förs till övervägande del in i överföringskedjan (upplänk) av sändningsföretagen själva, ibland av Canal+, emellertid aldrig i Österrike, utan i andra EU-medlemsstater. En sändningsstream som innehåller hela programmet i HD-kvalitet sänds med all ytterligare information, såsom ljud- och undertextningsuppgifter etcetera. Efter att streamen har ”skickats tillbaka” av satelliten, mottas den genom satellitmottagare inom sändningsområdet. Streamen delas då upp och användaren kan få tillgång till de olika

⁴ EGT L 167, 2001, s. 10.

⁵ Ändringar som saknar relevans i förevarande mål.

⁶ BGBl. I Nr. 105/2018.

programmen via en terminal. Programmen är kodade och måste avkodas genom kodnyckeln för att kunna användas. Canal+ ger, med sändarföretagens samtycke, sina kunder tillgång till kodnycklar. "Paketen" skapas genom att kodnycklar till olika program kombineras.

12. Paketen innehåller såväl avgiftsbelagda som avgiftsfria tv-program. De sistnämnda är inte kodade och kan alltid mottas av var och en via satellit i SD-kvalitet i Republiken Österrike.

13. AKM har väckt en talan och i huvudsak yrkat förbud mot användning av signaler för vidareändning i Österrike och mot betalning av en ersättning, samt gjort gällande att organisationen inte hade godkänt denna sändning. AKM anser nämligen att Canal+, trots det eventuella tillstånd som erhållits av sändningsföretagen avseende en överföring av verken till publiken via satellit, även ska förfoga över ett sådant tillstånd, vilket detta bolag inte har kunnat visa. AKM anser således att Canal+ gör intrång i de rättigheter som den förvaltar.

14. Fyra bolag, däribland Seven.One Entertainment Group GmbH, ett sändningsföretag etablerat i Tyskland, och ProSiebenSat.1 PULS 4 GmbH, ett sändningsföretag etablerat i Österrike, (nedan tillsammans kallade intervenienterna), har tillåtits att intervensera i det nationella målet till stöd för Canal+.

15. Oberlandesgericht Wien (Wiens regionala överdomstol, Österrike) biföll, genom dom av den 30 juni 2020, överklagandet. Denna domstol ansåg bland annat att de satellitpaket som Canal+ tillhandahöll rörde en ny publik, det vill säga en annan publik än den till vilken sändningsföretagen gav fri tillgång till överföring. Både AKM och Canal+, med stöd av intervenienterna, överklagade denna dom till den hänskjutande domstolen.

16. Mot denna bakgrund har Oberster Gerichtshof (Högsta domstolen, Österrike) beslutat att vilandeförklara målet och ställa följande frågor till domstolen:

- "1) Ska artikel 1.2 b i [direktiv 93/83] tolkas så, att inte enbart sändarföretaget, utan även en person som tillhandahåller satellitpaket vilken deltar i det odelbara och enhetliga sändandet utför en handling som utgör utnyttjande, vilken eventuellt kräver samtycke, uteslutande i den stat där de programbärande signalerna under sändarföretagets kontroll och på dess ansvar förs in i en oavbruten överföringskedja som leder till satelliten och sedan ned till jorden, med den följderna att det förhållandet att leverantören av satellitpaket deltar i sändningarna inte kan medföra intrång i upphovsrätten i mottagarlandet?
- 2) Om fråga 1 besvaras nekande: Ska begreppet 'överföring till allmänheten' i artikel 1.2 a och c i [direktiv 93/83] och artikel 3.1 i [direktiv 2001/29] tolkas så, att den deltagande leverantör av satellitpaket som enligt eget tycke slår ihop flera kodade högupplösta signaler av program som är gratis och av avgiftsbelagda program som tillhandahålls av olika sändarföretag till ett paket och på så sätt erbjuder sina kunder en självständig audiovisuell produkt mot vederlag, måste ha ett särskilt tillstånd från innehavaren av berörda rättigheter även med avseende på det skyddade innehållet i de program som är gratis vilka ingår i programpaketet, trots att leverantören i detta avseende endast ger sina kunder tillgång till sådana verk som redan är fritt tillgängliga för alla på sändningsområdet, om än i en sämre kvalitet (standardupplösning)?"

17. Begäran om förhandsavgörande gavs in den 5 maj 2021. Skriftliga yttranden har getts in av AKM, Canal+, intervenienterna och Europeiska kommissionen. Dessa parter var representerade vid förhandlingen den 8 juni 2022.

Rättslig bedömning

18. Den hänskjutande domstolen har ställt två tolkningsfrågor, varav den andra är avhängig svaret på den första. Mot bakgrund av det svar som jag föreslår på den första frågan, kommer det således, om domstolen antar mitt resonemang, inte att vara nödvändigt att besvara den andra. Jag kommer emellertid att undersöka den i korthet, för fullständighetens skull.

Den första tolkningsfrågan

19. Den hänskjutande domstolen har, genom sin första tolkningsfråga, i huvudsak önskat få klarhet i huruvida artikel 1.2 b i direktiv 93/83 ska tolkas så, att en person som tillhandahåller satellitpaket har en skyldighet att, i den medlemsstat där de upphovsrättsligt skyddade verk som överförs på detta sätt är tillgängliga för publiken (mottagarmedlemsstaten) inhämta tillstånd av innehavarna av upphovsrätter och närstående rättigheter för den överföring till allmänheten via satellit i vilken den deltar.

20. Denna fråga gäller domstolens praxis som följer av bland annat domen av den 13 oktober 2011, *Airfield* och *Canal Digitaal* (C-431/09 och C-432/09, nedan kallad domen *Airfield*, EU:C:2011:648), och gäller i realiteten tolkningen av denna dom.

21. Innan jag påbörjar bedömningen av domen *Airfield*, ska några inledande anmärkningar göras.

Överföring till allmänheten via satellit, i den mening som avses i direktiv 93/83

22. Sändningsverksamhet för television var till en början naturligt begränsad till de nationella gränserna. Den använde de radiovågor vars frekvenser var tillgängliga för staterna vilka tilldelade företagen dessa för en begränsad sändning inom det nationella territoriet. Området för utsändningen av signalen motsvarade således i huvudsak sändarlandets territorium vilket samtidigt utgjorde det geografiska tillämpningsområdet för detta lands upphovsrätt.

23. När satellit-tv kom ändrades spelreglerna fullständigt, då denna gjorde det möjligt att täcka ett betydligt större område än enbart ett enda land. Då uppkom frågan om vilken upphovsrätt som var tillämplig, det vill säga endast rätten i det land som sände signalen till satelliten eller även upphovsrätten i de länder där det var möjligt att ta emot signalen?⁷

24. Artikel 1.2 b i direktiv 93/83 besvarar denna fråga med avseende på unionen. Även om denna bestämmelse finns under rubriken "Definitioner", så fastställer den en av de huvudsakliga materiella reglerna i detta direktiv, nämligen principen om sändarmedlemsstaten. Enligt denna princip ska överföring till allmänheten via satellit anses ske uteslutande i den medlemsstat där signalen har skickats till satelliten. Det är således upphovsrätten i den staten som ska vara tillämplig på en sådan överföring.

25. Parallellt med detta, garanterar direktiv 93/83 ett likvärdigt skydd för upphovsrätter och närstående rättigheter i alla medlemsstater, genom att i artiklarna 2 och 4 harmonisera detta skydd och genom att i artikel 3.1 utesluta tvångslicenser. Upphovsmännens rättigheter avseende utnyttjandet av verken i mottagarmedlemsstaterna ska således vara skyddade, på ett likvärdigt

⁷ Se skäl 7 i direktiv 93/83.

sätt, enligt upphovsrätten i sändarmedlemsstaten.⁸ Det ankommer på dem att, i enlighet med skäl 17 i direktiv 93/83, när ersättningen för de förvärvade rättigheterna ska fastställas, ta hänsyn hela den potentiella publiken.

26. Det främsta syftet med att fastställa principen om sändarmedlemsstaten var att underlätta en gränsöverskridande överföring via satellit av radio- och tv-sändningar och garantera alla inblandade aktörer en rättssäkerhet och en lämplig nivå av skydd för deras intressen.⁹

27. Principen om sändarmedlemsstaten rör emellertid endast överföring till allmänheten via satellit, såsom den definieras i artikel 1.2 a och b i direktiv 93/83. Denna definition består av flera delar. Överföringen utgörs av att de programbärande signalerna förs in i en oavbruten överföringskedja som leder till satelliten och sedan ned till jorden (1). Införandet ska ske under ett sändarföretags kontroll och på dess ansvar (2). De programbärande signalerna ska vara avsedda för mottagning av allmänheten (3). Den aktuella överföringskedjan ska vara oavbruten från införandet av signalerna fram till (den potentiella¹⁰) mottagningen av allmänheten (4). Slutligen ska, om signalerna är kodade, utrustning för avkodning av sändningen tillhandahållas allmänheten genom det sändarföretag under vars kontroll och på vars ansvar överföringen sker eller med dess samtycke (5).¹¹

28. En handling som uppfyller villkoren utgör en ”överföring till allmänheten via satellit” i den mening som avses i artikel 1.2 a i direktiv 93/83 och omfattas av principen om sändarmedlemsstat. Denna princip omfattar inte bara sändningen i sig, det vill säga införandet av den programbärande signalen i uppsändningsstationen, utan hela överföringen, inbegripet denna signals väg till slutanvändarna. Endast sändarmedlemsstatens rätt är således tillämplig på överföringen i dess helhet. Däremot kan inte varje utnyttjande på distans, inbegripet med hjälp av en satellit, av verk som är skyddade av upphovsrätten eller närstående rättigheter och som inte uppfyller villkoren i artikel 1.2 a och c i direktiv 93/83 klassificeras som ”överföring till allmänheten via satellit”, i den mening som avses i ovannämnda bestämmelse, och omfattas inte av principen om sändarmedlemsstaten.

Domen Airfield och tillämpning i förevarande mål

29. Domstolen hade i målet Airfield att undersöka en verksamhet som bedrevs av en leverantör av satellitpaket liknande dem som Canal+ erbjuder i förevarande mål. Domstolen kom fram till slutsatsen att denna verksamhet avsåg en överföring till allmänheten via satellit, i den mening som avses i artikel 1.2 a–c i direktiv 93/83.¹²

30. I förevarande mål kan det konstateras att den hänskjutande domstolen har lämnat relativt sparsamma upplysningar om de tekniska detaljerna avseende den överföring som är aktuell i det nationella målet. Eftersom tolkningsfrågorna avser tolkningen av artikel 1.2 b i direktiv 93/83 och, indirekt, av domen Airfield, utgår jag emellertid från premissen att domstolens slutsats i denna dom beträffande klassificeringen av den verksamhet som bedrevs av en leverantör av satellitpaket är överförbar på förevarande mål.

⁸ De organisationer för kollektiv förvaltning som, i praktiken, oftast garanterar detta skydd företräder, genom samarbetsavtal, rättighetsinnehavarnas såväl nationella som utländska intressen.

⁹ Se, bland annat, skälen 3–5 i direktiv 93/83.

¹⁰ Det faktiska mottagandet av allmänheten är inte ett villkor för existensen av en överföring till allmänheten inom upphovsrätten.

¹¹ Se, för ett liknande resonemang, domen Airfield, punkt 52.

¹² Se punkt 69 i domen Airfield.

31. Detta innebär att de programbärande signalerna förs in i en överföringskedja som leder till satelliten och sedan ned till jorden, antingen av sändarföretagen själva, eller av Canal+, men med deras samtycke. Sändarföretagen har således kontrollen över och ansvaret för detta införande.¹³ Dessa signaler är avsedda för mottagning av allmänheten. Syftet med den aktuella verksamheten är nämligen en överföring av program för en direkt mottagning av allmänheten.¹⁴ Överföringskedjan är oavbruten mellan införandet av signaler i upplänken mot satelliten och det potentiella mottagandet av allmänheten. De eventuella ingripandena i dessa signaler, såsom komprimering eller kodning och avkodning, ingår emellertid i de sedvanliga tekniska åtgärder som vidtas för att förbereda signalerna för att föras in via satellit och utgör inte ett avbrott i överföringskedjan.¹⁵ Slutligen är det ostridigt att avkodningsutrustningen har ställts till allmänhetens förfogande av Canal+ med respektive sändningsföretags samtycke.

32. Jag instämmer fullständigt med domstolens bedömning i domen Airfield beträffande klassificeringen av en verksamhet som bedrivs av en leverantör av satellitpaket som överföring till allmänheten via satellit. Den enda punkt på vilken jag i detta skede hyser tvivel är slutsatsen att, för det första, kontroll och ansvar i den mening som avses i artikel 1.2 a i direktiv 93/83 inte avser hela överföringen till allmänheten, utan endast den handling som innebär att programbärande signaler förs in och, för det andra, att denna kontroll och detta ansvar kan delas upp.¹⁶

33. Även om de programbärande signalerna, enligt den ovannämnda bestämmelsen, redan när de förs in i överföringskedjan, ska vara avsedda att tas emot av allmänheten¹⁷ och även om denna kedja ska vara oavbruten, innebär kontrollen av införandet av dessa signaler nödvändigtvis och automatiskt en kontroll av överföringen till allmänheten i dess helhet. Att en annan person tar kontroll efter införandet av signalerna, exempelvis för att skjuta upp överföringen i tiden eller ändra dess destination, skulle nämligen innebära ett avbrott i överföringskedjan.

34. Detsamma gäller beträffande ansvar. I en oavbruten överföringskedja, leder beslutet om införande av signalerna nödvändigtvis till att de görs tillgängliga för allmänheten, varför sändarföretaget inte kan förneka sitt ansvar för att till allmänheten föra över de program som bärs av dessa signaler. Detta gäller även för det fall signalerna är kodade, eftersom det, för att en överföring till allmänheten via satellit ska anses ha skett, krävs att avkodningsutrustningen ska ställas till allmänhetens förfogande med sändarföretagets samtycke, vilket ger det kontrollen över denna aspekt av överföringen. Då detta samtycke ges fritt, omfattar det också ansvaret.

35. För det andra utgör, enligt artikel 1.2 a i direktiv 93/83, sändarföretagets kontroll och ansvar ett villkor för att den aktuella överföringen ska anses vara en överföring till allmänheten via satellit och omfattas av bestämmelserna i detta direktiv, bland annat av principen om utfärdarmedlemsstaten som den plats där överföringen sker.

36. Vad gäller kontroll, är det enligt min uppfattning uppenbart att det inte räcker att sändarföretaget har enbart en partiell kontroll. Kontrollen måste vara total för att villkoret ska vara uppfyllt.

¹³ Se, för ett liknande resonemang, punkterna 53–55 i domen Airfield.

¹⁴ Se, för ett liknande resonemang, punkterna 65–67 i domen Airfield.

¹⁵ Se, för ett liknande resonemang, punkterna 60 och 61 i domen Airfield.

¹⁶ Se punkt 56 i domen Airfield.

¹⁷ Det vill säga avsedda för ett direkt mottagande av allmänheten.

37. Kontrollkravet motsvarar naturligtvis inte sändarföretagets behov av att själv utföra alla handlingar som innebär en överföringen till allmänheten via satellit. Kontrollen materialiseras genom avtalsöverenskommelser med tredje parter, såsom leverantörer av satellitpaket. Dessa tredje parter agerar således som uppdragstagare till sändarföretagen, vilka behåller huvudkontrollen över överföringen.

38. Det rör sig inte heller om en kontroll ur alla aspekter, även obetydliga, av överföringen. Sändarföretaget ska ha kontrollen över de delar som är viktiga ur upphovsrättslig synpunkt, bland annat själva förhållandet att en överföring sker, det exakta innehållet i överföringen och den åsyftade publiken. Däremot är de tekniska frågorna, såsom komprimering av signalen eller den standard i vilken denna ska kodas inte relevanta och kan beslutas av de aktörer till vilka sändarföretaget anförtror det tekniska genomförandet av överföringen.

39. Vad gäller sändarföretagets ansvar, kan inte heller detta delas upp. Lagstiftaren har, i artikel 1.2 a–c i direktiv 93/83, inte bara definierat överföringen till allmänheten via satellit som en enhetlig utnyttjande handling, i upphovsrättslig mening, och platsen för denna handling, utan även som upphovsman utsett sändarföretaget som tar initiativet till denna överföring.¹⁸ Detta företag är ansvarigt, bland annat, i förhållande till innehavarna av upphovsrätter och närstående rättigheter till utnyttjandet av de skyddade verken. Sändarföretagets ansvar motsvarar principen om sändarlandet. Artikel 93/83 hade nämligen inte bara till syfte att underlätta överföringen av program via satellit genom att avhjälpa de hinder som var knutna till upphovsrättens territorialitet, utan även att försvara upphovsrätter och närliggande rättigheter genom att utse en aktör med ansvar för hela överföringen till allmänheten via satellit.¹⁹

40. Vid en överföring till allmänheten via satellit, i den mening som avses i artikel 1.2 a i direktiv 93/83, är det således sändarföretaget som ska ha full kontroll och som bär det fulla ansvaret för hela detta handlande.²⁰

AKM:s påståenden om tillämpligheten av bestämmelserna om överföring till allmänheten via satellit på leverantörer av satellitpaket

41. Slutsatsen att verksamhet som bedrivs av en leverantör av satellitpaket, såsom Canal+, omfattas av överföring till allmänheten via satellit²¹ tillåter mig att besvara vissa av AKM i förevarande mål framförda resonemang.

42. För det första har AKM gjort gällande att den ekonomiska modellen med satellitpaket inte existerade vid den tidpunkt då direktiv 93/83 antogs och att författarna till detta direktiv inte hade föreställt sig en verksamhet som utgjordes av tillhandahållande av sådana paket. Bestämmelserna i detta direktiv, däribland principen om sändarmedlemsstaten, ska således inte tillämpas.

43. Det är fullt möjligt att författarna till direktiv 93/83 inte kände till modellen med satellitpaket. Detta påverkar emellertid inte den omständigheten att den verksamhet som leverantörerna av sådana paket bedriver omfattas av bestämmelserna i detta direktiv avseende överföring till

¹⁸ Vilket domstolen även förefaller erkänna i punkt 75 i domen Airfield.

¹⁹ Se, för ett liknande resonemang, skäl 5 i direktiv 93/83. Se även Pollaud-Dulian, F., *Le droit d'auteur*, Economica, Paris, 2014, s. 765.

²⁰ Se, beträffande sändarföretagets kontroll och ansvar, Dreier, T., i Walter, M.M., och von Lewinski, S., *European Copyright Law. A Commentary*, Oxford University Press, 2010, s. 412 och följande sidor.

²¹ Se punkterna 31 och 32 i detta förslag till avgörande.

allmänheten via satellit. En sådan överföring måste nämligen inte nödvändigtvis genomföras av ett sändarföretag. Det räcker att detta företag behåller kontrollen över denna. Företaget kan mycket väl anförtro vissa uppgifter åt en annan aktör, såsom en leverantör av satellitpaket. Tillhandahållandet av sådana paket kräver inte heller ett avbrott i överföringskedjan mellan införandet av de programbärande signalerna och deras potentiella mottagande av allmänheten. Vad gäller kodning och avkodning kräver dessa bestämmelser endast att dessa ska utföras med det aktuella sändarföretagets samtycke. Ingenting hindrar således att de nämnda bestämmelserna tillämpas på en verksamhet som består i att tillhandahålla satellitpaket.

44. För det andra har AKM gjort gällande att verksamhet som bedrivs av en leverantör av satellitpaket ska likställas med vidareändning, såsom den definieras i artikel 1.3 i direktiv 93/83. Den hänskjutande domstolen har avfärdat detta resonemang, med motiveringen att en vidareändning förutsätter en ursprunglig sändning som, i förevarande fall, inte sker. Jag delar denna uppfattning. Om en verksamhet som bedrivs av en leverantör av satellitpaket omfattas av en enhetlig överföring till allmänheten via satellit, kan det inte vara frågan om en ursprunglig sändning och en vidareändning.

45. En annan slutsats skulle visserligen eventuellt kunna dras på grundval av det nya direktiv (EU) nr 2019/789²² och den verksamhet som är aktuell i förevarande mål skulle, beroende på metoden med införande av en signat i upplänk till satelliten och utifrån huruvida det berörda sändarföretaget självständigt och med fri tillgång erbjuder de program som ingår i ett satellitpaket eller inte, kunna klassificeras som "överföring av program genom direktinjicering" i den mening som avses i artikel 8.1 i detta direktiv eller "vidareändring" enligt artikel 2.2 i detta. Det skulle således röra sig om en underförstådd ändring i artikel 1.2 a i direktiv 93/83, vid sidan av den uttryckliga ändringen av artikel 1.3 i detta, vilken föreskrivs i artikel 9 i direktiv 2019/789.

46. Som kommissionen har förklarat i sitt yttrande, är direktiv 2019/789 emellertid inte tillämpligt i tiden (*ratione temporis*) i det nationella målet. Vidare har det varken nämnts i begäran om förhandsavgörande eller diskuterats mellan parterna. Det saknas således skäl att beakta detta direktiv för att besvara tolkningsfrågorna i förevarande mål.

Frågan om ansvar för en leverantör av satellitpaket på grund av överföring till en ny publik

47. Även om domstolen, i sin dom *Airfield*, slog fast att sändningar av tv-program via satellit och distribution av dessa av en leverantör av satellitpaket ska anses utgöra en enda odelbar överföring till allmänheten via satellit,²³ fortsatte den därefter sin bedömning avseende en sådan leverantörs ansvar enligt upphovsrätten. Domstolen utvecklade således resonemanget att leverantören av satellitpaket skulle ha en skyldighet att, oberoende av sändarföretaget, erhålla ett tillstånd av innehavaren av upphovsrätter och närstående rättigheter avseende den nya publik för vilken den gjort de skyddade verk som överförts tillgängliga.²⁴

48. Denna av domstolen angivna bedömning förefaller problematisk, eftersom den enligt min uppfattning är oförenlig med den enhetliga och odelbara karaktär av en överföring till allmänheten via satellit som konstaterades i domen *Airfield*, då denna enhetliga och odelbara

²² Europaparlamentets och rådets direktiv av den 17 april 2019 om fastställande av bestämmelser för utövandet av upphovsrätt och närstående rättigheter tillämpliga på vissa av sändarföretagens onlinesändningar och vidareändringar av radio- och tv-program och om ändring av rådets direktiv 93/83/EEG (EUT L 130, 2019, s. 82).

²³ Punkt 69 i domen *Airfield*.

²⁴ Punkterna 71–83 i domen *Airfield*.

karaktär i sin tur är ett villkor för att klassificera en handling som ”överföring till allmänheten via satellit”, i den mening som avses i direktiv 93/83. Jag kommer nedan att utveckla detta resonemang.

– *Begreppet ny publik*

49. Domstolen införde, genom sin dom av den 7 december 2006, SGAE (C-306/05, EU:C:2006:764), begreppet ny allmänhet i sin praxis. Detta begrepp definieras i den domen som ”en annan än den som avsågs med den ursprungliga överföringen”.²⁵ Domstolen hämtade inspiration i Bernkonventionen,²⁶ som den tolkar på följande sätt:

”... upphovsmannen [anser] att ett tillstånd till radiosändning av hans verk enbart omfattar direkta användare, det vill säga innehavare av radioapparater som enskilt eller i sin privata sfär eller familjekrets mottar signalen. Så snart sådan mottagning sker med avsikt på en större krets, och ibland i vinstsyfte, kan ytterligare en del av allmänheten ta del av verket. Sändningen via högtalare eller en liknande anordning utgör därmed inte längre endast en mottagning av sändningen i sig, utan en oberoende överföring av det sända verket till ytterligare en del av allmänheten. Såsom preciseras i förklaringen innebär denna offentliga mottagning att upphovsmannen har ensamrätt att ge tillstånd till den.”²⁷

50. Begreppet ny publik har därefter i domstolens praxis definierats som ”en publik som upphovsmännen till de skyddade verken inte tog med i beräkningen när de godkände verkens användning i överföringen till den ursprungliga publiken”.²⁸ Begreppet används fortfarande i denna mening.²⁹

51. Två viktiga omständigheter framgår av denna definition, tolkad mot bakgrund av det stycke i förklaringen till Bernkonventionen som utgjorde inspiration för domstolen vid utvecklingen av detta begrepp i unionsrätten. För det första har användningen av detta begrepp endast en betydelse i händelse av två efter varandra följande överföringar till allmänheten,³⁰ nämligen den primära överföringen, även kallad den ”ursprungliga överföringen”, för vilken upphovsrättsinnehavarna har gett sitt tillstånd, och den sekundära överföringen som har den ursprungliga överföringen som källa och som avser nämnda nya publik. Vidare utgör denna andra överföring, även om den är beroende av den ursprungliga överföringen, ett separat utnyttjande och kräver, *därmed*, ett separat tillstånd.

52. Förekomsten av en ny publik är således endast ett kriterium som gör det möjligt att konstatera att det existerar en överföring till allmänheten som är skild från den ursprungliga överföringen.

²⁵ Dom av den 7 december 2006, SGAE (C-306/05, EU:C:2006:764, punkt 40).

²⁶ Guide de la convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques (Acte de Paris, 1971), Världsorganisationen för den intellektuella äganderätten, Genève, 1978, s. 80. Denna förklaring är avfattad av C. Masouyé.

²⁷ Dom av den 7 december 2006, SGAE (C-306/05, EU:C:2006:764, punkt 41).

²⁸ Dom av den 4 oktober 2011, Football Association Premier League m.fl. (C-403/08 och C-429/08, EU:C:2011:631, punkt 197).

²⁹ Se, nyligen, dom av den 22 juni 2021, YouTube och Cyando (C-682/18 och C-683/18, EU:C:2021:503, punkt 70).

³⁰ Efter varande följande i funktionell bemärkelse, det vill säga den ena av dem är beroende av den andra. Däremot kan de vara tidsmässigt simultana.

– *Den publik till vilken en överföring till allmänheten via satellit riktar sig*

53. Vid en direkt sändning via satellit (det vill säga en överföring till allmänheten via satellit i den mening som avses i direktiv 93/83), är publiken enhetlig och odelbar, liksom den handling genom vilken denna publik tar emot överföringen av de skyddade verken. Vid en fritt tillgänglig sändning, utgörs denna publik av personer som befinner sig i satellitens mottagarområde (täckningsområde). När sändningen är kodad utgörs publiken av personer för vilka avkodningsutrustning har ställts till förfogande av sändningsföretaget eller med dess samtycke.

54. Att påstå att det existerar två åtskilda publik för en enda överföring skulle innebära en själv motsägelse, eftersom publiken just definieras i förhållande till en överföring. Den publik som avses med denna överföring utgör denna överförings publik. Varje ytterligare publik (ny publik) innebär nödvändigtvis en ny överföring.

55. Det är således motsägelsefullt att, å ena sidan, konstatera att en överföring till allmänheten via satellit är enhetlig och odelbar och, å andra sidan, påstå att det existerar en ytterligare publik för denna överföring som inte har beaktats av upphovsrättsinnehavarna. I sådana situationer som den som var aktuellt i målet som ledde fram till domen *Airfield* och den som avses i förevarande mål, det vill säga en kodad sändning via satellit i vilken en leverantör av satellitpaket ingriper, utgörs publiken av personer för vilka nämnda leverantör ställer avkodningsutrustning till förfogande mot betalning av abonnemanget och med samtycke från de sändningsföretag under vars kontroll de programbärande signaler som utgör paketen har förts in i överföringskedjan.

56. Denna publik har nödvändigtvis beaktats av sändningsföretagen, eftersom dessa har gett sitt samtycke till att avkodningsutrustning ställs till nämnda publikers förfogande. Det är visserligen möjligt att sändningsföretagen inte har varit tillräckligt öppna gentemot upphovsrätternas innehavare och att de sistnämnda haft en annan publik i åtanke än den till vilken överföringen faktiskt var avsedd. I en sådan situation är det emellertid all överföring till allmänheten via satellit som är olaglig, på grund av att den har genomförts utan upphovsmännens tillstånd. Det ankommer således på sändningsföretagen att inhämta detta tillstånd³¹ i överföringens ursprungsmedlemsstat. Det medför emellertid ingen rätt för innehavarna att, i mottagarmedlemsstaten, motsätta sig den verksamhet som bedrivs av leverantören av satellitpaket.

57. Denna slutsats påverkas inte av de olika prestationer som tillhandahålls av denna leverantör och som domstolen räknade upp i domen *Airfield*.

58. För det första omfattas en sådan prestation nämligen, när det gäller kodning av signalen och tillhandahållande av avkodningsutrustning till publiken,³² när den genomförs med sändningsföretagets samtycke, i enlighet med artikel 1.2 c i direktiv 93/83, av den enhetliga och odelbara överföringen till allmänheten via satellit. Även om leverantören, genom att tillåta medlemmarna att avkoda programmen ger den tillgång till de skyddade verken, rör det sig således om medlemmar av publiken för överföring till allmänheten via satellit, det vill säga dem av allmänheten som har beaktats av de sändarföretag som ligger bakom denna överföring.

³¹ Såsom domstolen påpekade i punkt 75 i domen *Airfield*.

³² Punkt 78 i domen *Airfield*.

59. För det andra, vad gäller den omständigheten att leverantören av satellitpaket uppbär abonnemangspriset, har domstolen själv påpekat att det rör sig om priset för tillgång till överföringen till allmänheten via satellit³³ och, således publiken för denna överföring.

60. Slutligen och för det tredje, vad gäller den omständigheten att leverantören av satellitpaket för samman flera överföringar från olika sändarföretag till en ny audiovisuell produkt,³⁴ ska följande påpekas. Upphovsrätten resonerar inte i termer av audiovisuella produkter, eller satellitpaket, eller ens sända program, utan i termer av skyddade verk, det vill säga verks om skyddas av upphovsrätt och närstående rättigheter, eftersom det är i förhållande till dessa som upphovsrättsinnehavarna utövar sina rättigheter. Även om inkluderandet av ett program som innehåller ett skyddat verk i ett satellitpaket visserligen kan påverka priset på ett tillstånd för överföring till allmänheten av detta verk och detta pris som kan bestämmas utifrån de beräknade intäkterna av utnyttjandet av det aktuella verket, är detta inkluderande följaktligen inte ett handlande som omfattas av de rättigheter som garanteras av upphovsrätten. När det gäller huruvida det föreligger ett handlande som kräver tillstånd från upphovsrättsinnehavarna, saknas det således betydelse att olika program som härrör från olika sändarföretag har sammanförts i ett satellitpaket.

61. Genom dessa handlanden utvidgar leverantören av satellitpaket således inte, i motsats till vad domstolen angav i domen *Airfield*,³⁵ den personkrets som har tillgång till de program som utgör dessa paket i förhållande till personer till vilka den överföring till allmänheten via satellit som genomförs under kontroll av och på ansvar som tillkommer de sändarföretag från vilka dess program härrör. Leverantörens verksamhet medför således inte något tillstånd från innehavarna av upphovsrätter och närstående rättigheter avseende någon ny publik.

62. Det skulle förhålla sig annorlunda endast under förutsättning att det antas att leverantören av satellitpaketet utför en överföring till sin egen publik.³⁶ Det skulle då inte röra sig om en överföring till allmänheten via satellit i den mening som avses i direktiv 93/83, eftersom denna nödvändigtvis ska ske under sändarföretagets kontroll och på dess ansvar, utan en överföring till allmänheten i den mening som avses i artikel 3.1 i direktiv 2001/29. I det fallet skulle den princip om sändarmedlemsstaten som införts genom artikel 1.2 b i direktiv 93/83 således inte vara tillämplig. Överföringen skulle anses ha skett i mottagarmedlemsstaten i enlighet med upphovsrättens territorialitetsprincip.

63. En sådan lösning skulle emellertid strida mot domstolens slutsatser i punkterna 51–69 i domen *Airfield*, beträffande den enhetliga och odelbara karaktären av en överföring till allmänheten via satellit i vilken en leverantör av satellitpaket ingriper. Den skulle även, enligt min uppfattning, stå i strid med lydelsen i direktiv 93/83, vilken anger att en överföring som uppfyller kriterierna i artikel 1.2 a och c i detta direktiv ska klassificeras som en ”överföring till allmänheten via satellit” och således som en enhetlig överföring som skett i den medlemsstat där den programbärande signalen har förts in i överföringskedjan.

³³ Punkt 80 i domen *Airfield*.

³⁴ Punkt 81 i domen *Airfield*.

³⁵ Punkt 82 i domen *Airfield*.

³⁶ Detta var den lösning som generaladvokaten Jääskinen förespråkade i sitt förslag till avgörande i de förenade målen *Airfield* och *Canal Digitaal* (C-431/09 och C-432/09, EU:C:2011:157). AKM har gjort gällande en liknande lösning i förevarande mål, genom att göra en analogi med vidaresändning via kabel.

– *Förhållandet mellan fritt tillgänglig sändning och kodad sändning*

64. Sammanblandning beror kanske på att vissa tv- och radioprogram sänds (via satellit) simultant och inom samma territorium såväl med fri tillgång som, ofta med bättre kvalitet, i en kodad version, vilket kräver en ytterligare betalning för mottagandet av dem. Det skulle således kunna framstå som att kodad sändning utgör en vidaresändning av den fritt tillgängliga sändningen och att den således är avsedd för en ny publik i förhållande till den publik som avses med denna andra sändning. Detta är vad appellationsdomstolen tycks ha ansett i det nationella målet.

65. Enligt min uppfattning är detta emellertid inte fallet. Fritt tillgängliga sändningar mottas inte för att sedan vidaresändas i kodad form och de sistnämnda (det vill säga kodade sändningar) kan mycket väl existera utan de förstnämnda. Det rör sig om två åtskilda och oberoende sändningar, vilka båda ska klassificeras som primära, som är avsedda för olika publik. Detta är i än högre grad fallet då kodad sändning normalt sett sker med en bättre kvalitet, särskilt med hög upplösning, än fritt tillgängliga sändningar. När det gäller fritt tillgängliga sändningar utgörs publiken av alla personer som befinner sig inom täckningsområdet, medan den, när det gäller kodad sändning, utgörs av personer som förfogar över avkodningsutrustning. Det är således inte frågan om någon ny publik för någon av dessa sändningar i förhållande till publiken för den andra. När dessa sändningar sker på de villkor som anges i artikel 1.2 a och c i direktiv 93/83, rör det sig om två separata överföringar via satellit, vilka båda kan tillskrivas ett sändningsföretag under vars kontroll och på vars ansvar den programbärande signalen har förts in i överföringskedjan.

66. Den omständigheten att den signal som bär dessa båda sändningar kan komprimeras och multiplexeras till en enda stråle riktad mot satelliten³⁷ påverkar inte denna slutsats. Ur rättslig synpunkt är det endast överföringen av ett skyddat verk på ett visst tekniskt sätt, i förevarande fall via satellit, till en viss publik som har betydelse. De tekniska detaljerna kring resan för den *signal* som innehåller detta verk mot publiken är ur denna synpunkt likgiltigt.

67. Den omständigheten att leverantören av satellitpaket inkluderar fritt tillgängliga program i sina paket är endast marknadskommunikation avsedd för dess kunder, som har till syfte att ge intrycket av ett större antal tillgängliga program i paketets utbud. Beträffande de fritt tillgängliga programmen agerar leverantören av satellitpaket emellertid på sin höjd som en leverantör av teknisk utrustning som gör det möjligt att ta emot dem, det vill säga en mottagare och, eventuellt en satellitantenn. Däremot är de övriga tjänsterna inte på något sätt nödvändiga för detta mottagande.³⁸

Slutsatser och svar på den första tolkningsfrågan

68. I enlighet med vad som anges ovan kan en leverantör av satellitpaket endast vara ansvarig i förhållande till innehavarna av upphovsrätter och närstående rättigheter avseende överföring till en ny publik för det fall dess verksamhet ska anses som en överföring till allmänheten som skiljer sig från den överföring till allmänheten som tillskrivs sändarföretaget, under vars kontroll och på vars ansvar den programbärande signalen har förts in i överföringskedjan. I detta fall skulle den

³⁷ Vilket den hänskjutande domstolen benämner "gruppresa".

³⁸ Även om en särskilt avsedd mottagardekoder, som tillhandahålls av leverantören av satellitpaket, normalt sett endast fungerar genom ett aktivt abonnemang, ändrar detta ingenting, eftersom den berörda publikmedlemmen också kan köpa en så kalla "free to air"-utrustning för att ta emot de fritt tillgängliga programmen.

överföring till allmänheten som skett genom en leverantör av satellitpaket ske inom mottagarmedlemsstaten. Enligt min uppfattning, vilken bekräftas i den första delen av domen *Airfield*, är detta emellertid inte fallet, eftersom leverantören av satellitpaket deltar i en enhetlig och odelbar överföring till allmänheten via satellit. Således riktar den sig inte till någon ny publik.

69. Jag kommer inte att närmare analysera frågan om huruvida leverantören av satellitpaket eventuellt skulle kunna anses vara ansvarig på andra sätt än avseende överföringen till en ny publik, tillsammans med sändningsföretaget som ligger bakom överföringen. Jag instämmer visserligen inte med detta resonemang, men det är emellertid utan betydelse för svaret på den första tolkningsfrågan. Denna fråga rör nämligen inte huruvida leverantören av satellitpaket är ansvarig i förhållande till innehavarna av upphovsrätter och närstående rättigheter, utan huruvida denne är ansvarig i mottagarlandet. Överföringen till allmänheten via satellit anses, enligt artikel 1.2 b i direktiv 93/83, emellertid endast ske i sändarmedlemsstaten. Det är således i denna medlemsstat som upphovsrättsinnehavarna eventuellt kan utöva sina rättigheter i förhållande till leverantören av satellitpaket.

70. Jag föreslår således att den första tolkningsfrågan ska besvaras så att artikel 1.2 b i direktiv 93/83 ska tolkas så, att en leverantör av satellitpaket inte är skyldig att, i den medlemsstat där de skyddade verk som överförs är tillgängliga för allmänheten, inhämta tillstånd av innehavarna av upphovsrätter och närstående rättigheter avseende den överföring till allmänheten via satellit i vilken denna leverantör deltar.

Den andra tolkningsfrågan

71. Genom den andra tolkningsfrågan, jämförd med de förklaringar som ges i beslutet om hänskjutande, har den hänskjutande domstolen i huvudsak önskat få klarhet i huruvida doktrinen avseende en ny publik ska tolkas så, att, för det fall de program som sänds är fritt tillgängliga inom täckningsområdet i standardupplösning, den omständigheten att en leverantör av satellitpaket inkluderar samma program i högupplösning i ett paket som är avsett för en publik som finns i samma område inte utgör en överföring till en ny publik.

72. Denna fråga har ställts endast för det fall det av domstolens svar på den första tolkningsfrågan skulle följa att leverantören av ett satellitpaket ska anses överföra skyddade verk till en ny publik i mottagarmedlemsstaten. Om domstolen skulle godta mitt förslag till svar på den första tolkningsfrågan, är det inte nödvändigt att besvara den andra frågan. Det är således endast för fullständighetens skull som jag i det följande gör några anmärkningar avseende denna andra tolkningsfråga.

73. För det första har begreppet ny publik, liksom jag redan har förklarat, endast en betydelse när det förekommer två överföringar till allmänheten som hör samman på ett sådant sätt att den ena av dem är den primära (ursprungliga) överföringen och den andra den sekundära, vilken är beroende av den primära. Det är emellertid svårt att föreställa sig att överföringen av ett tv-program i högupplösning kan utgöra en vidaresändning av en sändning i standardupplösning. Den som gör en sådan överföring måste nämligen ha tillgång till programmet i högupplösning genom en annan källa än sändningen i standardupplösning. Det rör sig således inte om en

sekundär överföring och begreppet ny publik är inte tillämpligt.³⁹

74. För det andra kan bildkvalitén vara en betydande faktor för verkets attraktivitet hos publiken, bland annat när det gäller audiovisuella verk och, följaktligen, påverka det pris som upphovsrättsinnehavarna kommer att kunna erhålla för deras tillstånd att utnyttja detta verk. Således har dessa rättighetsinnehavare en rätt att begränsa deras tillstånd till en viss sändningskvalitet, såsom sändning i standardupplösning. Enbart tillgängligheten till verket, för samma publik, i en sämre kvalitet befriar således inte automatiskt det som nyttjar detta verk från skyldigheten att inhämta tillstånd från dessa rättighetsinnehavare för spridning av verket i en bättre kvalitet.

75. Det argument som tagits upp i detta hänseende av Canal+, enligt vilket AKM, i förevarande fall, företrädde innehavarna av rättigheter till musikaliska verk och att tv-signalens ljudspår är detsamma i sändning i högupplösning som i standardupplösning, påverkar inte enligt min uppfattning denna slutsats. Musikaliska verk är nämligen i tv-program normalt sätt integrerade i de audiovisuella verken och utnyttjas tillsammans med dessa, varför deras attraktivitet också kan vara beroende av bildkvalitén på sändningen som helhet.

76. Med beaktande av att doktrinen avseende en ny publik inte är tillämplig i förevarande mål, avstår jag emellertid från att föreslå ett svar på den andra tolkningsfrågan.

Förslag till avgörande

77. Mot denna bakgrund föreslår jag att domstolen ska besvara de tolkningsfrågor som Oberster Gerichtshof (Högsta domstolen, Österrike) har ställt på följande sätt:

Artikel 1.2 b i rådets direktiv 93/83/EEG av den 27 september 1993 om samordning av vissa bestämmelser om upphovsrätt och närstående rättigheter avseende satellitsändningar och vidareändring via kabel ska tolkas så, att en leverantör av satellitpaket inte har någon skyldighet att, i den medlemsstat där de skyddade verken som överförs är tillgängliga för allmänheten, inhämta tillstånd av innehavarna av upphovsrätter och närstående rättigheter för den överföring till allmänheten via satellit i vilken denna leverantör deltar.

³⁹ Det ska understrykas att frågan om en tv-sändnings kvalitet skiljer från frågan om i vilken kvalitet publiken tar emot denna sändning på grund av den tekniska utrustning som den förfogar över. Det är tydligt att en sändning i högupplösning på en tv-apparat som inte är kompatibel, kommer att uppfattas som en sändning i standardupplösning. Detta har emellertid ingen betydelse, eftersom det, för att bedöma huruvida en överföring till allmänheten har skett, inte spelar någon roll huruvida och på vilket sätt publiken faktiskt tar emot denna överföring.