

## FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT

ELEANOR SHARPSTON

fremsat den 13. juli 2006<sup>1</sup>

1. I den foreliggende sag anmoder Audiencia Provincial de Barcelona om en fortolkning af artikel 3, stk. 1, i direktiv 2001/29 om harmonisering af visse aspekter af ophavsret og beslægtede rettigheder i informations-samfundet<sup>2</sup> (herefter »ophavsretsdirektivet« eller »direktivet«).

3. I direktivets præambel understreges det først og fremmest, at udgangspunktet for en harmonisering af ophavsret og beslægtede rettigheder bør være et højt beskyttelsesniveau af ophavsmænd og kunstnere, som, hvis de skal kunne fortsætte deres kreative og kunstneriske arbejde, er nødt til at modtage et passende vederlag for anvendelsen af deres værker. Det tilføjes, at en effektiv og rigoristisk beskyttelsesordning for ophavsret og beslægtede rettigheder er et af de vigtigste redskaber til at sikre de nødvendige ressourcer til skabelsesprocessen og kulturproduktion i Europa og navnlig garantere skabende og udøvende kunstneres uafhængighed og værdighed<sup>4</sup>.

### Ophavsretsdirektivet

2. Ophavsretsdirektivet har, som titlen antyder, til formål at harmonisere visse aspekter af ophavsret og beslægtede rettigheder<sup>3</sup>, herunder retten til overføring af værker til almenheden.

4. Følgende betragtninger er også relevante for den foreliggende sag:

1 — Originalsprog: engelsk.

2 — Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2001/29/EF af 22.5.2001 (EFT L 167, s. 10).

3 — Inden for rammerne af fællesskabsretten omfatter ophavsrettigheder (»droit d'auteur«) de enerettigheder, som tillægges forfattere, komponister, kunstnere mv., mens beslægtede rettigheder (»droits voisins«) dækker de tilsvarende rettigheder, som tillægges udøvende kunstnere (musikere, skuespillere mv.) og virksomheder (forlæggere, filmproducenter mv.).

»(15) WIPO-traktaten om ophavsret [...] ajourfører i væsentligt omfang den internationale beskyttelse af ophavs-

4 — Betragtning 9-11.

ret og beslægtede rettigheder, herunder den såkaldte digitale agenda [...]. Dette direktiv tjener ligeledes til at gennemføre et vist antal af disse nye internationale forpligtelser.

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«.

[...]

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

6. Direktivet trådte i kraft den 22. juni 2001 og skulle være gennemført senest den 22. december 2002<sup>5</sup>.

#### Det internationale retsgrundlag

[...]

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

7. Ophavsretsdirektivets artikel 3, stk. 1, svarer til artikel 11a, stk. 1, i Bernerkonventionen til værn for litterære og kunstneriske værker<sup>6</sup> (herefter »Bernerkonventionen« eller »konventionen«) og er næsten identisk med artikel 8 i WIPO-traktaten om ophavsret<sup>7</sup> (herefter »WCT«)<sup>8</sup>. Som Kommissionen anfører, er det fast retspraksis, at den afledte fællesskabsret så vidt muligt skal fortolkes i overensstemmelse med de internationale aftaler, som Fællesskabet har indgået<sup>9</sup>.

5. I direktivets artikel 3, stk. 1, fastsættes, at medlemsstaterne skal tillægge »ophavsmand

5 — Direktivets artikel 13 og 14.

6 — Af 9.9.1886; senest revideret den 24.7.1971 og ændret den 28.9.1979.

7 — World Intellectual Property Organisation (Verdensorganisationen for Intellektuel Ejendomsret).

8 — Vedtaget i Genève den 20.12.1996.

9 — Dom af 10.9.1996, sag C-61/94, Kommissionen mod Tyskland, Sml. I, s. 3989, præmis 52.

*Bernerkonventionen*

8. Selv om Fællesskabet ikke er part i Bernerkonventionen (og heller ikke kan blive det, da medlemskab af Bernerunionen er forbeholdt stater), skal det overholde konventionen i medfør af artikel 9 i aftalen om handelsrelaterede aspekter af intellektuelle ejendomsrettigheder («TRIPs-aftalen»). Denne aftale er indeholdt i bilag 1C til Marrakesh-overenskomsten om oprettelse af Verdenshandelsorganisationen<sup>10</sup>, som Fællesskabet er medlem af. Det kan derfor antages, at direktivets artikel 3, stk. 1, er tilsigtet at være i overensstemmelse med konventionen.

9. I Bernerkonventionens artikel 11 fastsættes følgende:

»1. Ophavsmænd til dramatiske, musikdramatiske og musikalske værker har eneret til at tillade:

- i) offentlig fremførelse af deres værker med et hvilket som helst middel og på en hvilken som helst måde

<sup>10</sup> — Godkendt på Det Europæiske Fællesskabs vegne for så vidt angår de områder, der hører under dets kompetence, ved Rådets afgørelse 94/800 af 22.12.1994 (EFT L 336, s. 1). TRIPs-aftalen findes i EFT L 336, s. 213.

- ii) overføring til almenheden på en hvilken som helst måde af en sådan fremførelse af deres værker.

2. Ophavsmænd til dramatiske eller musikdramatiske værker nyder i hele den tid, beskyttelsen af originalværkerne varer, de samme rettigheder med hensyn til oversættelser af deres værker.«

10. I Bernerkonventionens artikel 11a, stk. 1, fastsættes følgende:

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

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

ii) enhver offentlig gengivelse med eller uden tråd af det radioudsendte værk, når denne gengivelse iværksættes af en anden organisation end den oprindelige [11]

kunne tilslutte sig denne aftale (hvilket også var muligt for lande, som ikke var medlemmer af Bernerunionen).

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

WCT

11. Bernerkonventionen blev senest revideret i 1971<sup>12</sup>. En revision af konventionen kræver enstemmighed blandt de tilstedeværende og i afstemningen deltagende kontraherende parter. Selv i 1971, hvor der var betydeligt færre kontraherende parter<sup>13</sup>, viste det sig vanskeligt at opnå enstemmighed. Det er formentlig af den grund, at det er blevet opfattet som urealistisk at foretage en yderligere revision af konventionen, således at den tager højde for de teknologiske udviklinger, der har fundet sted siden 1971. Det blev inden for rammerne af WIPO derfor besluttet at udarbejde en ny traktat, der som en »særlig aftale« i den betydning, hvori dette udtryk anvendes i konventionens artikel 20, ikke kræver enstemmighed blandt Bernerunionens medlemmer. En yderligere fordel var, at Det Europæiske Fællesskab

12. WCT trådte i kraft den 6. december 2001. Fællesskabet har undertegnet WCT, men har endnu ikke ratificeret den<sup>14</sup>. Den er ikke desto mindre relevant ved fortolkningen af ophavsretsdirektivet, eftersom direktivets betragtning 15 fastslår, at direktivet »tjener ligeledes til at gennemføre et vist antal af disse nye internationale forpligtelser«, der udspringer af WCT.

13. I artikel 8, der har overskriften »Retten til overføring til almenheden«, hedder det:

»Ophavsmænd til litterære og kunstneriske værker har eneret til at tillade overføring af

11 — Nr. ii) er ikke så klar på engelsk, som den kunne have været. Den franske udgave er klarere: »toute communication publique, soit par fil, soit sans fil, de l'œuvre radiodiffusée, lorsque cette communication est faite par un autre organisme que celui d'origine«.

12 — Ændringerne i 1979 vedrørte mindre redaktionelle detaljer og ikke selve indholdet.

13 — Der er på nuværende tidspunkt 162.

14 — Det fremgår, at Fællesskabets ratificering først skal finde sted efter gennemførelsen af ophavsretsdirektivet, når alle medlemsstater har ratificeret WCT. Fællesskabet og de 15 medlemsstater (forud for udvidelsen i 2004) gav udtryk for, at de havde til hensigt at deponere deres ratifikationsdokumenter efter den diplomatiske konference om visse ophavsrettigheder og beslægtede rettigheder i Genève den 2.12.1996 til 20.12.1996. Se M Ficsor, *The Law of Copyright and the Internet* (2002), s. 68, punkt 2.41.

disse til almenheden på en hvilken som helst måde, det være sig ved trådoverføring eller trådløst, herunder også at værkerne gøres tilgængelige for almenheden på en sådan måde, at den enkelte kan få adgang til værkerne fra et sted og på et tidspunkt, som vedkommende selv kan vælge; dette indskrænker ikke anvendelsen af Bernerkonventionens artikel 11, stk. 1, nr. ii), artikel 11a, stk. 1, nr. i) og ii), [...]».

nylig havde indtaget det synspunkt, at hotelværelser ikke havde karakter af private områder, og følgelig at benyttelse af fjernsyn i disse hotelværelser udgjorde en overføring til almenheden, i den betydning, hvori begrebet anvendes i artikel 20 i den spanske lov om intellektuel ejendomsret<sup>16</sup>. Hotellets ejer blev derfor dømt til at betale afgifter for retten til brug til det selskab, der ejede og forvaltede de udsendte værker.

### Den relevante spanske lovgivning

14. I henhold til anmodningen om præjudiciel afgørelse tillægger den spanske lov om intellektuel ejendomsret<sup>15</sup> ophavsmænd eneretten til benyttelse af disses værker under en hvilken som helst form. Disse rettigheder omfatter overføring til almenheden. I artikel 20 forklares det for det første, hvad der skal forstås ved overføring til almenheden: »enhver handling, hvorved flere personer kan få adgang til værket uden forudgående uddeling af eksemplarer heraf til hver enkelt person«. For det andet undtages fra begrebet overføring til almenheden, overføring, »der finder sted inden for et rent privat område, der ikke er et led i eller knyttet til et distributionsnet af en hvilken som helst art«.

15. Den forelæggende ret anfører, at Spaniens Tribunal Supremo (højesteret) indtil for

16. Den spanske højesteret ændrede imidlertid denne retspraksis med en dom i 2003<sup>17</sup>, i henhold til hvilken et hotelværelse er et rent privat område, hvorfor benyttelse af fjernsynsapparater i sådanne værelser ikke udgør en overføring til almenheden, og der skulle således ikke indhentes tilladelse fra indehaverne af de intellektuelle ejendomsrettigheder til de værker, der blev udsendt.

### Hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål

17. Sociedad General de Autores y Editores de España (herefter »SGAE«) er et organ, der

15 — Kongeligt lovdekret nr. 1/1996 af 12.4.1996 (BOE nr. 97 af 22.4.1996, s. 14369); se navnlig artikel 17.

16 — Dom afsagt af Tribunal Supremo den 19.7.1993 (RJ 1993/6164) og den 11.3.1996 (RJ 1996/2413).

17 — Dom af 10.5.2003 — RJ 2003/3036.

forvalter intellektuelle ejendomsrettigheder. Det har anlagt sag mod selskabet Rafael Hoteles SL (herefter »Rafael«), der ejer Hotel Rafael, for krænkelse af de intellektuelle ejendomsrettigheder, der forvaltes af SGAE. SGAE har nærmere bestemt gjort gældende, at værker, der er opført i den fortegnelse, som SGAE forvalter, er blevet overført til almenheden på Hotel Rafael i perioden fra juni 2002 til marts 2003. Den pågældende overføring til almenheden fandt sted ved hjælp af de fjernsynsapparater, der er installeret på hotelværelserne, idet disse fjernsynsapparater gør det muligt for hotellets gæster at se programmer på de kanaler, som kan modtages af hotellets antenne, og som viderebringes til samtlige fjernsynsapparater på værelserne. SGAE har nedlagt påstand om, at Rafael tilpligtes at betale erstatning.

spansk lovgivning og retspraksis muligvis er i strid med ophavsretsdirektivet. Den forelæggende ret er nærmere bestemt i tvivl om, hvorvidt hotellets modtagelse af tv-signaler via satellit eller jordbaseret transmission og videresendelse heraf pr. kabel til de enkelte værelser på hotellet udgør overføring til almenheden i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i direktivet. Retten mener, at det væsentlige i en overføring til almenheden er at stille det udsendte værk, i dette tilfælde via fjernsyn, til rådighed for flere personer. Der er uden tvivl tale om en sådan situation, når publikum er til stede på samme tid, som f.eks. når der er placeret et fjernsyn i en hotelvestibule. Det er imidlertid mere tvivlsomt, når almenheden udgøres af et publikum, der er successivt til stede, som det er tilfældet på et hotelværelse.

18. Retten, der afsagde dom i første instans, afviste SGAE's påstand. Retten fandt under hensyn til den spanske højesterets seneste retspraksis, at benyttelsen af de pågældende fjernsynsapparater i værelserne på Hotel Rafael ikke indebar overføring af værker, der blev forvaltet af SGAE, hvorfor det ikke var nødvendigt for hotellets ejer forinden at indhente en tilladelse og betale den pågældende afgift.

20. Audiencia Provincial de Barcelona har derfor udsat sagen og anmodet Domstolen om en præjudiciel afgørelse af følgende spørgsmål:

19. SGAE appellerede dommen til Audiencia Provincial de Barcelona, som mener, at

- »1) Udgør placering af fjernsynsapparater i hotelværelser, som ved hjælp af et kabel tilføres fjernsynssignaler, der modtages ved hjælp af satellit eller jordbaseret transmission, et tilfælde af overføring til almenheden, som er omfattet af den

harmonisering af de nationale bestemmelser om beskyttelse af ophavsrettigheder, som tilstræbes med artikel 3 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2001/29/EF af 22. maj 2001?

21. Der er indgivet skriftlige indlæg af SGAE, den østrigske og den franske regering samt Irland og Kommissionen. SGAE, Rafael, Irland, den polske regering og Kommissionen var repræsenteret under retsmødet.

- 2) Er den omstændighed, at et hotelværelse anses for at være et rent privat område, med den virkning, at den overføring, der finder sted dér ved hjælp af fjernsynsapparater, der tilføres signaler, som hotellet forinden har modtaget, ikke anses for at være overføring til almenheden, i strid med den beskyttelse af ophavsrettigheder, der tilstræbes med Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2001/29/EF af 22. maj 2001?

### Egeda-sagen

- 3) Kan den overføring, som finder sted ved hjælp af et fjernsynsapparat, der er opstillet i et hotelværelse, med henblik på beskyttelse af ophavsmanden mod overføring til almenheden, anses for at være en overføring til almenheden, fordi flere personer efter hinanden har adgang til værket?«

22. Den spanske lovgivning, som har givet anledning til nærværende sag, har allerede været genstand for en anmodning om præjudiciel afgørelse, som blev fremsat, inden ophavsretsdirektivet blev vedtaget. I Egeda-sagen<sup>18</sup> blev Domstolen spurgt om, hvorvidt en hotelvirksomheds modtagelse af tv-signaler via satellit eller jordbaseret transmission og videresendelse heraf pr. kabel til de enkelte værelser på hotellet var en tilgængeliggørelse for almenheden eller en modtagelse af almenheden i henhold til direktiv 93/83<sup>19</sup>. Domstolen fastslog, at dette spørgsmål ikke var reguleret i direktiv 93/83, hvorfor spørgsmålet måtte afgøres på grundlag af national ret.

18 — Dom af 3.2.2000, sag C-293/98, Sml. I, s. 629.

19 — Rådets direktiv 93/83/EØF af 27.9.1993 om samordning af visse bestemmelser vedrørende ophavsrettigheder og ophavsretsbeslægtede rettigheder i forbindelse med radio- og tv-udsendelse via satellit og viderespredning pr. kabel (EFT L 248, s. 15).

23. Generaladvokat La Pergola har også slået fast, at spørgsmålet ikke er reguleret af direktiv 93/83<sup>20</sup>. Han gik ikke desto mindre videre til at analysere artikel 11a i Bernerkonventionen, som han mente gjorde det muligt at besvare den nationale domstols spørgsmål<sup>21</sup>. Han afsluttede med at foreslå, at Domstolen først og fremmest skulle fastslå, at direktiv 93/83 ikke fandt anvendelse, og dernæst, at et hotels modtagelse af beskyttede værker, der blev udsendt via satellit eller jordbaserede tv-signaler, og den efterfølgende videresendelse heraf pr. kabel til fjernsynsapparaterne på de enkelte værelser på hotellet er en overføring til almenheden i den forstand, hvori dette udtryk anvendes i artikel 11a i Bernerkonventionen. Jeg vil i nærværende forslag til afgørelse henvise til store dele af generaladvokat La Pergolas værdifulde analyse.

25. SGAE og den franske regering mener i det væsentligste, at dette begreb efter dets rette fortolkning dækker de beskrevne aktiviteter, således at alle tre forelagte spørgsmål skal besvares bekræftende. Rafael og den østrigske regering samt Irland indtager det modsatte synspunkt. Den polske regering fokuserer på andet og tredje spørgsmål, som efter dens opfattelse bør besvares bekræftende. Kommissionen mener ikke, at den blotte installation af fjernsynsapparater i hotelværelser udgør en »overføring til almenheden«, hvorimod der i forbindelse med viderespredning pr. kabel af tv-signaler, som er modtaget via satellit eller jordbaseret transmission, til hotelværelser er tale om en sådan overføring.

#### *Det første spørgsmål*

### **Bedømmelse**

24. De forelagte spørgsmål vedrører fortolkningen af udtrykket »overføring til almenheden« i direktivets artikel 3, stk. 1.

26. Jeg er enig med Rafael, den østrigske regering, Irland og Kommissionen i, at den blotte installation af fjernsynsapparater i hotelværelser ikke udgør en overføring til almenheden i den forstand, hvori dette udtryk anvendes i direktivets artikel 3, stk. 1<sup>22</sup>.

20 — Punkt 14 i hans forslag til afgørelse.

21 — Punkt 20-27 i forslaget til afgørelse.

22 — Selv om den nationale domstol henviser til direktivets artikel 3, er det tydeligt, at det er artikel 3, stk. 1, der skal fortolkes, da det er den bestemmelse, der udtrykkeligt henviser til retten til at tillade »overføring til almenheden«, hvilket er emnet for alle tre præjudicielle spørgsmål. I artikel 3, stk. 2, udvides retten til at tillade »tilrådighedsstillelse for almenheden«, som ophavsmand tildeles i medfør af andet sætningsled i artikel 3, stk. 1, til udøvende kunstnere, fremstillere af fonogrammer, filmproducenter og radio- og fjernsynsforetagender.



27. Denne konklusion følger klart af betragtning 27 til direktivet, hvori det anføres, at »[d]en blotte tilrådighedsstillelse af fysiske faciliteter, der muliggør eller bevirker overføring, udgør dog ikke i sig selv overføring i henhold til dette direktiv«. Denne klare begrænsning bekræfter, hvad der anføres i betragtning 23, hvorefter denne »ret [til overføring til almenheden] omfatter enhver [...] trådbunden eller trådløs transmission eller retransmission af et værk til almenheden [som ikke befinder sig på det sted, hvorfra overføringen finder sted], herunder udsendelse i radio og fjernsyn [og] bør dog ikke omfatte andre handlinger«.

28. Denne tilgang er desuden i overensstemmelse med fortolkningen af begrebet »overføring« i WCT. Det er tydeligt, at direktivets artikel 3, stk. 1, har til formål at gennemføre et vist antal nye internationale forpligtelser, som følger af denne traktat, på fællesskabsplan<sup>23</sup>. Den ret, som medlemsstaterne i medfør af artikel 3, stk. 1, skal tillade, fastsættes med stort set samme ordlyd som i artikel 8 i WCT. Dette er ikke tilfældigt: Fællesskabet og medlemsstaterne

foreslog artikel 8<sup>24</sup>. På den diplomatiske konference, hvor traktaten<sup>25</sup> blev vedtaget, vedtoges også følgende »fælles erklæring« vedrørende artikel 8.

»Der er enighed om, at den blotte tilrådighedsstillelse af fysiske faciliteter, der muliggør eller bevirker overføring, ikke i sig selv udgør overføring i henhold til denne traktat eller Bernerkonventionen. Der er endvidere enighed om, at der ikke er noget i artikel 8, der forhindrer en kontraherende part i at anvende artikel 11[a], stk. 2.«

29. Jeg mener derfor, at svaret på det første præjudicielle spørgsmål bør være, at installation af fjernsynsapparater i hotelværelser, som ved hjælp af et kabel tilføres fjernsynssignaler, der modtages via satellit eller jordbaseret transmission, ikke udgør en overføring til almenheden i den betydning, hvori dette udtryk anvendes i artikel 3, stk. 1, i ophavsretsdirektivet.

24 — »Grundlæggende forslag til de materielle bestemmelser i traktaten vedrørende visse spørgsmål om beskyttelse af litterære og kunstneriske værker som skal behandles på den diplomatiske konference« (det grundlæggende forslag kan ses på WIPO's webside ([www.wipo.int](http://www.wipo.int))). Forklarende note 10.7 og 10.8. I det memorandum, som er udarbejdet af formanden for ekspertudvalget, og som optræder som indledning til det grundlæggende forslag, forklares følgende (i punkt 19)XXX: »Formålet med de forklarende noter er: (i) at give en kortfattet redegørelse for indholdet i og begrundelse for forslaget og at tilvejebringe retningslinjer for forståelsen og fortolkningen af specifikke bestemmelser, (ii) at angive begrundelsen for forslagene og (iii) at inddrage henvisninger til forslag og bemærkninger fremsat på ekspertudvalgets møder, samt referencer til modeller og sammenligningspunkter, som er fundet i de gældende traktater.«

25 — Se fodnote 14. De fælles erklæringer vedrørende WIPO-traktaten om ophavsret (CRNR/DC/96) kan ses på WIPO's webside ([www.wipo.int](http://www.wipo.int)).

23 — Betragtning 15 i præambelen, jf. punkt 4 ovenfor.

*Det andet og det tredje spørgsmål*

30. Andet og tredje spørgsmål fra den forelæggende ret kan med fordel behandles under ét. Hvis disse to spørgsmål læses i sammenhæng, vedrører de nemlig spørgsmålet om, hvorvidt overføring af udsendelser til hotelværelser ved hjælp af fjernsynsapparater, der tilføres signaler, som hotellet forinden har nedtaget, kan anses for at være »overføring til almenheden« i den betydning, hvori dette udtryk anvendes i direktivets artikel 3, stk. 1.

31. Det er ubestridt, at hvis modtagerne udgør »almenheden«, skal artikel 3, stk. 1, finde anvendelse: Det er betydningen af begrebet »almenheden«, som de parter, der har indgivet skriftlige indlæg, er uenige om, og som har foranlediget den forelæggende ret til den præjudicielle forelæggelse.

32. Andet og tredje spørgsmål bør efter min opfattelse svares bekræftende.

33. Direktivet indeholder ikke nogen definition af »almenheden«, selv om (som SGAE, den franske og den polske regering anfører) der er flere ting, der tyder på, at begrebet, som det optræder i direktivet, skal tolkes i

vid forstand. En sådan vid fortolkning synes både at følge af hovedformålet med direktivet, der som udgangspunkt tilstræber et »højt beskyttelsesniveau« for ophavsret og beslægtede rettigheder<sup>26</sup>, og af udtalelsen i direktivets præambel om, at retten til overføring til almenheden »skal opfattes bredt som omfattende enhver overføring til den del af almenheden, som ikke befinder sig på det sted, hvorfra overføringen finder sted [og] omfatter enhver sådan form for trådbunden eller trådløs transmission eller retransmission af et værk til almenheden«<sup>27</sup>.

34. Da direktivet ikke indeholder en definition eller tydeligere anvisninger, finder jeg det berettiget at søge vejledning i de relevante internationale instrumenter.

35. Som anført ovenfor<sup>28</sup>, har direktivets artikel 3, stk. 1, til formål at gennemføre de forpligtelser, der pålægges i medfør af artikel 8 i WCT, på fællesskabsplan.

36. Artikel 8 har til formål at præcisere bestemmelserne i Bernerkonventionen vedrørende eneretten til overføring af værker

26 — Betragtning 9 til direktivet. Se punkt 3 ovenfor.

27 — Betragtning 23.

28 — Punkt 28.

til almenheden, navnlig artikel 11a, stk. 1, samt at supplere de rettigheder, der fastsættes i konventionen »ved at udvide anvendelsesområdet for retten til overføring til almenheden til at dække alle kategorier af værker«<sup>29</sup>.

direktivets artikel 3, stk. 1<sup>32</sup>, og artikel 8 i WCT<sup>33</sup>. Jeg er derfor ikke enig i Rafaels påstand om, at der i nærværende sag ikke finder en »overføring til almenheden« sted, da hotelgæsterne er bundet til de lagte programmer, og ikke selv individuelt kan vælge, hvornår de vil se tv-udsendelser. Mere bredt vedrører nærværende sag den generelle regel, som fastsættes i direktivets artikel 3, stk. 1, og artikel 8 i WCT snarere end det særlige område, som disse bestemmelser udtrykkeligt omfatter.

37. Den anden af disse målsætninger vedrører navnlig litterære værker, fotografiske værker, billedkunstværker og grafiske værker, som ikke før har været omfattet af retten til overføring. I det grundlæggende forslag nævnes det, at de teknologiske udviklinger »har gjort det muligt at stille beskyttede værker til rådighed på mange forskellige måder, som afviger fra de traditionelle metoder«<sup>30</sup>. Den vigtigste af disse udviklinger er naturligvis internettet<sup>31</sup>, og det er især interaktive (efter anmodning) online-overføringer, som man specifikt har ønsket at dække ved hjælp af formuleringen »tilrådighedsstillelse af deres værker på en sådan måde, at almenheden får adgang til dem på et individuelt valgt sted og tidspunkt« i

38. Artikel 8 i WCT sigter mod at supplere Bernerkonventionens bestemmelser vedrørende overføring til almenheden, idet den tildeler ophavsmænd til alle former for værker eneret til at tillade overføring til almenheden, for så vidt som denne ret ikke allerede er tildelt i medfør af den nævnte konvention<sup>34</sup>. Den tildeler dermed en mere omfattende ret til at tillade »overføring af disse [værker] til almenheden på en hvilken som helst måde, det være sig ved trådoverføring eller trådløst«. Der gives ingen definition af »almenheden«.

29 — Grundlæggende forslag, forklarende note 10.05. Disse målsætninger optræder ydermere i betragtningerne i præamblen til WCT, hvori der henvises til »behovet for at indføre nye internationale bestemmelser og præcisere fortolkningen af visse gældende bestemmelser med henblik på at opnå hensigtsmæssige løsninger på de problemer, der opstår som følge af en ny udvikling på det økonomiske, sociale, kulturelle og teknologiske område«.

30 — Ibid.

31 — Jf. også femte betragtning til ophavsretsdirektivet.

32 — Jf. tilsvarende også artikel 3, stk. 2.

33 — Forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om harmonisering af visse aspekter af ophavsret og beslægtede rettigheder i informationssamfundet, KOM(1997) 628, punkt 1.1.B.6 og 3.II.A.1 i begrundelsen og punkt 10.11. i det grundlæggende forslag. Dette præciseres også i betragtning 25 til ophavsretsdirektivet.

34 — For en indgående analyse af omfanget af den beskyttelse, der fastsættes i Bernerkonventionen, i forhold til den beskyttelse, der følger af WCT, henvises til J. Reinbothe og s. von Lewinski, *The WIPO Treaties 1996*, Butterworths Lexis Nexis. Det Forenede Kongerige, 2002, s. 105-107, punkt 11, og M. Ficsor, op.cit. fodnote 14 ovenfor, s. 494 og 495, punkt C8.03.

39. Den østrigske regering gør gældende, at en definition af »almenheden« henhører under national lovgivning. Regeringen henviser til forklarende note 10.17 i det grundlæggende forslag, der anfører: »Begrebet »almenheden« anvendes i artikel 10, da det er det begreb, der anvendes i de gældende bestemmelser i Bernerkonventionen. Begrebet »almenheden« skal defineres i henhold til national lovgivning og retspraksis.« Den østrigske regering henviser endvidere til kilder i litteraturen, der støtter dens synspunkt om, at det er national lovgivning, der skal definere begrebet »almenheden«<sup>35</sup>, samt til »Commission Staff working paper on the review of the EC legal framework in the field of copyright and related rights« (arbejdsdokument fra Kommissionens tjenestegrene vedrørende revision af Fællesskabets lovgivning vedrørende ophavsret og beslægtede rettigheder)<sup>36</sup>, hvori det hedder: »Det synes på nuværende tidspunkt ikke at være nødvendigt at ændre den retning, der er fulgt hidtil, og definitionen af begrebet »almenheden« bør fortsat henhøre under national lovgivning og retspraksis.«

40. I en variation over dette tema hævder Rafael, at det i nærværende sag er direktiv 93/83<sup>37</sup> og ikke ophavsretsdirektivet, der finder anvendelse. I overensstemmelse med Domstolens dom i Egeda-sagen<sup>38</sup> skal »overføring til almenheden« dermed defineres i den nationale lovgivning.

35 — Heriblandt J. Reinbothe og s. von Lewinski, op.cit., s. 107, punkt 12 og 13.

36 — Af 19.7.2004, SEK(2004) 995, s. 15.

37 — Nævnt i fodnote 19.

38 — Se punkt 22 ovenfor.

41. Jeg er ikke enig i disse anbringender.

42. Som Kommissionen fremhæver, har Domstolen udtalt, at »det følger af såvel kravene om en ensartet anvendelse af fællesskabsretten som af lighedsprincippet, at ordlyden af en fællesskabsretlig bestemmelse, som ikke indeholder nogen udtrykkelig henvisning til medlemsstaternes ret med hensyn til fastlæggelsen af dens betydning og rækkevidde, normalt i hele Fællesskabet skal undergives en selvstændig og ensartet fortolkning, som skal søges under hensyntagen til bestemmelsens kontekst og formålet med den pågældende ordning«<sup>39</sup>.

43. Det er tydeligt, at ophavsretsdirektivet er udarbejdet som et harmoniseringsdirektiv, der først og fremmest har til formål at medvirke »til gennemførelsen af de fire friheder på det indre marked« og til »overholdelsen af et højt beskyttelsesniveau for de intellektuelle ejendomsrettigheder«<sup>40</sup>. Retten til at tillade overføring til almenheden er et af de fire emner, som ifølge Kommissionen i forbindelse med fremsættelsen af dens direktivforslag krævede øjeblikkelige lovgivningsmæssige tiltag på fællesskabsplan

39 — Dom af 6.2.2003, sag C-245/00, SENA, Sml. I, s. 1251, præmis 23.

40 — Betragtning 3 og 4 til direktivet.

i betragtning af deres betydning for det indre marked<sup>41</sup>. I betragtning 23 anføres det udtrykkeligt, at direktivet »bør medføre en yderligere harmonisering af ophavsmænds ret til overføring til almenheden«. Det siger sig selv, at harmoniseringen ville blive udhulet, hvis medlemsstaterne selv kunne definere det ene af de to grundlæggende elementer i denne ret<sup>42</sup>. Endvidere antager Domstolen i Egeda-dommen<sup>43</sup>, at artikel 3, stk. 1, er baseret på en ensartet opfattelse af begrebet »overføring til almenheden«.

44. Jeg mener ikke, at dette synspunkt er i strid med den forklarende note, som den østrigske regering henviser til. Inden for rammerne af WCT, som Fællesskabet har undertegnet, er den »nationale lovgivning« ophavsretsdirektivet (og ikke de forskellige medlemsstaters nationale lovgivninger), og retspraksis er Domstolens retspraksis.

45. Hvad angår Kommissionens arbejdsdokument gjorde Kommissionens repræsentant

41 — Se punkt 2.II.4 i begrundelsen for direktivforslaget, nævnt i fodnote 34. De tre andre emner var retten til reproduktion (direktivets artikel 2), tekniske foranstaltninger og oplysninger om rettighedsforvaltning (artikel 6 og 7) samt retten til spredning af fysiske eksemplarer, herunder spredningsrettens udtømmelse (artikel 4).

42 — Som Kommissionen bemærkede i sin grøn bog om ophavsret og ophavsretsbeslægtede rettigheder i informationssamfundet (KOM(95) 382, 19.7.1995), som banede vejen for direktivet: »Det faktum, at nogle aktiviteter er lovlige i visse medlemsstater og ikke i andre, vil kunne skade det indre markeds funktion« (afsnit IV.3).

43 — Nævnt i fodnote 18, dommens præmis 26-28.

på retsmødet opmærksom på, at der kun er tale om et udkast, som aldrig er blevet godkendt af Kommissionen. Under alle omstændigheder er Kommissionens egen holdning til virkningen af Fællesskabets lovgivning naturligvis ikke bindende for Domstolen, selv om den vil være af interesse og muligvis have en vis vægt.

46. Da WCT lige som direktivet ikke indeholder en definition af »almenheden«, skal betydningen af dette begreb fastlægges med udgangspunkt i formålet med artikel 8. Som jeg tidligere har nævnt<sup>44</sup>, har denne bestemmelse til formål at præcisere og supplere artikel 11a, stk. 1, i Bernerkonventionen.

47. Tilblivelseshistorien for artikel 11a, stk. 1, i Bernerkonventionen kan tolkes som en række forsøg på at øge beskyttelsen af ophavsmænds rettigheder i lyset af de teknologiske udviklinger. Ophavsmænd har lige fra begyndelsen tilbage til 1886 været tillagt retten til at tillade fremførelse af deres dramatiske eller musikalske værker<sup>45</sup>. I 1928 blev artikel 11a tilføjet, som i sin oprindelige udformning blot tildelte ophavsmænd til

44 — Jf. punkt 36 ovenfor.

45 — Oprindeligt i artikel 9 og i begyndelsen kun ved at kræve, at enhver beskyttelse, der fulgte i medfør af national lovgivning, skulle udvides til at omfatte udlændinge. Dette blev ændret ved revisionen i Bruxelles i 1948, hvor det udtrykkeligt blev fastsat, at selve retten var beskyttet af konventionen. I mellemtiden var artikel 9 blevet til artikel 11 efter revisionen i Berlin i 1908.

litterære og kunstneriske værker »eneret til at tillade radioudsendelse af deres værker«<sup>46</sup>. Denne bestemmelse havde tydeligvis til formål at udvide den eksisterende ret til at tillade fremførelse på baggrund af den teknologiske udvikling af radiotransmission<sup>47</sup>. Bestemmelsen dækkede ikke trådoverføring af signaler.

eller lignende instrument [artikel 11a, stk. 1, nr. iii)]. I WIPO Glossary<sup>49</sup> defineres »retransmission«, som enten »samtidig transmission af en radioudsendelse modtaget fra en anden kilde, eller en ny forskudt transmission af en tidligere udsendelse, som er transmitteret eller modtaget og optaget tidligere«. Det præciseres også, at »tilladelse til at transmittere et værk ikke nødvendigvis omfatter gengivelse af værket uden tråd«.

48. I 1948 blev artikel 11a, stk. 1 (i det væsentligste), ændret til den nuværende ordlyd. Retten til at tillade offentlig fremførelse (artikel 11, stk. 1) og radioudsendelse af værker (den nuværende artikel 11a, stk. 1, der i det væsentligste blev til artikel 11a, stk. 1, nr. i) blev suppleret af retten til at tillade offentlig gengivelse med eller uden tråd af det radioudsendte værk, når denne gengivelse iværksættes af en anden organisation end den oprindelige [artikel 11a, stk. 1, nr. ii)], og offentlig gengivelse<sup>48</sup> af det radioudsendte værk medhjælp af højttaler

49. Dermed betød revisionen atter en udvidelse af beskyttelsen i lyset af de teknologiske fremskridt<sup>50</sup>. Det overordnede formål hermed var tydeligt nok at sikre, at en tilladelse givet på et trin (f.eks. fremførelse eller førsteudsendelser) ikke automatisk dækkede efterfølgende trin (f.eks. førsteudsendelse af en fremførelse, gengivelse af denne radioudsendelse af en anden organisation eller med hjælp af højttaler osv.).

46 — Artikel 11a, stk. 1. Artikel 11a, stk. 2, vedrørte de vilkår for udøvelsen af den nævnte ret, som kunne fastsættes i de nationale lovgivninger.

47 — I *Documents de la conférence réunie à Bruxelles du 5 au 26 juin 1948*, BIRPI, Genève, 1951, s. 263, bemærkes vedrørende den oprindelige artikel 11a, stk. 1, følgende: »Ved at fastsætte princippet på elliptisk vis svarede konventionens ordlyd til det meget tidlige udviklingsstade, som opfindelsen på dette tidspunkt befandt sig på« (s. 263). Begrebet »radiospredning«, som optrådte i den vedtagne udgave, blev almindeligvis opfattet som også omfattende tv-udsendelser. Se s. Ricketson, *The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works: 1886-1986*, Kluwer, London, 1987, s. 439. s. Ricketson beskrev i 1928 »radiospredning« som en ny teknologisk udvikling, der havde vidtrækkende konsekvenser for ophavsmands rettigheder », op.cit., s. 103.

48 — De forskellige formuleringer i konventionens engelske udgave, nemlig »communication to the public« i artikel 11a, stk. 1, nr. ii), og »public communication« i artikel 11a, stk. 1, nr. iii), synes ikke at have forskellig betydning. De gengives begge som »communication publique« i den franske tekst, der i medfør af artikel 37, stk. 1, litra c), skal være gældende i tilfælde af meningsforskelle med hensyn til fortolkningen af de forskellige tekster.

49 — Orddliste over begreber i forbindelse med ophavsretten og dermed beslagtede rettigheder (*Glossary of terms of the law of copyright and neighbouring rights*, WIPO, Genève 1980). I indledningen til denne orddliste anføres det, at det generelle formål med orddlisten er at »lette forståelsen af de juridiske begreber, der oftest anvendes i forbindelse med ophavsret og dermed beslagtede rettigheder«.

50 — Rapportøren for Bruxelles-konferencen anførte: »I betragtning af den rivende udvikling inden for radiosektoren blev der i programmet stillet forslag om [en revision af artikel 11a], som opdeltte retten i henhold til dens nyeste anvendelsesmuligheder, [...] hvilket skal ses som et forsøg på at dække de forbedringer eller udvidelser, der fortsat kan finde sted inden for [tv-sektoren]« (dokument fra Bruxelles-konferencen, citeret i fodnote 48, s. 263). Ricketson anfører ligeledes, at ophavsmands rettigheder på det tidspunkt, hvor revisionen fandt sted i Bruxelles, var i fare for at blive overhalet af de hurtige og revolutionerende teknologiske udviklinger (op.cit., s. 113 (punkt 3.48)). Se også s. Ricketson, s. 424, punkt 8.63.

50. Det fremgår, at kriteriet om gengivelse »af en anden organisation end den oprindelige«, som anvendes i artikel 11a, stk. 1, nr. ii), i konventionen, blev vedtaget som en »rent funktionel sondring«: Muligheden for at kræve en ny tilladelse, hver gang en ny udsendelse »skaber et nyt publikum«, blev bevidst afvist<sup>51</sup>. Dette synes ikke desto mindre at være den væsentligste retsvirkning af bestemmelsen. Denne fortolkning støttes desuden i WIPO Guide<sup>52</sup>. I forbindelse med artikel 11a, stk. 1, nr. iii), anføres følgende:

målet er, hvorvidt den licens, som ophavsmanden giver til radio/tv-stationen, dækker enhver anvendelse af udsendelsen, det være sig til kommercielle formål eller ej.

»Endelig omhandler den tredje situation, der behandles [i artikel 11[a], stk. 1], tilfælde, hvor det radioudsendte værk gengives offentligt ved hjælp af f.eks. højtaler eller lignende instrumenter. Denne situation bliver mere og mere udbredt. På steder, hvor mennesker samles (caféer, restauranter, konditorier, hoteller, stormagasiner, tog, fly osv.), bliver det mere og mere udbredt at sende transmitterede programmer. Der foregår også en øget brug af ophavsretligt beskyttede værker i reklameøjemed på offentlige steder. Spørgs-

Konventionens svar herpå er nej. *Som det er tilfældet i forbindelse med retransmission af en trådbunden udsendelse, skabes der et nyt publikum [stk. 1, nr. ii)],* således at værket også i dette tilfælde stilles til rådighed for andre lyttere (og evt. seere) end dem, der var omfattet af ophavsmandens oprindelige tilladelse. Selv om antallet af modtagere af en udsendelse i sagens natur ikke kan fastslås med sikkerhed, er den tilladelse til udsendelse, som ophavsmanden giver, kun tiltænkt at dække det direkte publikum, der modtager signalet i hjemmet. Når denne modtagelse finder sted med henblik på at underholde en bredere kreds, ofte i vindingsøjemed, får en større del af offentligheden mulighed for at nyde værket, og der er ikke længere blot tale om modtagelse af radioudsendte værker.

51 — S. Ricketson, op.cit., s. 449.

52 — Vejledning til Bernerkonventionen (*Guide de la Convention de Berne pour la protection des oeuvres littéraires et artistiques*, WIPO, Genève, 1978). I forordet til vejledningen anføres følgende: »Det er imidlertid ikke hensigten med denne vejledning at give en autentisk fortolkning af bestemmelserne i konventionen«, samt at »vejledningen sigter alene på at fremstille Bernerkonventionens indhold så enkelt og så klart som muligt og give nogle forklaringer med hensyn til konventionens karakter, formål og rækkevidde«.

Ophavsmanden sikres kontrol med denne nye offentlige fremførelse af hans værk»<sup>53</sup>.

det helt klart, at det i det foreliggende tilfælde er [hotelejerer], som er ansvarlig for hotelgæsternes adgang til det beskyttede værk. Hvis [hotellet] nemlig ikke havde foretaget denne andengangsudsendelse, ville hotelgæsterne — selv om de fysisk måtte befinde sig inden for det af satellitten dækkede område — nemlig ikke på anden måde kunne se udsendelsen. De udgør derfor et »nyt« publikum i forhold til det publikum, der modtager den første udsendelse.«

51. Det er i lyset af ovenstående tydeligt, at artikel 8 i WCT har til formål at supplere artikel 11a, stk. 1, i Bernerkonventionen ved at styrke ophavsmænds ret til at tillade gengivelse af deres værker i de situationer, hvor teknologiske fremskridt har gjort det muligt, at en gengivelse, for hvilken der i sig selv er givet tilladelse, videreudsendes til et større publikum end modtagerne af den oprindelige gengivelse.

53. Det skal bemærkes, at det »rent funktionelle kriterium«, som er fastsat i artikel 11a, stk. 1, nr. ii), vedrørende det forhold, at gengivelsen skal »iværksættes af en anden organisation end den oprindelige«, under alle omstændigheder er opfyldt under omstændigheder som dem i nærværende sag. Som den franske regering anfører, er hotelejerens situation at sidestille med en tredjepart, som retransmitterer originale radio- eller tv-programmer eller kabeltransmitterede programmer.

52. Overføring af værker til hotelværelser ved hjælp af fjernsynsapparater, som et signal, som hotellet oprindeligt har modtaget, sendes til, falder entydigt ind under denne situation. Som generaladvokat La Pergola anførte i sit forslag til afgørelse i Egeda-sagen<sup>54</sup>: »Da denne viderespredning i modsætning til, hvad der f.eks. gælder ved installation og anvendelse af forstærkere, ikke udgør et rent teknisk middel til at sikre eller forbedre modtagelsen af den oprindelige udsendelse i modtagerområdet, fremgår

54. Kommissionen anfører, at den afgørende faktor for fastlæggelsen af, hvorvidt en gengivelse er »offentlig«, er omfanget af kredsen af potentielle modtagere af udsendelsen og dens økonomiske betydning for ophavsmanden. Jeg er enig i, at der bør tages højde for begge disse faktorer. En fortolk-

53 — Punkt 11a, nr. 11, og punkt 11a, nr. 12, min fremhævelse.

54 — Nævnt i fodnote 18, punkt 22.



ning, som afspejler disse faktorer, vil være i tråd med bestemmelsens formål om at tildele ophavsmanden ret til at tillade udnyttelse af hans værk ved offentlig gengivelse<sup>55</sup>.

fjernsyn derfor ikke har nogen økonomisk betydning som en selvstændig gengivelse«. Jeg er enig i generaladvokatens svar om, at det er »alle de gæster, som bor på et hotel på et givet tidspunkt, der bør anses for »almenhed« i ophavsrettens forstand. Med andre ord er den »manglende rumlige forbindelse« mellem de forskellige personer, som udgør den kreds af adressater, som værket gøres tilgængeligt for af den, som er ansvarlig for den pågældende andengangsanvendelse, ikke tilstrækkelig til at afvise, at det nye publikum kan have økonomisk betydning«<sup>56</sup>.

55. Når der er tale om et hotels overføring af tv-signaler til de forskellige hotelværelser, er de eneste modtagere af hver enkelt overføring på et givet tidspunkt ganske vist kun de gæster, der bor på de enkelte værelser, hvilket sædvanligvis blot er én eller to personer. Men der skal imidlertid tages højde for den kumulative virkning af alle overføringer af samme type, idet direktivets formål, som det kommer til udtryk i betragtning 9, er et »højt beskyttelsesniveau« for rettighedshavere, og det i betragtning 23 anføres, at retten til overføring til almenheden »skal opfattes bredt«. Generaladvokat La Pergola tog i sit forslag til afgørelse i Egeda-sagen fint stilling til argumentet om, at »hotelgæsters økonomiske betydning i den foreliggende sammenhæng er så ringe, at de ikke kan siges at udgøre et »nyt« publikum i forhold til den første udsendelse, og at viderespredningen af det udsendte værk via

56. Kommissionen finder det ikke afgørende, at overføringen sker i vindingsøjemed. Kommissionen anfører som eksempler udsendelse af musik via højttalere eller af billeder på storskærme ved velgørhedsarrangementer eller politiske arrangementer. Ifølge Kommissionen er der i sådanne tilfælde tale om »overføring til almenheden«, selv om der ikke foreligger et økonomisk motiv. I modsætning hertil anførte generaladvokat La Pergola i sit forslag til afgørelse i Egeda-sagen, samtidigt med at han anerkendte »det nye publikums økonomiske betydning«, at der efter Bernerkonventionen »gælder det princip, at der skal indhentes tilladelse fra ophavsmanden til alle andengangsanvendelser af det udsendte værk, som giver anledning til en selvstændig økonomisk udnyttelse på grund af det vindingsøjemed, som forfølges af den ansvarlige person«<sup>57</sup>. Han gav også udtryk for det synspunkt, som jeg tilslutter mig, at der ikke er tvivl om, at

55 — Se J. Reinbothe og s. von Lewinski, op.cit., s. 107, punkt 12.

56 — Punkt 26.

57 — Jf. punkt 24.

den interne tv-viderespredning til værelserne »giver hotellet et fortrin, der kan måles økonomisk«<sup>58</sup>.

57. Det er tydeligt, at kredsen af potentielle modtagere af overføringen i nærværende sag er både vidtrækkende og af økonomisk betydning for ophavsmanden, samt at den organisation, der forestår overføringen, gør det for egen vindings skyld. Sådanne tilfælde bør betragtes som en overføring »til almenheden«. Jeg mener ikke, at det er nødvendigt eller hensigtsmæssigt inden for rammerne af nærværende sag at afgøre, hvorvidt det altid er et krav, at den ansvarlige for overføringen skal opnå økonomiske fordele, for at der er tale om en overføring »til almenheden«, i den betydning, hvori dette udtryk anvendes i direktivets artikel 3.

58. Endelig er det nødvendigt, at jeg beskæftiger mig med yderligere fire detaljerede argumenter, som Rafael og den østrigske regering samt Irland har fremført.

59. Først og fremmest fremfører Rafael, hvis jeg har forstået selskabets advokat under retsmødet korrekt, at der i betragtning 35 til ophavsretsdirektivet samt i artikel 5 i samme

direktiv tages højde for undtagelser fra ophavsmandens beskyttede rettigheder, og at det i betragtning 35 under alle omstændigheder blot fastsættes, at rettighedshavere i sådanne tilfælde »bør [...] have en rimelig kompensation«<sup>59</sup> for anvendelsen af deres værker. Rafael anfører, at kompensationen ikke er obligatorisk, eftersom verbet er i konditionalis. Irland har også henvist til medlemsstaternes ret til at indrømme undtagelser.

60. Det er korrekt, at artikel 5 i direktivet indeholder en »udtømmende opregning af undtagelser og indskrænkninger til [...] retten til overføring til almenheden«<sup>60</sup>. Ingen har imidlertid forklaret<sup>61</sup>, hvilke af disse undtagelser der eventuelt kunne finde anvendelse i nærværende sag. Argumentet vedrørende brugen af konditionalis i den spanske udgave (hvilket er ganske normalt i betragtninger) kan hverken holde over for en formålstolkning eller en sammenligning med andre sprogudgaver.

61. For det andet anfører Rafael og den østrigske regering, at hotellets videresendelse til hotelværelserne ikke falder ind under

59 — Min fremhævelse. Det tilsvarende begreb i den spanske udgave, som formodentlig gav anledning til argumentet, er »deberian«. I den franske udgave af direktivet anvendes imidlertid verbet »doivent«.

60 — Betragtning 32, min fremhævelse.

61 — Heller ikke som svar på et spørgsmål fremsat på retsmødet.

58 — Punkt 25.

ophavsretsdirektivets artikel 3, stk. 1, da denne bestemmelse i kraft af udtrykket »trådbunden eller trådløs overføring« har fokus på overføring over længere afstande. Denne fortolkning støttes efter disse parter opfattelse af betragtning 23, hvori det anføres, at retten *kun* dækker »overføring til den del af almenheden, som ikke befinder sig på det sted, hvorfra overføringen finder sted«. Det fremgår således, at der ikke er sket en fuldstændig harmonisering af bestemmelserne vedrørende overføring til almenheden, og at det kun er overføring over længere afstande — som f.eks. radiotransmission (»trådløs transmission«) eller kabeltransmission (»trådbunden transmission«) — der er blevet harmoniseret. Rafael og den østrigske regering konkluderer, at hvis alle overføringer, også de rent successive, er offentlige og dermed udgør en overføring til almenheden, vil det have som (formodentlig utilsigtet) konsekvens, at modtagelse af tv-udsendelser i private hjem også udgør en overføring til almenheden.

62. Jeg har allerede gjort rede for, hvorfor jeg mener, at argumentet om, at direktivet ikke til fulde harmoniserer begrebet »overføring til almenheden«, er uholdbart.

63. Jeg accepterer heller ikke argumentet om, at en »overføring til almenheden« forudsætter fysisk afstand. Rent bortset fra de åbenlyse vanskeligheder forbundet med at gøre en så vilkårlig betingelse anvendelig —

hvor skulle grænsen trækkes — kan der ikke findes nogen som helst støtte for dette synspunkt i tilblivelseshistorien for artikel 11a, stk. 1, i Bernerkonventionen. Tværtimod peger den på, som behandlet i det ovenstående, at det relevante kriterium er udvidelse af kredsen af modtagere af den oprindelige transmission foretaget af en anden organisation end den oprindelige. Det er klart, at en given transmissionsteknik skal kunne fungere over afstande<sup>62</sup>, men det forhold, at afstanden i et konkret tilfælde er lille, undergraver ikke dette kriterium. Omvendt er det kriterium, der anvendes i betragtning 23 til direktivet, nemlig at »overføring til almenheden« omfatter »enhver overføring til den del af almenheden, som ikke befinder sig på det sted, hvorfra overføringen finder sted«<sup>63</sup>, en anvendelig test, som ikke indebærer kvantificering af afstand.

64. Hvad angår Rafaels og den østrigske regerings resterende argument om, at hvis »successive« overføringer er at betragte som værende offentlige, vil også modtagelse af tv-udsendelser i private hjem henhøre under definitionen, forekommer det på grundlag af WIPO Guide og Glossary klart (hvilket også almindelig sund fornuft tilsiger), at dette ikke er den logiske konsekvens. Som anført i WIPO-Guide, »opfatter ophavsmanden kun tilladelsen til at transmittere hans værker som omfattende det direkte publikum, der

62 — I WIPO Glossary defineres »spredning af tegn, lyde og billeder« i henhold til artikel 11a, stk. 1, nr. i), som »enhver teknik til transmission af værker eller andre lydprogrammer og/eller visuelle programmer og information til offentlig modtagelse over afstande ved hjælp af trådløs eller trådbunden transmission«.

63 — Min fremhævelse.

modtager signalet i deres private hjem«<sup>64</sup>. Denne fortolkning understøttes af definitionen i WIPO Glossary af »overføring til almenheden« som »det, at et værk gøres tilgængeligt [...] på enhver hensigtsmæssig måde i forhold til alle, dvs. ikke begrænset til særlige medlemmer af en privat gruppe«<sup>65</sup>. Endvidere bemærkes, at i det omfang kriteriet om økonomisk vinding for den udbydende organisation er relevant, giver det, med generaladvokat La Pergolas ord i hans forslag til afgørelse i Egeda-sagen, »en overbevisende forklaring på, hvorfor der ikke foreligger en offentlig gengivelse, når den direkte benytter af fjernsynet gør det beskyttede værk tilgængeligt for sin familie eller sine venner: I disse tilfælde er der ikke tale om, at en tredjemand foretager en anden-gangsanvendelse af det udsendte værk, men blot om, at den pågældende stiller apparaterne til rådighed for en modtagelse af førstegangsudsendelsen uden noget vindingsøjemed«<sup>66</sup>. Endelig vedrører såvel Bernerkonventionen som WCT og ophavsretsdirektivet alle beskyttelsen af ophavsmandens økonomiske rettigheder. Det er vanskeligt at se, hvordan overføring til private kredse kunne skade disse rettigheder.

ikke er tale om en overføring til almenheden, når beskyttede værker videresendes til eller gøres tilgængelige på fjernsynsapparater i disse værelser, hvor de kan ses af gæsterne (og måske også af gæsternes familie og venner, som er på besøg i værelset). Den bemærker, at Domstolen, hovedsageligt med henvisning til artikel 8 i den europæiske menneskerettighedskonvention<sup>67</sup>, har anerkendt, at kravet om en beskyttelse mod offentlige myndigheders vilkårlige eller uforholdsmæssige indgreb i forhold af privat karakter er et generelt fællesskabsretligt princip<sup>68</sup>. Fællesskabslovgiver må forventes at tage højde for dette princip ved vedtagelsen af afledt fællesskabsret, som f.eks. ophavsretsdirektivet. Det er derfor relevant for fortolkningen af direktivets artikel 3, stk. 1.

65. For det tredje anfører Irland, at det private aspekt ved hotelværelser gør, at der

66. Jeg kan imidlertid ikke se, hvordan artikel 8 i den europæiske menneskerettighedskonvention, der vedrører beskyttelsen af privatpersoner mod indgreb fra det offentlige side i udøvelsen af deres ret til respekt for privatliv og familieliv, kan være af relevans, om så blot analogt, ved fortolkningen af en bestemmelse, der har til formål

64 — Punkt 11a, nr. 12.

65 — Se tilsvarende S. Ricketson, op.cit. fodnote 48, s. 432, 433 (punkt 8.71) og 453 (punkt 8.88) og J. Reinbothe og S. von Lewinski, op.cit. fodnote 35, s. 107, punkt 12.

66 — Punkt 24.

67 — Artikel 8 fastsætter retten til respekt for privatliv og familieliv og forbyder enhver offentlig myndighed at gøre indgreb i udøvelsen af denne ret (undtagen for så vidt det sker af hensyn til offentlige interesser).

68 — Irland citerer dom af 21.9.1989, forenede sager 46/87 og 227/88, Hoechst mod Kommissionen, Sml. s. 2859, præmis 19, og af 22.10.2002, sag C-94/00, Roquette Frères, Sml. I, s. 9011, præmis 27 og 29.

at harmonisere ophavsrettigheder. Mere generelt er jeg enig med generaladvokat La Pergola i hans stillingtagen til et tilsvarende argument i forslaget til afgørelse i Egeda-sagen<sup>69</sup>. Generaladvokaten bestred ikke, at »et hotelværelse er et sted, som hører til en persons eller hans families private eller hjemlige sfære« hvad angår beskyttelsen af de grundlæggende rettigheder, men han fortsatte: »Den juridiske skillelinje mellem privat og offentligt er imidlertid ikke nødvendigvis den samme med hensyn til beskyttelsen af ophavsretten. Det er ikke tilfældigt, at kriteriet om boligens private eller offentlige karakter er et spørgsmål, som ikke blot ligger uden for ordlyden af, men også formålet med konventionens artikel 11a, der ikke kræver nogen tilladelse fra ophavsmanden til viderespredning på et offentligt sted eller på et sted, som er tilgængeligt for offentligheden, men derimod til foranstaltninger, hvorved værket gøres tilgængeligt for offentligheden. For at betegne en gengivelse som offentlig kan det materielle indhold af begrebet »offentlig« heller ikke være afgørende, hvilket begreb normalt defineres således, at der ikke er særlige personlige forbindelser mellem personerne i en gruppe eller mellem disse og den, som forestår arrangementet.«

67. Endelig gør Rafael og Irland gældende, at der ikke er tale om »overføring til almenheden« i nærværende sag, da spørgsmålet om, hvorvidt der faktisk modtages et givet transmitteret tv-program, afhænger af, om en

hotelgæst tænder for fjernsynet på sit værelse og vælger en bestemt kanal. Jeg står nok engang i gæld til generaladvokat La Pergola, som allerede har formuleret et svar vedrørende dette punkt. Han fastslår i sit forslag til afgørelse i Egeda-sagen,<sup>70</sup> at dette argument »er uforeneligt med et af de grundlæggende principper i ophavsretten, nemlig princippet om, at rettighedshaveren ikke modtager vederlag for den faktiske udnyttelse af værket, men for den blotte retlige mulighed herfor. Man kan her eksempelvis tænke på en forlagsvirksomhed, som er forpligtet til at betale ophavsmanden afgifter af de eksemplarer, som sælges af en roman, uanset om disse læses af køberne eller ej. På tilsvarende måde kan et hotel, som foretager en intern viderespredning pr. kabel — der er samtidig, uforkortet og uændret — af en førsteudsendelse, der modtages via satellit, ikke nægte at betale ophavsmanden det vederlag, der tilkommer ham, under henvisning til, at udsendelsen ikke er blevet set af alle de potentielle seere, som har mulighed for at følge udsendelserne i de fjernsynsapparater, der er opstillet i de enkelte værelser«.

68. Jeg mener således, at svaret på andet og tredje spørgsmål bør være, at overføring ved hjælp af fjernsynsapparater, som et signal, som hotellet forinden har modtaget, sendes til, udgør en »overføring til almenheden« i den betydning, hvori dette udtryk anvendes i artikel 3, stk. 1, i ophavsretsdirektivet.

69 — Nævnt i fodnote 18, punkt 23.

70 — Nævnt i fodnote 18, punkt 22.

## Forslag til afgørelse

69. På baggrund af ovenstående grunde mener jeg, at de præjudicielle spørgsmål fra Audiencia Provincial de Barcelona (Spanien) bør besvares som følger:

### »Spørgsmål 1

- Placering af fjernsynsapparater i hotelværelser, som ved hjælp af et kabel tilføres fjernsynssignaler, der modtages ved hjælp af satellit eller jordbaseret transmission, udgør ikke en »overføring til almenheden« i den betydning, hvori dette udtryk anvendes i artikel 3, stk. 1, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2001/29/EF af 22. maj 2001 om harmonisering af visse aspekter af ophavsret og beslægtede rettigheder i informationssamfundet.

### Spørgsmål 2 og 3

- Overføring ved hjælp af fjernsynsapparater, som et signal, som hotellet forinden har modtaget, sendes til, udgør en »overføring til almenheden« i den betydning, hvori dette udtryk anvendes i artikel 3, stk. 1, i direktiv 2001/29.«