

СЪД НА ЕВРОПЕЙСКИЯ СЪЮЗ
TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA
SOUDNÍ DVŮR EVROPSKÉ UNIE
DEN EUROPÆISKE UNIONS DOMSTOL
GERICHTSHOF DER EUROPÄISCHEN UNION
EUROOPA LIIDU KOHUS
ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΟ ΤΗΣ ΕΥΡΩΠΑΪΚΗΣ ΕΝΩΣΗΣ
COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION
COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE
CÚIRT BHREITHIÚNAIS AN AONTAIS EORPAIGH
CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA
EIROPAS SAVIENĪBAS TIESA



EUROPOS SĄJUNGOS TEISINGUMO TEISMAS
AZ EURÓPAI UNIÓ BÍRÓSÁGA
IL-QORTI TAL-GUSTIZZJA TAL-UNJONI EWROPEA
HOF VAN JUSTITIE VAN DE EUROPESE UNIE
TRYBUNAŁ SPRAWIEDLIWOŚCI UNII EUROPEJSKIEJ
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA
CURTEA DE JUSTIȚIE A UNIUNII EUROPENE
SÚDNY DVOR EURÓPSKEJ ÚNIE
SODIŠČE EVROPSKE UNIJE
EUROOPAN UNIONIN TUOMIOISTUIN
EUROPEISKA UNIONENS DOMSTOL

DOMSTOLENS DOM (Tredje Afdeling)

26. april 2012 *

»Tilnærmelse af lovgivningerne – ophavsret og beslægtede rettigheder – direktiv 2001/29/EF – artikel 5, stk. 2, litra d) – retten til overføring af værker til almenheden – undtagelse fra retten til reproduktion – efemere optagelser af værker foretaget af radio- og fjernsynsforetagender ved hjælp af egne midler og til egne udsendelser – optagelser foretaget ved hjælp af tredjemands midler – radio- og fjernsynsforetagendets forpligtelse til at erstatte enhver skade, der forvoldes af tredjemands handlinger og undladelser«

I sag C-510/10,

angående en anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 267 TEUF, indgivet af Østre Landsret (Danmark) ved afgørelse af 18. oktober 2010, indgået til Domstolen den 25. oktober 2010, i sagen:

DR

TV2 Danmark A/S

mod

NCB – Nordisk Copyright Bureau,

har

DOMSTOLEN (Tredje Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, K. Lenaerts, og dommerne J. Malenovský (refererende dommer), R. Silva de Lapuerta, E. Juhász og D. Šváby,

generaladvokat: V. Trstenjak

justitssekretær: fuldmægtig C. Strömholm,

* Processprog: dansk.

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 24. november 2011,

efter at der er afgivet indlæg af:

- DR og TV2 Danmark A/S ved advokat H. Samuelsen Schütze
- NCB – Nordisk Copyright Bureau ved advokat P.H. Schmidt
- den spanske regering ved N. Díaz Abad, som befuldmægtiget
- Europa-Kommissionen ved J. Samnadda og H. Støvlbæk, som befuldmægtigede,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse i retsmødet den 17. januar 2012,

afsagt følgende

Dom

- 1 Anmodningen om præjudiciel afgørelse vedrører fortolkningen af artikel 5, stk. 2, litra d), i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2001/29/EF af 22. maj 2001 om harmonisering af visse aspekter af ophavsret og beslægtede rettigheder i informationssamfundet (EFT L 167, s. 10) og 41. betragtning hertil, der fastsætter en undtagelse til ophavsmandens eneret til gengivelse af sit værk vedrørende »efemere optagelser af værker foretaget af radio- og fjernsynsforetagender ved hjælp af egne midler og til egne udsendelser«.
- 2 Anmodningen er indgivet i forbindelse med en sag mellem på den ene side DR og TV2 Danmark A/S (herefter »TV2 Danmark«), der begge er danske radio- og fjernsynsforetagender, og på den anden side NCB – Nordisk Copyright Bureau (herefter »NCB«), der er et copyrightselskab, vedrørende optagelser, der er foretaget i forbindelse med fjernsynsprogrammer, som af disse radio- og fjernsynsforetagender er bestilt hos tredjemand med henblik på radio- og fjernsynsforetagendernes egne udsendelser.

Retsforskrifter

International ret

WIPO-traktaten om ophavsret

- 3 Verdensorganisationen for Intellektuel Ejendomsret (WIPO) vedtog den 20. december 1996 i Genève WIPO-traktaten om ophavsret. Denne traktat blev

godkendt på vegne af Det Europæiske Fællesskab ved Rådets afgørelse 2000/278/EF af 16. marts 2000 (EFT L 89, s. 6).

- 4 WIPO-traktaten om ophavsret fastsætter i artikel 1, stk. 4, at de kontraherende parter skal iagttage artikel 1-21 i Bernerkonventionen til værn for litterære og kunstneriske værker (Parisakten af 24.7.1971), som affattet efter ændring af 28. september 1979 (herefter »Bernerkonventionen«).

Bernerkonventionen

- 5 Artikel 1 i Bernerkonventionen bestemmer:

»De lande, for hvilke denne konvention er gældende, udgør en union til værn for ophavsmændenes rettigheder til deres litterære og kunstneriske værker.«

- 6 Bernerkonventionens artikel 11 bis fastsætter:

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

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

[...]

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

EU-retten

- 7 41. betragtning til direktiv 2001/29 lyder:

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

- 8 Dette direktivs artikel 2 med overskriften »Retten til reproduktion« fastsætter:

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

a) for ophavsmænd for så vidt angår deres værker

[...]«

- 9 Direktivets artikel 3, stk. 1, med overskriften »Retten til overføring af værker til almenheden og retten til tilrådighedsstillelse for almenheden af andre frembringelser« bestemmer:

»Medlemsstaterne tillægger ophavsmænd eneret til at tillade eller forbyde trådbunden eller trådløs overføring til almenheden af deres værker, herunder tilrådighedsstillelse af deres værker på en sådan måde, at almenheden får adgang til dem på et individuelt valgt sted og tidspunkt.«

- 10 Samme direktivs artikel 5 med overskriften »Undtagelser og indskrænkninger« fastsætter i stk. 2 og 5:

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

[...]

d) efemere optagelser af værker foretaget af radio- og fjernsynsforetagender ved hjælp af egne midler og til egne udsendelser; bevarelse af sådanne optagelser i officielle arkiver kan tillades, når der er tale om optagelser af exceptionel dokumentarisk karakter

[...]

5. Undtagelser og indskrænkninger efter stk. 1, 2, 3 og 4 må kun anvendes i visse specielle tilfælde, der ikke strider mod den normale udnyttelse af værket eller andre frembringelser og ikke indebærer urimelig skade for rettighedshaverens legitime interesser.«

Nationale bestemmelser

- 11 § 31 i lov om ophavsret, således som den fremgår af lovbekendtgørelse nr. 202 af 27. februar 2010 (herefter »ophavsretsloven«), fastsætter:

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

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

Twisten i hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål

- 12 Sagsøgerne i hovedsagen er DR, der er et licensfinansieret landsdækkende radio- og fjernsynsforetagende, der er forpligtet til som selvstændig offentlig institution at udøve public service-programvirksomhed, og TV2 Danmark, som er et kommercielt finansieret landsdækkende fjernsynsforetagende, der ligeledes har pligt til at udøve public service-programvirksomhed.
- 13 De radio- og fjernsynsprogrammer, der udsendes af DR og TV2 Danmark, kan være programmer, der er produceret internt, eller programmer, der er produceret af tredjemand efter nærmere aftale med henblik på førstegangsendelse via DR eller TV2 Danmark.
- 14 Sagsøgte i hovedsagen, NCB, er et selskab, der administrerer rettighederne til indspilning og kopiering af musikværker for sangskrivere, komponister og musikforlag i flere nordiske og baltiske lande.
- 15 Hovedsagen vedrører spørgsmålet, om undtagelsen vedrørende efemere optagelser ligeledes omfatter de optagelser, der foretages af eksterne og retligt uafhængige tv-produktionsselskaber i tilfælde, hvor disse optagelser er bestilt af DR eller TV2 Danmark hos de pågældende tv-produktionsselskaber med henblik på førstegangsendelse via DR eller TV2 Danmark.
- 16 DR og TV2 Danmark har gjort gældende, at det er uden betydning for indehaverne af ophavsrettigheder, om optagelse til brug for udsendelse foretages af ansatte hos det udsendende radio- og fjernsynsforetagende på dettes udstyr, eller om optagelsen foretages af en ansat hos tredjemand, som det udsendende radio- og fjernsynsforetagende har bestilt tv-produktionen hos, på denne tredjemands udstyr. DR og TV2 Danmark har endvidere gjort gældende, at § 31 i ophavsretsloven ikke indeholder nogen betingelse om, at radio- og fjernsynsforetagenderne er forpligtet til at foretage optagelserne »ved hjælp af egne midler«. Det er således efter dansk ret uden betydning for anvendelsen af undtagelsen vedrørende optagelse til brug for udsendelse, om det er ansatte hos radio- og fjernsynsforetagendet eller hos tredjemand, der har foretaget optagelserne.
- 17 Heroverfor har NCB anført, at EU-retten pålægger en betingelse vedrørende optagelsen, hvorefter denne skal foregå »ved hjælp af egne midler«, og at denne betingelse ligeledes finder anvendelse i henhold til ophavsretsloven. Endvidere har NCB anført, at betingelsen om optagelse »ved hjælp af egne midler« alene er opfyldt, såfremt den eksterne uafhængige producent handler på radio- og fjernsynsforetagendets vegne og under dettes ansvar. NCB har videre gjort gældende, at udtrykket »handler på radio- og fjernsynsforetagendets vegne og

under dette foretagendes ansvar« skal fortolkes således, at radio- og fjernsynsforetagendet over for tredjemand er ansvarlig for producentens handlinger og eventuelle undladelser, som om det nævnte foretagende selv havde foretaget optagelserne.

18 På det grundlag har Østre Landsret besluttet at udsætte sagen og forelægge følgende præjudicielle spørgsmål for Domstolen:

- »1) Skal udtrykkene »ved hjælp af egne midler« i [...] artikel 5, stk. 2, litra d), [i direktiv 2001/29/EF] og »på radio- og fjernsynsforetagendets vegne og under dette foretagendes ansvar« i [41. betragtning til] samme direktiv [...] fortolkes i henhold til national ret eller fællesskabsretten?
- 2) Skal det, som i den danske, engelske og franske sprogversion af [...] artikel 5, stk. 2, litra d), [i direktiv 2001/29/EF], lægges til grund, at ordlyden af bestemmelsen er »på radio- og fjernsynsforetagendets vegne og under dette foretagendes ansvar«, eller skal det lægges til grund, som i den tyske sprogversion, at ordlyden af bestemmelsen er »på radio- og fjernsynsforetagendets vegne eller under dette foretagendes ansvar«?
- 3) Under forudsætning af, at de i spørgsmål 1 anførte udtryk skal fortolkes i henhold til [unionsretten], spørges: Hvilke kriterier skal den nationale domstol lægge til grund ved den konkrete vurdering af, om en optagelse foretaget af tredjemand (herefter [...] »[p]roducenten«) til brug for et radio- og fjernsynsforetagendes udsendelser er foretaget »ved hjælp af egne midler«, herunder »på radio- og fjernsynsforetagendets vegne [og/eller] under dette foretagendes ansvar«, således at optagelsen er omfattet af den i artikel 5, stk. 2, litra d), [i direktiv 2001/29] hjemlede undtagelse?

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

- a) Skal begrebet »egne midler« i artikel 5, stk. 2, litra d), i direktiv 2001/29/[...] forstås således, at en optagelse foretaget af [p]roducenten til brug for et radio- og fjernsynsforetagendes udsendelser alene er omfattet af den ved artikel 5, stk. 2, litra d), hjemlede undtagelse, såfremt radio- og fjernsynsforetagendet over for tredjemand hæfter for [p]roducentens handlinger og undladelser relateret til optagelsen, som om radio- og fjernsynsforetagendet selv havde foretaget disse handlinger og undladelser?
- b) Er betingelsen om, at optagelsen skal foretages »på radio- og fjernsynsforetagendets vegne [og/eller] under dets ansvar«, opfyldt, såfremt et radio- og fjernsynsforetagende har bestilt [p]roducenten til at foretage optagelsen med det formål, at det pågældende radio- og fjernsynsforetagende kan udsende den pågældende optagelse, og under

forudsætning af, at det pågældende radio- og fjernsynsforetagende har ret til at udsende den pågældende optagelse?

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

- i) [o]m det er radio- og fjernsynsforetagendet eller [p]roducenten, der i henhold til disse parter aftale har den sidste og afgørende kunstneriske/redaktionelle beslutning vedrørende det bestilte programs indhold
 - ii) [o]m radio- og fjernsynsforetagendet over for tredjemand hæfter for [p]roducentens forpligtelser relateret til optagelsen, som om radio- og fjernsynsforetagendet selv havde foretaget disse handlinger og undladelser
 - iii) [o]m [p]roducenten i henhold til aftalen med radio- og fjernsynsforetagendet er kontraktuelt forpligtet til at levere det pågældende program til radio- og fjernsynsforetagendet til en bestemt pris og inden for denne pris er forpligtet til at afholde alle udgifter, der måtte være forbundet med optagelsen
 - iv) [o]m det er radio- og fjernsynsforetagendet eller [p]roducenten, der har ansvaret for den pågældende optagelse over for tredjemand?
- c) Er betingelsen om, at optagelsen skal foretages »på radio- og fjernsynsforetagendets vegne [og/eller] under dettes ansvar«, opfyldt, såfremt et radio- og fjernsynsforetagende har bestilt [p]roducenten til at foretage optagelsen med det formål, at det pågældende radio- og fjernsynsforetagende kan udsende den pågældende optagelse, og under forudsætning af, at det pågældende radio- og fjernsynsforetagende har ret til at udsende den pågældende optagelse, såfremt [p]roducenten i aftalen med radio- og [fjernsyns]foretagendet vedrørende optagelsen har påtaget sig det økonomiske og juridiske ansvar for (i) afholdelse af samtlige de med optagelsen forbundne udgifter mod betaling af et forud fastsat beløb, (ii) ansvaret for køb af rettigheder samt (iii) ansvaret for uforudsete forhold, herunder forsinkelse af optagelsen og misligholdelsesansvar, men uden at radio- og fjernsynsforetagendet over for tredjemand hæfter for [p]roducentens forpligtelser relateret til optagelsen, som om radio- og fjernsynsforetagendet selv havde foretaget disse handlinger og undladelser?«

Om de præjudicielle spørgsmål

Formaliteten

- 19 DR og TV2 Danmark har som radio- og fjernsynsforetagender rejst indsigelse mod, at de forelagte spørgsmål antages til behandling, idet de har anført, at en eventuel besvarelse af spørgsmålene under alle omstændigheder vil være uanvendelig i forhold til afgørelsen i hovedsagen.
- 20 De har anfægtet selve relevansen af direktiv 2001/29 – hvis fortolkning er genstanden for de forelagte spørgsmål – for afgørelsen af den sag, der verserer for den forelæggende ret. De har især gjort gældende, at udtrykket »ved hjælp af egne midler og til egne udsendelser«, der er indeholdt i den danske sprogversion af artikel 5, stk. 2, litra d), i direktiv 2001/29, ikke er indeholdt i § 31 i ophavsretsloven, og at det derfor ikke skal finde anvendelse i hovedsagen.
- 21 I denne henseende bemærkes, at det inden for rammerne af samarbejdet mellem Domstolen og de nationale retter i henhold til artikel 267 TEUF udelukkende tilkommer den nationale ret, hvor sagen verserer, og som har ansvaret for den retsafgørelse, der skal træffes, på grundlag af de konkrete omstændigheder i den sag, der er indbragt for den, at vurdere, såvel om en præjudiciel afgørelse er nødvendig, for at den kan afsige dom, som relevansen af de spørgsmål, den forelægger Domstolen (dom af 14.12.2006, sag C-217/05, Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio, Sml. I, s. 11987, præmis 16 og den deri nævnte retspraksis).
- 22 Når spørgsmål, som er forelagt af en national ret, vedrører fortolkningen af en EU-retlig bestemmelse, er Domstolen derfor principielt forpligtet til at træffe afgørelse, medmindre det er åbenbart, at anmodningen om præjudiciel afgørelse i virkeligheden har til formål at få Domstolen til at træffe afgørelse ved hjælp af en konstrueret tvist eller at afgive responsa om generelle eller hypotetiske spørgsmål, at den fortolkning af EU-retten, der anmodes om, ikke har nogen forbindelse med realiteten i hovedsagen eller dennes genstand, eller at Domstolen ikke råder over de faktiske og retlige oplysninger, som er nødvendige for, at den kan foretage en relevant besvarelse af de forelagte spørgsmål (dommen i sagen Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio, præmis 17 og den deri nævnte retspraksis).
- 23 Dette er imidlertid ikke tilfældet ved den foreliggende anmodning om præjudiciel afgørelse. Ingen af de ovennævnte omstændigheder, der ville kunne berettige, at Domstolen afslog at besvare anmodningen, foreligger nemlig i sagen. Det fremgår især klart af forelæggelsesafgørelsen, at besvarelsen af de forelagte spørgsmål, der vedrører fortolkningen af flere bestemmelser i EU-retten, er nødvendig for den nationale ret, for at denne kan foretage en retlig vurdering af de optagelser, der bestilles af DR eller TV2 Danmark hos eksterne og retligt uafhængige tv-produktionsselskaber, og således træffe afgørelse i den sag, der verserer for den.

- 24 Det følger heraf, at de forelagte spørgsmål kan antages til behandling og dermed skal besvares.

Det første spørgsmål

- 25 Den forelæggende ret ønsker med det første spørgsmål i det væsentlige oplyst, om udtrykket »ved hjælp af egne midler« i artikel 5, stk. 2, litra d), i direktiv 2001/29, således som uddybet i 41. betragtning til samme direktiv, skal fortolkes i henhold til national ret eller til EU-retten.
- 26 Det skal indledningsvis bemærkes, at medlemsstaterne i medfør af artikel 2 i direktiv 2001/29 i princippet tilkender ophavsmænd en eneret til at tillade eller forbyde direkte eller indirekte, midlertidig eller permanent reproduktion på en hvilken som helst måde og i en hvilken som helst form, helt eller delvis, for så vidt angår deres værker.
- 27 I henhold til samme direktivs artikel 5, stk. 2, litra d), kan medlemsstaterne imidlertid fastsætte en undtagelse eller en indskrænkning i ophavsmandens eneret til reproduktion af dennes værker for så vidt angår efemere optagelser af værker foretaget af radio- og fjernsynsforetagender »ved hjælp af egne midler« og til egne udsendelser.
- 28 Det skal først fastslås, at ordlyden af sidstnævnte bestemmelse er direkte inspireret af ordlyden af Bernerkonventionens artikel 11 bis, stk. 3.
- 29 For så vidt angår Bernerkonventionen er EU, selv om den ikke er kontraherende part i denne konvention, imidlertid i henhold til artikel 1, stk. 4, i WIPO-traktaten om ophavsret, hvori den er part, og som udgør en del af EU's retsorden, og som direktiv 2001/29 har til formål at gennemføre, forpligtet til at efterkomme artikel 1-21 i Bernerkonventionen (jf. i denne retning dom af 4.10.2011, forenede sager C-403/08 og C-429/08, Football Association Premier League m.fl., endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 189 og den deri nævnte retspraksis). Følgelig er EU forpligtet til at efterkomme bl.a. artikel 11 bis i Bernerkonventionen (jf. analogt dom af 9.2.2012, sag C-277/10, Luksan, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 59).
- 30 Denne konventions artikel 11 bis, stk. 3, forbeholder udtrykkeligt Bernerunionslandenes lovgivninger at fastsætte bestemmelser med hensyn til efemere optagelser, der foretages af et radio- og fjernsynsforetagende ved hjælp af egne midler og til egne udsendelser.
- 31 Under disse omstændigheder kan EU-lovgiver med vedtagelsen af direktiv 2001/29/EF om harmonisering af visse aspekter af ophavsret og beslægtede rettigheder i informationssamfundet anses for at have udøvet den kompetence, der tidligere var forbeholdt medlemsstaterne på området for intellektuel ejendomsret. EU skal på anvendelsesområdet for dette direktiv anses for at være trådt i stedet for medlemsstaterne, der ikke længere er kompetente til at gennemføre de

relevante bestemmelser i Bernerkonventionen (jf. i denne retning Luksandommen, præmis 64).

- 32 Det er på det grundlag, at EU-lovgiver har tillagt medlemsstaterne en mulighed for i deres nationale ret at indføre en undtagelse med hensyn til efemere optagelser, således som fastsat i artikel 5, stk. 2, litra d), i direktiv 2001/29, og uddybet rækkevidden af denne undtagelse ved i 41. betragtning til dette direktiv at anføre, at et radio- og fjernsynsføretagendes egne midler omfatter midler tilhørende en person, der handler »på radio- og fjernsynsføretagendets vegne [og/eller] under dette føretagendes ansvar«.
- 33 Det bemærkes dernæst, at ifølge fast retspraksis følger det såvel af kravene om en ensartet anvendelse af EU-retten som af lighedsprincippet, at en bestemmelse i EU-retten, der ikke indeholder nogen udtrykkelig henvisning til medlemsstaternes ret med henblik på at fastlægge dens betydning og rækkevidde, normalt skal undergives en selvstændig og ensartet fortolkning i hele Den Europæiske Union (jf. bl.a. dom af 18.1.1984, sag 327/82, Ekro, Sml. s. 107, præmis 11, af 19.9.2000, sag C-287/98, Linster, Sml. I, s. 6917, præmis 43, af 16.7.2009, sag C-5/08, Infopaq International, Sml. I, s. 6569, præmis 27, og af 18.10.2011, sag C-34/10, Brüstle, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 25).
- 34 Teksten i direktiv 2001/29 indeholder imidlertid ingen henvisning til national ret for så vidt angår betydningen af udtrykket »ved hjælp af egne midler« i dette direktivs artikel 5, stk. 2, litra d). Det følger således heraf, at dette udtryk med henblik på anvendelsen af direktivet skal anses for at udgøre et selvstændigt begreb i EU-retten, som skal fortolkes ensartet på Unionens område.
- 35 Denne konklusion underbygges af genstanden for og formålet med direktiv 2001/29. Formålet med direktiv 2001/29 – som navnlig er baseret på artikel 95 EF og tilsigter at harmonisere visse aspekter af ophavsretten og beslægtede rettigheder i informationssamfundet samt sikre, at konkurrencen i det indre marked ikke fordrejes som følge af medlemsstaternes forskelligartede lovgivninger (dom af 12.9.2006, sag C-479/04, Laserdisken, Sml. I, s. 8089, præmis 26 og 31-34) – medfører således, at der udvikles selvstændige EU-retlige begreber. EU-lovgivers vilje til at nå frem til en ensartet fortolkning af begreberne i direktiv 2001/29 afspejles bl.a. i 32. betragtning til direktivet, hvorved medlemsstaterne opfordres til at anvende undtagelserne fra og indskrænkningerne i retten til reproduktion på ensartet vis med henblik på at sikre det indre markeds funktion.
- 36 Selv om medlemsstaterne, således som anført i denne doms præmis 32, har mulighed for at indføre en undtagelse vedrørende de efemere optagelser i national ret, ville en fortolkning, hvorefter de medlemsstater, der har gjort brug af den ret, EU-retten har tillagt dem, og indført en sådan undtagelse, frit og på ikke-harmoniseret vis kunne præcisere parametrene, herunder arten af de midler, der finder anvendelse ved føretagelsen af de efemere optagelser, være i strid med

nævnte direktivs formål, således som gengivet i den foregående præmis, i det omfang parametrene for denne undtagelse ville kunne variere fra en medlemsstat til en anden og følgelig ville kunne skabe potentielle forskelle (jf. analogt for så vidt angår begrebet »rimelig kompensation« i artikel 5, stk. 2, litra b), i direktiv 2001/29 dom af 21.10.2010, sag C-467/08, Padawan, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 34-36).

- 37 Under hensyntagen til ovenstående betragtninger skal det første spørgsmål besvares med, at udtrykket »ved hjælp af egne midler« i artikel 5, stk. 2, litra d), i direktiv 2001/29 skal undergives en selvstændig og ensartet fortolkning inden for EU-rettens rammer.

Det andet spørgsmål

- 38 Med det andet spørgsmål ønsker den forelæggende ret oplyst, om artikel 5, stk. 2, litra d), i direktiv 2001/29 i lyset af 41. betragtning hertil skal fortolkes således, at et radio- og fjernsynsforetagendes egne midler omfatter midler tilhørende en person, der handler »på radio- og fjernsynsforetagendets vegne og under dette foretagendes ansvar«, eller således, at et radio- og fjernsynsforetagendes egne midler omfatter midler tilhørende en person, der handler »på radio- og fjernsynsforetagendets vegne eller under dette foretagendes ansvar«.
- 39 Det skal indledningsvis fastslås, at der er en forskel mellem de forskellige sprogversioner af 41. betragtning til direktiv 2001/29.
- 40 I visse af sprogversionerne (den tjekkiske, tyske og maltesiske) fastsætter denne betragtning, at et radio- og fjernsynsforetagendes egne midler omfatter midler tilhørende en person, der handler »på radio- og fjernsynsforetagendets vegne eller under dette foretagendes ansvar«. Det fremgår umiddelbart af en sådan ordlyd, at for at optagelser, der er foretaget af et radio- og fjernsynsforetagende til egne udsendelser, men med tredjemands midler, kan være omfattet af undtagelsen om efemere optagelser i artikel 5, stk. 2, litra d), i direktiv 2001/29, er det tilstrækkeligt, at den pågældende tredjemand handler enten »på vegne« af radio- og fjernsynsforetagendet eller »under dette foretagendes ansvar«.
- 41 I andre af sprogversionerne, der er klart i flertal (den bulgarske, spanske, danske, estiske, græske, engelske, franske, lettiske, litauiske, ungarske, nederlandske, polske, rumænske, slovakiske, slovenske, finske og svenske), er 41. betragtning til direktiv 2001/29 derimod udformet således, at et radio- og fjernsynsforetagendes egne midler omfatter midler tilhørende en person, der handler »på radio- og fjernsynsforetagendets vegne og under dette foretagendes ansvar«. Det fremgår ved en første gennemlæsning af denne version af teksten, at for at et radio- og fjernsynsforetagendes optagelser til egne udsendelser, men ved hjælp af tredjemands midler er omfattet af undtagelsen om efemere optagelser i artikel 5, stk. 2, litra d), i direktiv 2001/29, er det nødvendigt, at den pågældende tredjemand opfylder de to foranstående betingelser.

- 42 Med det andet spørgsmål ønsker den forelæggende ret således i det væsentlige oplyst, om de to betingelser i 41. betragtning til direktiv 2001/29 skal forstås som værende af alternativ eller kumulativ karakter.
- 43 Det skal først understreges, at en ren ordlydsfortolkning af den pågældende betragtning ikke i sig selv gør det muligt at besvare det forelagte spørgsmål, idet en sådan fortolkning uundgåeligt fører til et resultat *contra legem* set i lyset af enten den ene eller den anden af de sprogvarianter, der er nævnt ovenfor.
- 44 Ifølge fast retspraksis kan den formulering, der er anvendt i en af sprogversionerne af en EU-retlig bestemmelse, ikke alene tjene som grundlag for bestemmelsens fortolkning eller i denne henseende tillægges større betydning end de øvrige sprogversioner. Dette ville nemlig være i strid med kravet om en ensartet anvendelse af EU-retten (jf. dom af 12.11.1998, sag C-149/97, *Institute of the Motor Industry*, Sml. I, s. 7053, præmis 16, og af 3.4.2008, sag C-187/07, *Endendijk*, Sml. I, s. 2115, præmis 23).
- 45 På det grundlag skal den omhandlede bestemmelse i tilfælde af forskel mellem to sprogvarianter af en tekst i EU-retten fortolkes ud fra konteksten og formålet med det regelsæt, hvori den udgør et element (jf. i denne retning dom af 27.10.1977, sag 30/77, *Bouchereau*, Sml. s. 1999, præmis 14, af 7.12.2000, sag C-482/98, *Italien mod Kommissionen*, Sml. I, s. 10861, præmis 49, og af 1.4.2004, sag C-1/02, *Borgmann*, Sml. I, s. 3219, præmis 25).
- 46 Hvad angår den kontekst, hvori 41. betragtning til direktiv 2001/29 indgår, bemærkes, at det i princippet følger af direktivets artikel 2, at reproduktion af et beskyttet værk er betinget af ophavsmandens tilladelse.
- 47 Det fremgår imidlertid af nævnte direktivs artikel 5, stk. 2, litra d), at de radio- og fjernsynsforetagender, der i de medlemsstater, der har besluttet det, har tilladelse til at udsende det beskyttede værk, undtagelsesvis og i tillæg til udsendelsen kan foretage »efemere« optagelser af værket uden at være forpligtet til at anmode ophavsmanden om tilladelse til en sådan optagelse.
- 48 I denne henseende kræver såvel Bernerkonventionens artikel 11 bis, stk. 3, som artikel 5, stk. 2, litra d), i direktiv 2001/29, der har til formål at gennemføre den anførte konventionsbestemmelse, at de pågældende efemere optagelser foretages ved hjælp af de nævnte radio- og fjernsynsforetagenders »egne midler«.
- 49 I overensstemmelse med sidstnævnte bestemmelse, set i lyset af 41. betragtning til direktiv 2001/29, omfatter begrebet vedrørende et radio- og fjernsynsforetagendes »egne midler«, når undtagelsen om efemere optagelser anvendes, de midler, som tilhører en person, der handler på radio- og fjernsynsforetagendets vegne og/eller under dette foretagendes ansvar.
- 50 Denne bestemmelse kræver således ikke, når henses til nævnte betragtning, at efemere optagelser skal foretages af radio- og fjernsynsforetagendet selv, idet det

heri oplyses, at såfremt tredjemand foretager de nævnte optagelser, antages disse at være foretaget med radio- og fjernsynsforetagendets »egne midler«.

- 51 Med dette krav har EU-lovgiver ønsket at opretholde en tæt forbindelse mellem den nævnte tredjemand og radio- og fjernsynsforetagendet, der sikrer, at førstnævnte ikke uafhængigt kan udnytte undtagelsen om efemere optagelser, som kun radio- og fjernsynsforetagendet skal være begunstiget af.
- 52 Det er med dette formål, at EU-lovgiver i 41. betragtning til direktiv 2001/29 har anført to tilfælde, der hver især baserer sig på et særligt forhold mellem radio- og fjernsynsforetagendet og den tredjemand, der i givet fald har fået overdraget opgaven at foretage de efemere optagelser.
- 53 Det første tilfælde, hvor tredjemand handler »på vegne« af radio- og fjernsynsforetagendet, forudsætter en direkte og umiddelbar forbindelse mellem de to parter, på grundlag af hvilken den pågældende tredjemand i princippet ikke råder over nogen selvstændig beføjelse. Denne forbindelse rejser ingen tvivl i forhold til tredjemand, idet enhver af tredjemandens handlinger pr. definition nødvendigvis må tilskrives det pågældende radio- og fjernsynsforetagende.
- 54 Det andet tilfælde, hvor tredjemand handler »under [radio- og fjernsynsforetagendets] ansvar«, indebærer en mere kompleks og indirekte forbindelse mellem de to parter, som sikrer den, til hvem opgaven er overdraget, en vis frihed i anvendelsen af sine midler, mens den beskytter de interesser en given tredjemand kan have i forhold til det pågældende radio- og fjernsynsforetagende, idet det er sidstnævnte, der over for tredjemand, herunder over for ophavsmændene, er endeligt ansvarlig for at yde erstatning for anvendelsen.
- 55 Det følger heraf, at de to betingelser, der er anført i 41. betragtning til direktiv 2001/29, hver for sig og uafhængigt af hinanden kan anses for at opfylde formålet i nævnte direktivs artikel 5, stk. 2, litra d), set i lyset af den nævnte betragtning, således som præciseret i denne doms præmis 51.
- 56 På det grundlag skal de to betingelser forstås som værende ligestillede og følgelig af alternativ karakter.
- 57 I forbindelse med vurderingen af de fortolkningsmuligheder, der foreligger for Domstolen, taler endvidere for denne løsning den omstændighed, at den sikrer radio- og fjernsynsforetagenderne en større grad af frihed til at oprette og drive egen virksomhed, således som knæsat i artikel 16 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder, idet løsningen heller ikke skader indholdet af ophavsretten.
- 58 Under hensyntagen til ovenstående betragtninger skal det andet spørgsmål besvares med, at artikel 5, stk. 2, litra d), i direktiv 2001/29, set i lyset af 41. betragtning hertil, skal fortolkes således, at et radio- og fjernsynsforetagendes

egne midler omfatter midler tilhørende enhver tredjemand, der handler på radio- og fjernsynsforetagendets vegne eller under dette foretagendes ansvar.

Det tredje spørgsmål

- 59 Med det tredje spørgsmål ønsker den forelæggende ret i det væsentlige oplyst, hvilke kriterier der skal finde anvendelse for konkret at afgøre, om en optagelse, der er foretaget af et radio- og fjernsynsforetagende til egne udsendelser ved hjælp af tredjemands midler, er omfattet af undtagelsen om efemere optagelser i artikel 5, stk. 2, litra d), i direktiv 2001/29.
- 60 Det fremgår af artikel 5, stk. 2, litra d), i direktiv 2001/29, sammenholdt med 41. betragtning hertil, således som fortolket i denne doms præmis 58, at en sådan optagelse er omfattet af undtagelsen vedrørende efemere optagelser, hvis den pågældende person kan anses for at handle enten »på vegne« af radio- og fjernsynsforetagendet eller »under dette foretagendes ansvar«.
- 61 Det følger heraf, at det først må vurderes, om den pågældende tredjemand kan anses for at handle »på vegne« af radio- og fjernsynsforetagendet. Henset til den i princippet utvetydige karakter af dette forhold, således som anført i denne doms præmis 53, vil en sådan vurdering almindeligvis fremstå klart, uden at det er nødvendigt at anføre særlige kriterier herfor.
- 62 I et tilfælde, hvor den pågældende tredjemand ikke kan antages at handle »på vegne« af radio- og fjernsynsforetagendet, må det dernæst vurderes, om den pågældende tredjemand kan anses for i det mindste at handle »under [radio- og fjernsynsforetagendets] ansvar«.
- 63 Dette vil kun være tilfældet, hvis radio- og fjernsynsforetagendet er erstatningspligtigt for enhver handling, som en sådan person har foretaget i tilknytning til reproduktionen af det beskyttede værk, bl.a. over for ophavsmænd, der er indehavere af de omhandlede rettigheder.
- 64 I forbindelse med denne vurdering er især den omstændighed vigtig, at radio- og fjernsynsforetagendet over for tredjemand, herunder ophavsmænd, hvis rettigheder kan krænkes af en ulovlig optagelse af deres værk, er forpligtet til at erstatte enhver skade, der forvoldes af de handlinger eller undladelser, som foretages af tredjemand – herunder et eksternt og retligt uafhængigt tv-produktionsselskab, der er knyttet til den pågældende optagelse – som om disse handlinger og undladelser var radio- og fjernsynsforetagendets egne.
- 65 Derimod er det ikke afgørende, således som generaladvokaten har anført i punkt 87 i forslaget til afgørelse, hvem der har truffet den endelige kunstneriske eller redaktionelle beslutning vedrørende indholdet af det reproducerede program, der er bestilt af radio- og fjernsynsforetagendet. I forhold til undtagelsesbestemmelsen i artikel 5, stk. 2, litra d), i direktiv 2001/29 har begrebet »optagelse« alene betydning forstået som et middel til teknisk reproduktion.

- 66 I lyset af ovenstående betragtninger tilkommer det den forelæggende ret at vurdere, om de omhandlede optagelser under hensyntagen til omstændighederne i hovedsagen er foretaget af en person, der kan anses for konkret at have handlet »på vegne« af radio- og fjernsynsforetagendet eller i det mindste »under dette foretagendes ansvar«.
- 67 På grundlag af ovenstående betragtninger skal det tredje forelagte spørgsmål besvares med, at for at afgøre, om en optagelse, der er foretaget af et radio- og fjernsynsforetagende til egne udsendelser ved hjælp af midler tilhørende tredjemand, er omfattet af undtagelsen om efemere optagelser i artikel 5, stk. 2, litra d), i direktiv 2001/29, tilkommer det den forelæggende ret at vurdere, om denne person under de i hovedsagen foreliggende omstændigheder kan anses for konkret at handle »på vegne« af radio- og fjernsynsforetagendet eller i det mindste »under dette foretagendes ansvar«. Med hensyn til sidstnævnte er det afgørende, at radio- og fjernsynsforetagendet over for tredjemand, herunder ophavsmænd, hvis rettigheder kan krænkes af en ulovlig optagelse af deres værk, er forpligtet til at erstatte enhver skade, der forvoldes af de handlinger eller undladelser, som foretages af tredjemand – herunder et eksternt og retligt uafhængigt tv-produktionsselskab, der er knyttet til den pågældende optagelse – som om disse handlinger og undladelser var radio- og fjernsynsforetagendets egne.

Sagens omkostninger

- 68 Da sagens behandling i forhold til hovedsagens parter udgør et led i den sag, der verserer for den forelæggende ret, tilkommer det denne at træffe afgørelse om sagens omkostninger. Bortset fra nævnte parters udgifter kan de udgifter, som er afholdt i forbindelse med afgivelse af indlæg for Domstolen, ikke erstattes.

På grundlag af disse præmisser kender Domstolen (Tredje Afdeling) for ret:

- 1) **Udtrykket »ved hjælp af egne midler« i artikel 5, stk. 2, litra d), i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2001/29/EF af 22. maj 2001 om harmonisering af visse aspekter af ophavsret og beslægtede rettigheder i informationssamfundet skal undergives en selvstændig og ensartet fortolkning inden for EU-rettens rammer.**
- 2) **Artikel 5, stk. 2, litra d), i direktiv 2001/29, set i lyset af 41. betragtning hertil, skal fortolkes således, at et radio- og fjernsynsforetagendes egne midler omfatter midler tilhørende enhver tredjemand, der handler på radio- og fjernsynsforetagendets vegne eller under dette foretagendes ansvar.**
- 3) **For at afgøre, om en optagelse, der er foretaget af et radio- og fjernsynsforetagende til egne udsendelser ved hjælp af midler tilhørende tredjemand, er omfattet af undtagelsen om efemere**

optagelser i artikel 5, stk. 2, litra d), i direktiv 2001/29, tilkommer det den forelæggende ret at vurdere, om denne person under de i hovedsagen foreliggende omstændigheder kan anses for konkret at handle »på vegne« af radio- og fjernsynsforetagendet eller i det mindste »under dette foretagendes ansvar«. Med hensyn til sidstnævnte er det afgørende, at radio- og fjernsynsforetagendet over for tredjemand, herunder ophavsmænd, hvis rettigheder kan krænkes af en ulovlig optagelse af deres værk, er forpligtet til at erstatte enhver skade, der forvoldes af de handlinger eller undladelser, som foretages af tredjemand – herunder et eksternt og retligt uafhængigt tv-produktionsselskab, der er knyttet til den pågældende optagelse – som om disse handlinger og undladelser var radio- og fjernsynsforetagendets egne.

Underskrifter