

InfoSoc-direktivet og de danske ophavsretlige undtagelser

Dan Stausholm Nielsen



JURIST- OG ØKONOMFORBUNDETS FORLAG

InfoSoc-direktivet og de danske ophavsretlige undtagelser

Dan Stausholm Nielsen

InfoSoc-direktivet
og de danske
ophavsretlige undtagelser



Jurist- og Økonomforbundets Forlag
2017

Dan Stausholm Nielsen
InfoSoc-direktivet og de danske ophavsretlige undtagelser

1. udgave, 1. oplag

© 2017 by Jurist- og Økonomforbundets Forlag

Alle rettigheder forbeholdes.

Bogen ligger som e-bog på www.ubva.dk
Brug af e-bogs-udgaven sker på de vilkår, der fastsættes af UBVA.

Mekanisk, elektronisk, fotografisk eller anden gengivelse af
eller kopiering fra denne bog eller dele heraf
er ifølge gældende dansk lov om ophavsret ikke tilladt
uden forlagets skriftlige samtykke eller aftale med Copy-Dan.

Omslag: Marianne Tingkov

Tryk: Toptryk, Gråsten

Printed in Denmark 2017

ISBN 978-87-574-3924-3
eISBN 978-87-719-8092-9

Jurist- og Økonomforbundets Forlag
Gothersgade 137
1123 København K

Telefon: 39 13 55 00
e-mail: forlag@djoef.dk
www.djoef-forlag.dk

Indholdsfortegnelse

Forord	9
1. INDLEDNING	11
2. OPHAVSRET OG EU-HARMONISERING	15
2.1. Ophavsrettens grundelementer	15
2.2. Ophavsretten er EU-harmoniseret	16
2.3. Konflikter på det delte kompetenceområde	18
2.3.1. EU-harmoniseringens betydning	18
2.3.2. Konflikter imellem national ret og EU-ret – »Preemption«	19
2.3.3. Materiel og formel implementeringskompetence	23
2.4. Plan for fremstillingen	24
3. INFOSOC-DIREKTIVETS ANVENDELSESOMRÅDE	27
3.1. Undtagelsens genstand	28
3.2. Undtagelsens art	34
3.2.1. Aftalelicenser	34
3.2.2. Tvangslicenser	41
3.2.3. Fribrugsregler	42
3.3. Sammenfatning	42
4. INFOSOC-DIREKTIVETS HARMONISERING	45
4.1. Generelt om direktivet	45
4.1.1. Direktivets undtagelser	45
4.1.2. Tre-trins-testen	47
4.1.3. Indskrænkende fortolkning af undtagelser	50
4.1.4. EU-Begrebers autonome karakter	51
4.1.5. Forarbejders betydning	53
4.2. InfoSoc-direktivets harmoniseringsgrad	54
4.2.1. InfoSoc-direktivets obligatoriske undtagelser	58
4.2.2. InfoSoc-direktivets fakultative undtagelser	59

4.2.2.1.	InfoSoc-direktivets ordlyd og præambel	59
4.2.2.2.	InfoSoc-direktivets forarbejder	64
4.2.2.3.	EU-Domstolens praksis	66
4.2.2.4.	Litteratur	81
4.2.2.5.	Diskussion og sammenfatning	84
5.	KONFLIKTER	89
5.1.	Konflikter med de obligatoriske undtagelser	89
5.2.	Konflikter med de fakultative undtagelser	96
5.2.1.	Indledning	96
5.2.2.	Brugskategorier og opsamlingsreglen	97
5.2.3.	Undtagelser, som er forenelige med direktivets »øvre« grænse	97
5.2.3.1.	OPHL § 16, stk. 3	97
5.2.3.2.	OPHL § 16, stk. 4	98
5.2.3.3.	OPHL § 17, stk. 1	98
5.2.3.4.	OPHL § 17, stk. 3	98
5.2.3.5.	OPHL § 18, stk. 3	98
5.2.3.6.	OPHL § 21, stk. 1, nr. 2	99
5.2.3.7.	OPHL § 23, stk. 2	99
5.2.3.8.	OPHL § 24, stk. 2	99
5.2.3.9.	OPHL § 25	99
5.2.3.10.	OPHL § 25 a	100
5.2.3.11.	OPHL § 28	100
5.2.3.12.	OPHL § 31	101
5.2.3.13.	Parodi-undtagelsen	102
5.2.4.	Undtagelser, som er af tvivlsom forenelighed med direktivets »øvre« grænse	102
5.2.4.1.	Kravet om kildeangivelse – OPHL §§ 13, stk. 4, 18, stk. 1, 22, 23, stk. 1, og 26	102
5.2.4.1.1.	OPHL § 13, stk. 4	102
5.2.4.1.2.	OPHL § 18, stk. 1	103
5.2.4.1.3.	OPHL § 22	103
5.2.4.1.4.	Det manglende krav om kildeangivelse	104
5.2.4.2.	OPHL § 9	105
5.2.4.3.	OPHL § 12	107
5.2.4.4.	OPHL § 15	110
5.2.4.5.	OPHL § 16, stk. 2	111
5.2.4.6.	OPHL § 16 a, stk. 1	112
5.2.4.7.	OPHL § 21, stk. 1, nr. 1.	114

5.2.4.8. OPHL § 23, stk. 1	116
5.2.4.9. OPHL § 23, stk. 3	118
5.2.4.10. OPHL § 24, stk. 1	119
5.2.4.11. OPHL § 24, stk. 3	121
5.2.4.12. OPHL § 26	125
5.2.4.13. OPHL § 32	126
5.2.4.14. OPHL § 34	127
5.2.4.15. OPHL § 35, stk. 2	128
5.2.4.16. »De minimis«-princippet	129
5.2.4.17. Ytringsfrihed som undtagelse	132
6. LOVÆNDRINGSFORSLAG	135
6.1. Manglende kildeangivelse	135
6.2. OPHL § 9	136
6.3. OPHL § 11 a	136
6.4. OPHL § 12	137
6.5. OPHL § 15	139
6.6. OPHL § 16, stk. 2	139
6.7. OPHL § 16 a, stk. 1	140
6.8. OPHL § 21, stk. 1, nr. 1	140
6.9. OPHL § 23, stk. 1	141
6.10. OPHL § 23, stk. 3	141
6.11. OPHL § 24, stk. 1	141
6.12. OPHL § 24, stk. 3	142
6.13. OPHL § 26	143
6.14. OPHL § 32	143
6.15. OPHL § 34	143
6.16. OPHL § 35, stk. 2	144
6.17. »De minimis«-princippet	144
6.18. Ytringsfriheden som undtagelse	145
7. PERSPEKTIV	147
Lov- og paragrafregister	151
Litteratur angivet med forkortelser	153
Domsregister	161
Stikordsregister	163

Forord

Denne afhandling er en revideret udgave af det speciale, som jeg indleverede til bedømmelse i sommeren 2016. Bogen er udgivet med økonomisk støtte fra Udvalget til Beskyttelse af Videnskabeligt Arbejde (UBVA).

Bogen indeholder nogle steder en mere dybdegående diskussion af de enkelte problemstillinger end det speciale, jeg indleverede, idet specialet var undergivet regler om, hvor langt det måtte være. Enkelte steder har jeg foretaget andre ændringer, efter at jeg har gennemlæst specialet igen. Bogen er opdateret med retspraksis frem til april 2017.

Jeg vil gerne rette en tak til min familie og mine venner for deres støtte igennem specialeskrivningsprocessen og under den efterfølgende bogudgivelse. Derudover vil jeg rette en særlig tak til Morten Rosenmeier, der som min specialevejleder er kommet med mange uundværlige input og bemærkninger under både specialeskrivningsprocessen og udgivelsen af denne bog. Endelig vil jeg rette en varm tak til UBVA for den økonomiske støtte til udgivelsen af bogen.

Bogen dedikeres til min søster, Nina.

1. INDLEDNING

Ophavsretten er en vigtig retsdisciplin. Uden den ville musikere, forfattere, kunstnere og mange flere nok ikke kunne udøve deres hverv, som de gør i dag. Men ophavsretten er også en hindring for de mange mennesker, virksomheder osv., der ønsker at bruge kreativt stof. De ophavsretlige undtagelser hjælper med til at afbalancere rettighedshavernes interesser over for brugernes interesser, så disse hindringer ikke bliver for vidtgående. Undtagelserne findes i dansk ret primært i ophavsretslovens¹ kapitel 2 og i nogle få ulovbestemte undtagelser.

Ophavsretten er EU-harmoniseret igennem en række direktiver. Det nok vigtigste af dem kaldes InfoSoc-direktivet,² som omfatter størstedelen af de ophavsretlige værksarter. Direktivet opstiller tre forskellige enerettigheder, som medlemsstaterne skal sikre ophavsmændene, og indeholder derudover en lang række undtagelser til enerettighederne, som medlemsstaterne enten kan eller skal indføre.

Vedtagelsen af direktivet har betydning for, hvilket indhold de danske undtagelser må have. De må kun opretholdes, hvis de er forenelige med direktivet. Direktivet blev implementeret i dansk ret ved lov nr. 1051 af 17. december 2002,³ der var en ændringslov til ophavsretsloven. Men stort set ingen af de danske undtagelser omfattet af direktivet blev i den forbindelse givet præcist det samme anvendelsesområde, som undtagelserne har i direktivet. Næsten alle undtagelserne har m.a.o. et andet indhold, end undtagelserne har i direktivet.

1. Lovbekendtgørelse nr. 1144 af 23. oktober 2014.
2. Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2001/29/EF af 22. maj 2001 om harmonisering af visse aspekter af ophavsret og beslægtede rettigheder i informationssamfundet.
3. Lov om ændring af ophavsretsloven - (Gennemførelse af InfoSoc-direktivet, nye aftalelicenser m.v.)

1. Indledning

Direktivet angiver klart, at det er forbudt at udvide og supplere direktivets undtagelser. Det er m.a.o. ikke tilladt at undtage *mere* end direktivet. Det angiver derimod ikke klart, om undtagelserne skal implementeres, præcist som de står i direktivet, eller om direktivet alene indeholder undtagelsernes minimumsbetingelser. Det er altså ikke klart, om medlemsstaterne må opstille yderligere betingelser for undtagelsernes anvendelse og dermed undtage *mindre* end direktivet

Det er på den baggrund interessant at undersøge, om de danske regler nogen steder er i konflikt med direktivet ved enten at undtage for meget eller for lidt. Sådanne konflikter vil nemlig have betydning for de danske reglers anvendelighed i nationale retssager og derudover for medlemsstaternes pligt til at tilpasse deres nationale lovgivning, så den kommer i overensstemmelse med direktivet.

Af hensyn til omfanget behandles alene ophavsrettigheder i afhandlingen. Naborettigheder, der er en til ophavsretten beslægtet rettighed, men hvortil der stilles andre betingelser for opnåelse af beskyttelse, inddrages derfor ikke. Af samme hensyn behandles alene InfoSoc-direktivet og ikke de øvrige ophavsretlige EU-direktiver, som bl.a. handler om beskyttelse af computerprogrammer, databaser o.l. Alene hvor de giver bidrag til fortolkningen af InfoSoc-direktivet eller dettes afgrænsning over for direktiverne, inddrages de. Det gøres heller ikke til genstand for nærmere undersøgelser, om de ulovbestemte ophavsretlige undtagelser – dvs. undtagelser, der ikke følger af en lovregel, men derimod af retspraksis el.lign. – gælder i dansk ret. Derimod undersøges i afhandlingen retstilstanden ud fra en antagelse om, at disse undtagelser faktisk er gældende i dansk ret. Det samme gør sig gældende for spørgsmålet om, hvorvidt implementeringen af undtagelserne igennem retspraksis opfylder de EU-retlige krav til tilstrækkelig implementering. Alene den materielle forenelighed med direktivet undersøges – dvs. om undtagelserne indholdsmæssigt kan forenes med direktivet. Afhandlingen undersøger derudover alene, om de danske regler nogen steder er i konflikt med direktivet, og ikke hvad *konsekvenserne* af sådanne konflikter måtte være i konkrete retstvister. Det skyldes kompleksiteten af den retspraksis, EU-Domstolen har udviklet om bl.a. direktivers direkte virkning, horisontal effekt, forpligtelsen til EU-konform fortolkning mv., og der henvises derfor til den EU-retlige litteratur om disse spørgsmål. Undtagelsernes forenelighed med de internationale ophavsretskonventioner undersøges heller ikke, idet disse alene inddrages, hvor de kan have fortolkningsmæssig betydning for direktivet.

Medlemsstaterne kan ifølge direktivets artikel 5 indføre »undtagelser til« eller »indskrænkninger i« eneretten. For enkelhedens skyld omtales disse nationale regler blot som »undtagelser« i afhandlingen. Derudover anvendes der

forkortede kildehenvisninger i afhandlingen, idet de fulde kildeoplysninger kan findes i kildefortegnelsen til sidst, hvor forkortelsen sammen med de fulde oplysninger er opgivet. Endelig betegnes ophavsretsloven i afhandlingen »OPHL«, når der henvises til en bestemmelse i loven, og »ophavsretsloven«, når der henvises til loven som sådan.

2. OPHAVSRET OG EU-HARMONISERING

2.1. Ophavsrettens grundelementer

Ophavsretten beskytter en genstand,¹ hvis den opfylder det ophavsretlige originalitetskrav.² Der har været anvendt utallige definitioner af originalitetskravet igennem tiden,³ herunder f.eks. at værket skal være skabt ved en »personligt skabende indsats« eller have »værkshøjde«.⁴ EU-Domstolen har nu fastslået, at der skal være tale om “[...] ophavsmandens egen intellektuelle frembringelse [...]”,⁵ og at det er tilfældet, hvis “[...] ophavsmanden har kunnet udtrykke sine kreative evner ved frembringelsen af værket på grundlag af frie og kreative valg [...]”.⁶ En række værker har dog ifølge ophavsretsloven ikke beskyttelse. Det gælder offentlige aktstykker⁷ og halvlederprodukter.⁸

1. For brugen af begrebet »genstand«, se C-145/10 (Painer), præmis 87.
2. *Schovsbo, Rosenmeier & Salung Petersen: Immaterialret*, s. 76. Det siges også, at det er en betingelse for, at der er tale om et »værk« — og således for at der kan være tale om ophavsretlig beskyttelse — at “[...] produktet efter sin art [skal] kunne karakteriseres som litterært eller kunstnerisk [...]”, jf. *Schovsbo, Rosenmeier & Salung Petersen: Immaterialret*, s. 76. Derudover, at værket har »manifesteret« sig, jf. *Rosenmeier: Værkslæren i Ophavsretten*, s. 59. Stamatoudi og Torremans stiller spørgsmålstegn ved, om den slags yderligere betingelser er i overensstemmelse med EU-Domstolens fortolkning af betingelserne for ophavsretlig beskyttelse, se *Stamatoudi & Torremans: EU Copyright Law*, § 20.13, s. 1104.
3. *Rosenmeier: Værkslæren i Ophavsretten*, s. 118.
4. *Schovsbo, Rosenmeier & Salung Petersen: Immaterialret*, s. 82.
5. C-5/08 (Infopaq I), præmis 37, og *Schovsbo, Rosenmeier & Salung Petersen: Immaterialret*, s. 79.
6. C-145/10 (Painer), præmis 88-89, og *Schovsbo, Rosenmeier & Salung Petersen: Immaterialret*, s. 79.
7. OPHL § 9 og *Schovsbo, Rosenmeier & Salung Petersen: Immaterialret*, s. 88 f.
8. OPHL § 10, stk. 2, og *Schovsbo, Rosenmeier & Salung Petersen: Immaterialret*, s. 89.

2. Ophavsret og EU-harmonisering

At få ophavsret indebærer, at man får eneret til at foretage en række handlinger.⁹ Det drejer sig i Danmark om eneretten til eksemplar fremstilling¹⁰ samt tilgængeliggørelse for almenheden igennem spredning,¹¹ visning,¹² opførelse¹³ og overføring.¹⁴ Derudover indebærer ophavsretten nogle moralske rettigheder. De angiver for det første, at ophavsmanden skal krediteres på eksemplarer og ved tilgængeliggørelse for almenheden.¹⁵ Derudover, for det andet, at ophavsmanden kan modsætte sig, at værket ændres eller gøres tilgængeligt for almenheden på en krænkende måde.¹⁶

I nogle tilfælde kræver udførelsen af de handlinger, ophavsmanden får eneret til, ikke tilladelse fra ophavsmanden. Her følger tilladelsen i stedet fra de ophavsretlige undtagelser.¹⁷ Som eksempel kan nævnes, at man gerne må citere andres værker¹⁸ eller fremstille eksemplarer til privat brug,¹⁹ hvis nogle betingelser er opfyldt.

Hvis man udfører en eneretsbeskyttet handling uden tilladelse og i en situation, hvor der ikke er nogen indskrænkning i ophavsretten, begår man ophavsretskrænkelse. Det kan indebære straf, erstatning mv.²⁰

2.2. Ophavsretten er EU-harmoniseret

Som det allerede er fremhævet, er ophavsretten i vid udstrækning EU-harmoniseret.

Harmoniseringen er foretaget igennem en lang række direktiver begyndende i starten af 90'erne. Som det første blev ophavsretten til EDB-program-

9. Se generelt for en gennemgang af ophavsrettens indhold *Schovsbo, Rosenmeier & Salung Petersen: Immaterialret*, s. 159 ff.

10. OPHL § 2, stk. 1, jf. stk. 2.

11. OPHL § 2, stk. 1, jf. stk. 3, nr. 1.

12. OPHL § 2, stk. 1, jf. stk. 3, nr. 2.

13. OPHL § 2, stk. 1, jf. stk. 3, nr. 3, jf. dog stk. 4, nr. 1.

14. OPHL § 2, stk. 1, jf. stk. 4, nr. 1, jf. stk. 3, nr. 3.

15. OPHL § 3, stk. 1.

16. OPHL § 3, stk. 2.

17. OPHL kap. 2 og *Schovsbo, Rosenmeier & Salung Petersen: Immaterialret*, s. 233 ff.

18. OPHL § 22.

19. OPHL § 12.

20. OPHL kap. 7.

mer i 1991 harmoniseret²¹ (herefter »programdirektivet«²²). Derefter fulgte i 1992 harmonisering af retten til at udleje og udlåne værker²³ (herefter »leje-/lånedirektivet«), og i 1993 retten til at udsende værker via satellit eller vide-resprede dem via kabel²⁴ (herefter »satellit- og kabeldirektivet«). Samme år blev også beskyttelsestiden harmoniseret²⁵ (herefter »beskyttelsestidsdirektivet«). I 1996 blev ophavsretten til databaser harmoniseret²⁶ (herefter »databasedirektivet«). Fem år senere i 2001 blev det nok mest omdiskuterede direktiv, »InfoSoc-direktivet«, vedtaget, som bl.a. harmoniserede en række rettigheder og undtagelser for samtlige værker, der ikke er omfattet af de tidligere direktiver.²⁷ Samme år blev et direktiv om ret til vederlag ved vide-resalg af visse kunstværker indført²⁸ (herefter »følgeretsdirektivet«). I årene efter blev i 2004 »retshåndhævelsesdirektivet« indført,²⁹ i 2012 »direktivet

21. Oprindeligt Rådets Direktiv af 14. maj 1991 om retlig beskyttelse af edb-programmer (91/250/EØF). Nu kodificeret i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2009/24/EF af 23. april 2009 om retlig beskyttelse af edb-programmer (kodificeret udgave).
22. Titlerne, som er anvendt for direktiverne, er lånt fra *Schovsbo, Rosenmeier & Salung Petersen: Immaterialret*, s. 71.
23. Oprindeligt Rådets direktiv 92/100/EØF af 19. november 1992 om udlejnings- og udlånsrettigheder samt om visse andre ophavsretsbeslægtede rettigheder i forbindelse med intellektuel ejendomsret. Nu kodificeret i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2006/115/EF af 12. december 2006 om udlejnings- og udlånsrettigheder samt om visse andre ophavsretsbeslægtede rettigheder i forbindelse med intellektuel ejendomsret.
24. Rådets direktiv 93/83/EØF af 27. september 1993 om samordning af visse bestemmelser vedrørende ophavsrettigheder og ophavsretsbeslægtede rettigheder i forbindelse med radio- og tv-udsendelse via satellit og viderespredning pr. kabel.
25. Oprindeligt Rådets direktiv 93/98/EØF af 29. oktober 1993 om harmonisering af beskyttelsestiden for ophavsret og visse beslægtede rettigheder. Nu kodificeret i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2006/116/EF af 12. december 2006 om beskyttelsestiden for ophavsret og visse beslægtede rettigheder.
26. Europa-Parlamentet og Rådets direktiv 96/9/EF af 11. marts 1996 om retlig beskyttelse af databaser.
27. Se om harmoniseringens såkaldt »horisontale« karakter *Stamatoudi & Torremans: EU Copyright Law* s. 11 og 397.
28. Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2001/84/EF af 27. september 2001 om følgeret for ophavsmanden til et originalkunstværk.
29. Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/48/EF af 29. april 2004 om håndhævelsen af intellektuelle ejendomsrettigheder.

2. Ophavsret og EU-harmonisering

om forældreløse værker»³⁰ og i 2014 »direktivet om kollektiv forvaltning af ophavsrettigheder«.³¹

2.3. Konflikter på det delte kompetenceområde

2.3.1. EU-harmoniseringens betydning

EU-Harmoniseringen betyder, at Danmark ikke længere har uindskrænket materiel lovgivningskompetence på de områder, som harmoniseringen omfatter.

InfoSoc-direktivet er vedtaget med hjemmel i bl.a. TEUF artikel 114³² og tilsigter en harmonisering for at sikre det indre marked.³³ Det indre marked er et område, hvor der er delt kompetence mellem EU og medlemsstaterne.³⁴ Medlemsstaterne kan her ifølge TEUF artikel 2, stk. 2, udøve deres kompetence, i det omfang EU ikke har udøvet sin. Spørgsmålet om, i hvilket omfang EU har udøvet sin kompetence, kan dog undertiden være svært at besvare. Der kan opstå tvivl om, hvorvidt en national regel vil være i konflikt med EU-retten, hvis den vedrører et spørgsmål, som EU-retsakten også berører. Altså, i hvilken udstrækning EU's udøvelse af sin kompetence har udtømt den nationale lovgivers kompetence til at regulere de nu EU-regulerede spørgsmål.

Spørgsmålet om, hvornår der er en konflikt imellem national ret og EU-ret, skal ifølge *Schütze* og *Arena* afgøres efter doktrinen om »Union Preemption«,³⁵ som gennemgås nedenfor i afsnit 2.3.2. Identificeringen af sådanne konflikter har som nævnt betydning, idet de kan påvirke de danske reglers anvendelighed i konkrete retstvister.³⁶ Derudover betyder de, at den nationale

30. Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2012/28/EU af 25. oktober 2012 om visse tilladte anvendelser af forældreløse værker

31. Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/26/EU af 26. februar 2014 om kollektiv forvaltning af ophavsret og beslægtede rettigheder samt multiterritoriale licenser for rettigheder til musikværker med henblik på onlineanvendelse i det indre marked.

32. Se indledende afsnit af præamblen til direktivet, hvor der henvises til artikel 95, som nu er artikel 114.

33. Se InfoSoc-direktivets betragtning 1.

34. TEUF artikel 4, stk. 2, litra a).

35. Se også *Rosati: Copyright in the EU*, s. 421.

36. Se bl.a. *Prechal: Direct Effect, Indirect Effect, Supremacy and the Evolving Constitution of the European Union*, s. 38 og 42 f., *Engsig Sørensen, m.fl.: EU-Retten*, s. 151 f., 159 ff., 170 ff. og 174 ff., og *Neergaard & Nielsen: EU-Ret*, s. 246 ff., og 251 ff.

lovgiver skal tilpasse national lovgivning, så den kommer i overensstemmelse med EU-retten.³⁷

2.3.2. Konflikter imellem national ret og EU-ret – »Preemption«

»Preemption«-doktrinen, som stammer fra USA,³⁸ undersøger som nævnt, om der er en konflikt. Dvs. *i hvilken udstrækning* national ret er i konflikt med en EU-regel.³⁹ Doktrinen bør ikke forveksles med reglerne om EU-rettens *forrang* (på engelsk: »supremacy« eller »primacy«). Schütze forklarer om sondringen, at:

“Supremacy and pre-emption are twin doctrines. There is no supremacy without pre-emption. The doctrine of pre-emption is a theory of legislative conflict. The doctrine of supremacy is a theory of conflict resolution.”⁴⁰

»Supremacy«-doktrinen er altså alene regler, der giver EU-retten kapacitet til at fortrænge national ret, når det under »preemption«-doktrinen er konstateret, at der faktisk *er* en konflikt.⁴¹

I afhandlingen benyttes det engelske begreb (»preemption«), da der ikke synes at være noget dansk begreb, der har præcist samme betydning.⁴² Begrebet »udtømmning af kompetence« kan til en vis grad anvendes, men bliver uhensigtsmæssigt, når spørgsmålet avanceres til de forskellige former for »preemption«.

Doktrinenes kerneområde er at undersøge, i hvilken udstrækning EU-lovgiver ønskede at hindre national lovgivning om de spørgsmål, som EU-retsakten vedrører.⁴³ Den undersøger m.a.o. EU-lovgivers *intentioner*.⁴⁴ EU-lovgivers intentioner kan komme til udtryk på flere *måder* (»preemption modes«). De kan være *udtrykkelige* igennem bestemmelser i direktivet, som siger, at den nationale lovgiver ikke må vedtage bestemte regler (»express preemption

37. Schütze: *Supremacy without pre-emption?*, s. 1031, med henvisning til artikel 10 TEUF, nu artikel 4, stk. 3 (se EFT C 202 af 7. juni 2016, s. 367, note 31).

38. Arena: *The Doctrine of Union Preemption*, s. 487.

39. Schütze: *Supremacy without pre-emption?*, s. 1039, og Chalmers, m.fl.: *European Union Law*, s. 209 ff.

40. Schütze: *Supremacy without pre-emption?*, s. 1046. Se i samme retning s. 1044.

41. Schütze: *Supremacy without pre-emption?*, s. 1033.

42. Rasmussen: *EU-ret i kontekst*, s. 296 og 356, bruger betegnelsen »optagetproblemstillingen«. Som det ses nedenfor note 52 synes dette begreb ikke at have samme indhold, som det engelske begreb, og det anvendes derfor ikke i det følgende.

43. Schütze: *Supremacy without pre-emption?*, s. 1039.

44. Schütze: *Supremacy without pre-emption?*, s. 1039, note 66, s. 1044 (om amerikansk »preemption«) og s. 1045.

2. Ophavsret og EU-harmonisering

clause«),⁴⁵ eller bestemmelser som siger, at retsakten ikke skal begrænse national kompetence på en bestemt måde (»express saving clause«)^{46, 47} De kan også følge *stiltiende* af retsakten. Her må en fortolkning af retsakten afgøre, hvilke intentioner EU-lovgiver havde.⁴⁸

I hvilken udtrækning national ret vil være i konflikt med direktivet, bestemmes af *typen* af »preemption« (»preemption type«).⁴⁹ Både *Schütze*⁵⁰ og *Arena*⁵¹ sonderer mellem tre forskellige typer: »field preemption«, »obstacle preemption« og »rule preemption«.⁵²

45. Se f.eks. Europa-Parlamentet og Rådets Direktiv 2005/29/EF af 11. maj 2005 om virksomheders urimelige handelspraksis over for forbrugerne på det indre marked og om ændring af Rådets direktiv 84/450/EØF og Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 97/7/EF, 98/27/EF og 2002/65/EF og Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 2006/2004 (direktivet om urimelig handelspraksis), artikel 4, som nævnt i *Arena: The Doctrine of Union Preemption*, s. 515, note 247, der siger at: "Medlemsstaterne må hverken begrænse friheden til at levere tjenesteydelser eller den frie bevægelighed for varer af grunde, der kan henføres til de områder, hvor der med dette direktiv sker en tilnærmelse."

46. Se f.eks. det nu ophævede Rådets direktiv af 20. december 1985 om forbrugerbeskyttelse i forbindelse med aftaler indgået uden for fast forretningssted (direktiv 85/577/EØF), artikel 8, som nævnt i *Schütze: Supremacy without pre-emption?*, s. 1045, note 91, der siger at: "Dette direktiv er ikke til hinder for, at medlemsstaterne vedtager eller opretholder endnu gunstigere forbrugerbeskyttende bestemmelser på det af direktivet omfattede område."

47. *Arena: The Doctrine of Union Preemption*, s. 494 f., 499 og 515, og *Schütze: Supremacy without pre-emption?*, s. 1045 f.

48. Se *Schütze: Supremacy without pre-emption?*, s. 1045 f., der bemærker, at fundamentet for »preemption«-doktrinen er *EU-lov-fortolkning*, hvorved forstås at afgrænsningen af, hvornår national ret vil komme i konflikt med EU-retten, skal udledes ved fortolkning af EU-retsakten. På de områder overlades EU-Domstolen en betydelig skønsmargen.

49. *Schütze: Supremacy without pre-emption?*, s. 1039, og *Arena: The Doctrine of Union Preemption*, s. 499 og 501.

50. *Schütze: Supremacy without pre-emption?*, s. 1040 ff.

51. *Arena: The Doctrine of Union Preemption*, s. 501 ff.

52. Se i samme retning *Chalmers, m.fl.: European Union Law*, s. 209 ff. Anderledes dog tilsyneladende *Rasmussen: EU-ret i kontekst*, s. 356, der skriver, at: "Optageproblemstillingen [*Rasmussens* betegnelse for »preemption«] handler derfor om spørgsmålet, om EU-reglen forudsætter, at der ikke finder en (konkurrerende) national regulativ virksomhed sted i umiddelbar nærhed af EU-reguleringen. [...] Optagetrum-problemet adskiller sig således fra forrangsproblemet, der forudsætter eksistensen af to regler, en fællesskabsretlig og en national, som gør krav på at gælde for samme sæt af begivenheder. Optagetrum-problemstillingen adskiller sig herfra ved at spørge, om national regeldannelse er udelukket, allerede fordi der findes en EU-kompetence til at lovgive, eller fordi EU har anvendt en kompetence til at re-

2.3. Konflikter på det delte kompetenceområde

Der er tale om »*Field preemption*«, når EU-lovgiver har lovgivet et (helt) 'område' udtømmende. Konflikten imellem national- og EU-ret består derfor i, at EU-lovgiver har ønsket at undgå nationale forskelle og dermed har ønsket at tilegne sig eksklusiv jurisdiktion på området.⁵³ Afgrænsningen af *området* er dog ofte et svært spørgsmål.⁵⁴ F.eks. kan »området« i én undersøgelse reduceres til enkelte bestemmelser i direktivet,⁵⁵ mens det i en anden undersøgelse kan betegnes som værende hele den retsdisciplin, direktivet vedrører. Det er derfor vigtigt ved brug af begrebet »*field preemption*«, at »området« præciseres nærmere.

Der er tale om »*Obstacle preemption*«, når den nationale regel udgør en hindring for den effektive funktion af et af EU-retsaktens formål.⁵⁶

Der er tale om »*Rule preemption*«, når den nationale regel er i direkte konflikt med en konkret regel i EU-retsakten (rimeligt fortolket), således at "[c]ompliance with both sets of rules is (physically) impossible."⁵⁷

gelsætte." (fremhævet her). Se også s. 296, hvor forfatteren skriver, at: "*Er der ikke plads til medlemsstatslige reguleringsinitiativer 'ved siden af' direktivets, taler man om, at den pågældende lovgivningsplads er blevet optaget eller besat af EU-lovgiveren; eller, med et udtryk hentet fra engelsk, at der er sket preemption [...]*" (fremhævet her). Forfatteren synes dermed at forstå »*preemption*«-spørgsmålet således, at det *kun* omfatter »*field preemption*«, hvor EU-lovgiver hindrer national lovgivning ved at have tilegnet sig eksklusiv jurisdiktion inden for et bestemt område. Nationale regler 'ved siden af' de spørgsmål, som direktivet behandler, er dermed i konflikt med direktivet, på grund af EU-lovgivers ønske om ene-jurisdiktion. Da forfatterens forståelse synes at afvige fra den nævnte internationale litteratur, tages den ikke i betragtning i det følgende.

53. Schütze: *Supremacy without pre-emption?*, s. 1040.

54. Og det spørgsmål kan nok være særligt relevant for retsakter vedtaget efter Lissabon traktaten, da »*field preemption*« ifølge *Arena* her måske ikke er mulig, hvis den angår »hele området«, se *Arena: The Doctrine of Union Preemption*, s. 521 f. Da InfoSoc-direktivet er vedtaget før Lisabon Traktaten, kan det dog ikke afvises, at det kan have karakter af »*field preemption*«. Se i samme retning om direktiver generelt, *Arena: The Doctrine of Union Preemption*, s. 522.

55. Schütze peger bl.a. på, at der har været tale om »*partial field preemption*«, hvor området afgrænses af en enkelt regels anvendelsesområde, se Schütze: *Supremacy without pre-emption?*, s. 1043 f.

56. Schütze: *Supremacy without pre-emption?*, s. 1041, og *Arena: The Doctrine of Union Preemption*, s. 503 f.

57. Citat fra Schütze: *Supremacy without pre-emption?*, s. 1042, som bygger på en udtalelse fra U.S. Supreme Court i *Pacific Gas & Electric Company v. State Energy Resources Conservation & Development Commission et al.*, 461 U.S. 190, 75, afsnit 204, som sagde, at: "[...] a conflict arises when "compliance with both federal and state regulations is a physical impossibility" [citation i original]". Se også *Arena: The Doctrine of Union Preemption*, s. 504 f.

2. Ophavsret og EU-harmonisering

Spørgsmålet om, hvilken »preemption«-type der er tale om, kan således reduceres til for det første, om den nationale regel er i strid med EU-lovgivers *ønske om eksklusiv kompetence for at undgå forskelle* (»field preemption«). For det andet, om den nationale regel udgør en hindring for et af EU-retsaktens *formål*⁵⁸ (»obstacle preemption«). For det tredje, om den nationale regel modsiger en konkret *regel* i EU-retsakten (»rule preemption«).

Sondringen imellem typerne kan være svær, da de undertiden kan være overlappende.⁵⁹ Alligevel synes de at kunne bruges til at illustrere begrundelsen for, hvorfor der konkret er en konflikt imellem national ret og EU-ret, og vil derfor blive anvendt i afhandlingen.

Typen af »preemption« vil ofte kunne udledes af – eller i det mindste være sammenhængende med – direktivets harmoniseringsgrad.⁶⁰ De relevante for en undersøgelse af InfoSoc-direktivet er »totalharmonisering« og »minimumsharmonisering«.

»Totalharmonisering« indebærer ifølge *Arena* »field preemption«.⁶¹ Nationale regler, der berører det harmoniserede »område«, vil derfor være i konflikt med EU-retten. Regler, der er strengere end direktivet, eller som på anden måde er anderledes, er forbudte.⁶² At karakterisere et direktiv som

58. Man kan mene, at »field preemption« og »obstacle preemption« i en eller anden udstrækning overlapper, da førstnævnte er baseret på EU-lovgivers intention om at hindre forskelle, hvilket vel er et af EU-retsaktens formål, som dækkes af sidstnævnte. Sondringen må derfor få den betydning, at sidstnævnte dækker ethvert *andet* formål, end tilegnelse af eksklusiv kompetence (og hindring af forskelle).

59. *Schütze: Supremacy without pre-emption?*, s. 1034 og 1043. *Schütze* peger f.eks. på, s. 1043, at sondringen imellem »obstacle-« og »rule preemption« kan være svær, fordi sidstnævnte som regel vil kræve en fortolkning, der baseres på retsaktens formål, hvilket falder under førstnævnte. Derudover taler *Schütze* om »partial field preemption«, hvor det relevante »område« er det samme som en regels »rule preemption«, således at »field-« og »rule preemption« også kan overlappe. *Schütze* henviser her til praksis fra EU-Domstolen, hvor Domstolen har brugt »field preemption«-terminologi for en enkelt regel. Som eksempel på sidstnævnte kan fra immaterialretten henvises til C-355/96 (*Silhouette*), præmis 25, om varemærkedirektivets artikel 5-7.

60. Se bl.a. *Arena: The Doctrine of Union Preemption*, s. 544.

61. *Arena: The Doctrine of Union Preemption*, s. 502 og 539.

62. C-148/78 (*Ratti*), præmis 26-27, som nævnt i *Arena: The Doctrine of Union Preemption*, s. 502, note 164, hvor EU-Domstolen udtalte, at: "[26] Det fremgår af artikel 3 sammenholdt med artikel 8 i direktiv 73/173, at opløsningsmidler kun må bringes i handelen, når de opfylder »bestemmelserne i dette direktiv og dets bilag«, og at *medlemsstaterne ikke ved siden af direktivets bestemmelser for importen kan opretholde herfra afvigende bestemmelser for hjemmemarkedet*; [27] det følger således af ordningen i direktiv 73/173, dels at *en medlemsstat i sin*

»totalharmoniserende« vil dog ofte ikke være særligt præcist. Som det er nævnt ovenfor, er afgrænsningen af området ikke altid let, og kan både omfatte større abstrakte områder af den retsdisciplin, direktivet vedrører, eller enkelte konkrete regler. Det er EU-lovgivers *intentioner*, der er afgørende, og totalharmoniseringens udstrækning må derfor afgrænses igennem dem.

»Minimumsharmonisering« er udtryk for, at medlemsstaterne skal følge de mindstekrav, der følger af direktivet, men derudover gerne må indføre strengere krav. I forbindelse med sidstnævnte skal medlemsstaterne dog overholde de regler, der følger af reglerne om fri bevægelighed i TEUF.⁶³ Minimumsharmonisering skal ifølge *Arena* placeres et sted imellem »obstacle-« eller »rule preemption«.⁶⁴ Herved er det igen tydeligt, at det er EU-lovgivers *intentioner*, som sætter grænserne, og dermed den måde, som direktivet – i mangel af klare bestemmelser – skal fortolkes af EU-Domstolen på.⁶⁵

Da et direktivs harmoniseringsgrad afhænger af EU-lovgivers intentioner, vil den ikke nødvendigvis være den samme for alle bestemmelser, men kan variere fra bestemmelse til bestemmelse.⁶⁶

2.3.3. Materiel og formel implementeringskompetence

Som det ovenstående har antydnet, kræver direktiver ikke altid fuldstændigt den samme materielle retstilstand i alle medlemsstaterne.⁶⁷ Nogle gange overlades medlemsstaterne kompetence til at vælge imellem flere muligheder i direktivet. Undertiden overlades medlemsstaterne endda et skøn til at fast-

*nationale lovgivning ikke kan indføre betingelser, der er mere restriktive, mere detaljerede eller i hvert fald afvigende fra direktivets betingelser med hensyn til klassificering, emballering og etikettering af opløsningsmidler, dels at forbudet mod at pålægge restriktioner, der ikke har hjemmel i direktivet, såvel gælder for varer, der sælges direkte på hjemmemarkedet, som for importvarer; [...]» (fremhævet her). Se også Engsig Sørensen, m.fl.: *EU-Retten*, s. 709 og 711, som siger, at totalharmonisering betyder, at medlemsstaterne ikke må stille større krav for en aktivitet, end dem direktivet sætter. I samme retning, Rasmussen: *EU-ret i kontekst*, s. 295, der skriver, at totalharmonisering som udgangspunkt forpligter medlemsstaterne til at “[...] indføre nøjagtig den samme retstilstand.”*

63. Engsig Sørensen, m.fl.: *EU-Retten*, s. 710 ff., *Arena: The Doctrine of Union Preemption*, s. 539, og Rasmussen: *EU-ret i kontekst*, s. 296 f.

64. *Arena: The Doctrine of Union Preemption*, s. 540. Se også i samme retning Chalmers, m.fl.: *European Union Law*, s. 211 f., der karakteriserer minimumsharmonisering som »rule preemption«.

65. *Arena* forklarer i den forbindelse også, at EU-lovgiver ofte lader spørgsmålet være op til EU-Domstolen, *Arena: The Doctrine of Union Preemption*, s. 539.

66. Engsig Sørensen, m.fl.: *EU-Retten*, s. 711, og *Arena: The Doctrine of Union Preemption*, s. 544.

67. Se også Engsig Sørensen, m.fl.: *EU-Retten*, s. 98.

2. Ophavsret og EU-harmonisering

sætte strengere regler end dem, direktivet foreskriver, og nogle gange også udfyldende regler.⁶⁸ Her vil der ikke være en konflikt imellem de nationale regler og direktivet, såfremt de nationale regler følger direktivets rammer. En sådan kompetence betegnes i det følgende som en »materiel implementeringskompetence«. Dvs. en kompetence for den nationale lovgiver til i forbindelse med implementeringen af et direktiv at bestemme det materielle indhold af en national regel, der berører et spørgsmål, som direktivet regulerer, uden at den nationale regel er i konflikt med direktivet og dermed er genstand for mulig tilsidesættelse.

»Formel implementeringskompetence« skal derimod forstås som den kompetence medlemsstaterne har i medfør af TEUF artikel 288, stk. 3, til at fastsætte "[...] form og midler for gennemførelsen." Reglen er bl.a. udtryk for, at medlemsstaterne kan opretholde de nationale lovgivningstraditioner og ikke nødvendigvis skal bruge direktivets ordlyd.⁶⁹ Dvs. kompetencen til i forbindelse med implementeringen at bestemme reglernes form.⁷⁰ Medlemsstaterne må således i princippet godt omformulere direktivets undtagelser. Spørgsmålet er, om de derudover også må ændre undtagelsernes materielle anvendelsesområde, så de enten omfatter mere eller mindre end direktivets undtagelser. Udover spørgsmålet om omformulering af direktivets undtagelser som omtalt her, giver gennemgangen i afhandlingen ikke anledning til diskussion af den formelle implementeringskompetence, og i det følgende betegner begrebet »implementeringskompetence« derfor den materielle art, medmindre andet er angivet.

2.4. Plan for fremstillingen

Undersøgelsens genstand er, om der er en konflikt imellem de danske ophavsretlige undtagelser og den retstilstand, som InfoSoc-direktivet indfører. Først undersøges det derfor i kapitel 3, på hvilke områder de danske undtagelser falder under InfoSoc-direktivets anvendelsesområde og dermed skal opfylde de rammer, som direktivet sætter. Derefter undersøges i kapitel 4, hvilken skønsmargen – hvis overhovedet nogen – medlemsstaterne er overladt ved implementeringen af direktivets undtagelser, og endelig i kapitel 5 om dansk ophavsret er i overensstemmelse hermed. I kapitel 6 opstilles en række for-

68. Engsig Sørensen, *m.fl.*: *EU-Retten*, s. 98.

69. Engsig Sørensen, *m.fl.*: *EU-Retten*, s. 97 ff.

70. Sml. Engsig Sørensen, *m.fl.*: *EU-Retten*, s. 96, hvorefter der i hovedreglen ikke er nogen formel implementeringskompetence for forordninger.

2.4. Plan for fremstillingen

slag til, hvordan de identificerede konflikter kan løses, og i kapitel 7 findes en afrunding af afhandlingen.

3. INFOSOC-DIREKTIVETS ANVENDELSESOMRÅDE

InfoSoc-direktivet medførte den nok mest omfattende harmonisering af den materielle ophavsret.¹ Denne omfattede bl.a. 3 enerettigheder,² 2 obligatoriske undtagelser³ og 20 fakultative undtagelser⁴. Harmoniseringen omfattede dog ikke hele ophavsretten, og det er derfor nødvendigt at afgrænse, i hvilken udstrækning de danske ophavsretlige undtagelser skal følge direktivets rammer.

En ophavsretlig undtagelse er en begrænsning af en eller flere af de enerettigheder, som ophavsretten tildeler ophavsmanden til hans værk. Undtagelsen relaterer sig derfor til et værk og en rettighed. For at vurdere, om de danske undtagelser nogen steder er i konflikt med direktivet, er det derfor nødvendigt indledningsvist at undersøge, hvilke værker og rettigheder direktivet harmoniserer. Det betegnes her undtagelsens »*genstand*«, og gennemgås i afsnit 3.1.

Den danske ophavsret sonderer mellem aftalelicensregler, tvangslicensregler og fribrugsregler.⁵ Ifølge en aftalelicensregel må man bruge et værk, hvis man får en aftale med en organisation af ophavsmænd om det og i øvrigt betaler for brugen. Ifølge en tvangslicensregel må man bruge et værk uden at spørge nogen, men man skal dog betale for brugen. Ifølge en fribrugsregel må man bruge et værk uden at spørge eller betale nogen. Da der ifølge direktivet

1. Se *Stamatoudi & Torremans: EU Copyright Law* § 11.01, s. 397.
2. Artikel 2, 3 og 4.
3. Artikel 4, stk. 2, og artikel 5, stk. 1. I Rådets Fælles Holdning Nr. 48/2000, begrundelsens pkt. 17, står der, at artikel 5, stk. 1, udgør direktivets eneste obligatoriske undtagelse. Det synes dog uhensigtsmæssigt ikke at karakterisere artikel 4, stk. 2, som en undtagelse, da den har samme funktion, nemlig at begrænse enerettighederne, ligesom de øvrige undtagelser. I det følgende betegnes artikel 4, stk. 2, derfor også som en obligatorisk undtagelse, således at der er to obligatoriske undtagelser i alt.
4. Artikel 5, stk. 2-4.
5. Se om sondringen *Schovsbo, Rosenmeier & Salung Petersen: Immaterialret*, s. 234.

3. InfoSoc-direktivets anvendelsesområde

skal sondres imellem disse undtagelsesformer,⁶ undersøges de efterfølgende i afsnit 3.2. Det betegnes her undtagelsens »art«.

3.1. Undtagelsens genstand

Direktivet vedrører ifølge artikel 1, stk. 1:

“[...] retlig beskyttelse af ophavsret og dermed beslægtede rettigheder inden for rammerne af det indre marked med særligt henblik på informationssamfundet.”

Henvisningen til »informationssamfundet« kunne lede en til at tro, at direktivet kun finder anvendelse på særlige områder af ophavsretten, f.eks. kun brug i digital form eller kun værker med et vist informativt indhold.

Det antages dog i litteraturen,⁷ at direktivet finder anvendelse på alle typer af *værker*, bortset fra EDB-programmer⁸ og databaser, der – med enkelte

6. I Danmark antages det, at aftalelicens ikke er en egentlig undtagelse (eller »indskrænkning«, som det hedder i ophavsretsloven), men derimod blot en ordning for forvaltning af rettigheder, se FT 2002-03 Till. A, s. 233, 1. sp., og s. 241, 1. sp., og *Schønning: Ophavsretsloven med kommentarer*, s. 495. Det er dog ikke helt klart, om det faktisk også forholder sig sådan efter EU-retten, og idet aftalelicensordningerne i hvert fald har en *funktion*, som ligner undtagelserne til (og indskrænkningerne i) ophavsretten, betegnes de i det følgende undtagelser.
7. *Stamatoudi & Torremans: EU Copyright Law* § 11.01, s. 397, og § 11.02, s. 399.
8. Man skal her være opmærksom på, at et »edb-program« i den forbindelse kun udgør for det første “[...] edb-programmet i alle de former, hvori det kan udtrykkes, og som gør det muligt at gengive det på forskellige edb-sprog, såsom kilde- og objektkode.”, C-393/09 (BSA), præmis 35. Og, for det andet, forberedende designmateriale, “[...] som kan føre til [...], at et sådant program [...] skabes på et efterfølgende stadium.”, præmis 37. Derimod er *grafiske brugergrænseflader* ikke et »edb-program« i programdirektivets forstand, se præmis 41-42 og 51. De er derimod omfattet af InfoSoc-direktivet, hvis de opfylder originalitetskravet, se præmis 44-46 og 51. Det samme gælder *billeder og lyd*, der måtte blive solgt (og »indkodet«) sammen med edb-programmet, se C-355/12 (Nintendo), præmis 23. De vil således også falde under InfoSoc-direktivet.

forbehold⁹ – eksplicit ikke er omfattet af direktivet.¹⁰ Brugen af begrebet »informationssamfundet« er blot udtryk for, at direktivet har særligt fokus på internettet.¹¹ Derfor er f.eks. også brugskunst¹² omfattet af anvendelsesområdet. Men da EDB-programmer og databaser ikke er omfattet, falder OPHL §§ 36 og 37 uden for direktivets anvendelsesområde.

Tilsvarende antages det,¹³ at direktivets *rettigheder* ikke kun vedrører brugsformer, der kan henføres under »informationssamfundets« særlige område. Direktivet harmoniserer dog kun en række af de ophavsretlige enerettigheder, som til gengæld skal fortolkes bredt.¹⁴ Direktivet omfatter for det første retten til eksemplarfremsstilling, som findes i artikel 2, litra a). For det andet er retten til overføring til almenheden, herunder retten til tilrådighedsstillelse for almenheden omfattet. De findes i artikel 3, stk. 1. Endeligt er retten til at sprede eksemplarer til almenheden omfattet, som findes i artikel 4, stk. 1.

Eksplicit undtaget fra direktivets anvendelsesområde er dog rettighederne til udlejning-

9. Artikel 6 og 7 om *beskyttelse af tekniske foranstaltninger og oplysninger om rettighedsforvaltning* gælder for databaser, se bl.a. artikel 6, stk. 4, i.f. Se også *Stamatoudi & Torremans: EU Copyright Law*, § 11.03, s. 400, litra (e). De gælder dog tilsyneladende ikke for EDB-programmer, da programdirektivet i artikel 7 allerede indeholder regler herom. Se vistnok i samme retning, *Stamatoudi & Torremans: EU Copyright Law*, § 11.03, s. 400, litra (a). *Rettighederne og undtagelserne* i InfoSoc-direktivet finder dog ikke anvendelse på hverken databaser eller edb-programmer, da hhv. databasedirektivet og programdirektivet allerede indeholder regler om rettigheder og undtagelser for de to typer af værker.
10. Se for edb-programmer artikel 1, stk. 2, litra a), og for databaser artikel 1, stk. 2, litra e)
11. *Stamatoudi & Torremans: EU Copyright Law* § 11.02, s. 399. Se også *Hugenholtz, m.fl.: The recasting of Copyright*, s. 2. Direktivets særlige fokus på internettet kommer også til udtryk i direktivets 15. betragtning. Den henviser til WCT (WIPO Copyright Treaty) og WPPT (WIPO Performances and Phonograms Treaty), der populært kaldes »WIPO internet traktaterne«, se bl.a. *Rosati: Copyright in the EU*, s. 420, og *Hugenholtz, m.fl.: The recasting of Copyright*, s. 63.
12. Se bl.a. C-456/06 (Peek & Cloppenburg) og C-516/13 (Dimensione Direct Sales).
13. *Stamatoudi & Torremans: EU Copyright Law* § 11.01, s. 397, og § 11.02, s. 399.
14. EU-Domstolen har afsagt en række domme, der kræver, at rettighederne undergives en »bred« fortolkning. Se f.eks. C-5/08 (Infopaq I), præmis 43, om reproduktionsretten; C-393/09 (BSA), præmis 54, om overføringsretten; forenede sager C-403/08 og C-429/08 (FAPL), præmis 186 og 193, også om overføringsretten; og C-351/12 (OSA), præmis 23 og 25, ligeledes om overføringsretten. Det bør dog i den sammenhæng nok nævnes, at alle fire sager handlede om former for brug, der næppe ligger langt uden for det område, som et »informationssamfunds«-begreb sandsynligvis ville omfatte.

3. InfoSoc-direktivets anvendelsesområde

og udlån¹⁵ samt radio- og tv-udsendelse via satellit og viderespredning pr. kabel,¹⁶ i den udstrækning disse er reguleret i andre direktiver. Undtagelser hertil skal derfor ikke følge InfoSoc-Direktivet.

Det gælder for det første OPHL § 16, stk. 6, om udlån foretaget af visse institutioner.¹⁷

For det andet gælder det § 19, stk. 1, 2. pkt., jf. stk. 2 og 3, om udleje og udlån generelt. Leje-/lånedirektivet omfatter ganske vist ikke bygningsværker og brugskunst,¹⁸ og ud fra denne betragtning kunne man umiddelbart tro, at InfoSoc-direktivet finder anvendelse på den del af bestemmelsen, der handler om udleje-/udlån af sådanne værker. Det er dog ikke tilfældet, da EU-Domstolen har fastslået, at InfoSoc-direktivets artikel 4, stk. 1, om spredningsretten ikke omfatter handlinger, der ikke består i overdragelse af ejendomsretten til en genstand.¹⁹ Da udleje og udlån ikke gør det, falder disse udnyttelsesformer og undtagelser hertil derfor uden for direktivet. § 19, stk. 1, 2. pkt., jf. stk. 2 og 3, falder derfor ikke under InfoSoc-direktivets anvendelsesområde.

For det tredje gælder det – delvist – § 35, stk. 2, om kabelviderespredning af radio-/fjernsynsudsendelser. Det er alene den del af bestemmelsen, der vedrører samtidig, uændret og uforkortet viderespredning af en udsendelse, der stammer fra et andet EU-land, der falder uden for InfoSoc-direktivet. Her falder brugen i stedet under satellit- og kabeldirektivet.²⁰ Hvor der derimod er tale om en udsendelse fra Danmark eller et ikke-EU-land, eller hvor udsendelsen tilføjes reklamer eller på anden måde ændres inden viderespredningen, vil den falde uden for satellit- og kabeldirektivets anvendelsesområde,²¹ og dermed inden for InfoSoc-direktivet.²² For sidstnævnte type udsendelser vil § 35, stk. 2, derfor falde under InfoSoc-direktivets anvendelsesområde.

15. Artikel 1, stk. 2, litra b).

16. Artikel 1, stk. 2, litra c).

17. Bestemmelsen tillader udlån foretaget af visse institutioner af nogle nærmere bestemte eksemplarer. Sådanne udlån falder under leje-/lånedirektivets artikel 1, stk. 1, jf. artikel 2, stk. 2, litra b). Bestemmelsen er derfor ikke omfattet af InfoSoc-direktivet, jf. dettes artikel 1, stk. 2, litra b), og direktivets 28. betragtning.

18. Artikel 3, stk. 2.

19. C-456/06 (Peek & Cloppenburg), præmis 36. Se herved *Walter & von Lewinski: European Copyright Law* § 11.4.10 ff., s. 994 ff., med kritik af dommen, og *Schovsbo, Rosenmeier & Salung Petersen: Immaterialret*, s. 161. Se i samme retning – dog uden nogen kildeangivelse – *Stamatoudi & Torremans: EU Copyright Law* § 11.47, s. 426.

20. Se således satellit- og kabeldirektivets artikel 8, stk. 1, jf. artikel 1, stk. 3.

21. *Walter & von Lewinski: European Copyright Law* § 7.1.33 f., s. 421.

22. *Stamatoudi & Torremans: EU Copyright Law* § 11.16, s. 408. Se herved også forudsætningsvist C-306/05 (SGAE), præmis 47, og C-351/12 (OSA), præmis 41,

Med de ovenfor nævnte forbehold har direktivet altså harmoniseret eksemplarfremsættelsesretten i OPHL § 2, stk. 2, spredningsretten i stk. 3, nr. 1, og overførselsretten i stk. 3, nr. 3, jf. stk. 4, nr. 1, samt undtagelserne hertil.

Direktivet omfatter ifølge præambelens betragtning 19 ikke de moralske rettigheder. De udøves således “[...] i overensstemmelse med medlemsstaternes lovgivning og bestemmelserne i [Bernerkonventionen, WCT²³ og WPP-T²⁴].”²⁵ Medlemsstaternes kompetence på området for de moralske rettigheder kan derfor ikke være udtømt (»preempted«) af direktivet. Danmark kan derfor opretholde OPHL § 3 og selv fastsætte undtagelser hertil, herunder OPHL § 29²⁶.

Heller ikke retten til at opføre værket i direkte fysisk kontakt med de udøvende kunstnere²⁷ eller retten til at vise eksemplarer af værket offentligt²⁸ er omfattet af direktivet. Her er spørgsmålet om medlemsstaternes kompetence imidlertid mindre klart, da der ikke i direktivet står noget om disse typer af rettigheder. Det er dog afvist i litteraturen,²⁹ at direktivet indeholder en udtømmende liste af rettigheder, og at medlemsstaterne således skulle være

begge om kabelviderespredning af fjernsynssignaler til gæster på hhv. et hotel og en kurbadeanstalt.

23. WIPO Copyright Treaty (adopted in Geneva on December 20, 1996).

24. WIPO Performances and Phonograms Treaty (adopted in Geneva on December 20, 1996).

25. Betragtning 19, 1. pkt.

26. OPHL § 29 omfatter ifølge forarbejderne tilsyneladende alene rettighederne omfattet af § 3. Se FT 1960-61 Till. B, sp. 634, og FT 1959-60 Till. A, sp. 2709, om den tidligere § 13. Se herved også FT 1994-95 Till. A, s. 1362, 2. sp., hvorefter den nu gældende § 29 svarer til den tidligere § 13. Se også *Schovsbo, Rosenmeier & Salung Petersen: Immaterialret*, s. 283, hvor det fremgår, at § 29 er en undtagelse til § 3, stk. 2. En ændring af et allerede eksisterende eksemplar vil da som hovedregel heller ikke være en eksemplarfremsættelse og vil derfor ikke falde under direktivet. Sml. dog C-419/13 (Art & Allposters), præmis 43, hvor overføring af et værk fra plakat til lærred v.h.a. en særlig teknik betød, at der var fremstillet et nyt eksemplar. *Schønning* anfører, at § 29 ikke giver hjemmel til eksemplarfremsættelse, se *Schønning: Ophavsretsloven med kommentarer*, s. 400. Det må derfor formodes, at § 29 ikke vil være relevant, hvor en ændring vil indebære en eksemplarfremsættelse. § 29 falder herefter ikke under direktivets anvendelsesområde.

27. *Stamatoudi & Torremans: EU Copyright Law* § 20.23, s. 1110, med henvisning til forenede sager C-403/08 og C-429/08 (FAPL), præmis 201-203.

28. At retten til at fremvise et værk ikke udgør en eksemplarspredning er fastslået i C-456/06 (Peek & Cloppenburg), præmis 41.

29. *Rosati: Copyright in the EU*, s. 422. Se tilsyneladende i samme retning *Schovsbo, Rosenmeier & Salung Petersen: Immaterialret*, s. 66. Se også *Hugenholtz & Senftleben: In search of flexibilities*, s. 26 og 28, om retten til at fremstille eksemplarer af værket i ændret form, dvs. hvor værkets såkaldte *corpus mysticum* er ændret.

3. InfoSoc-direktivets anvendelsesområde

forhindrede i at indføre andre rettigheder, end dem der er omfattet af direktivet. I den retning peger formentlig også *FAPL*,³⁰ præmis 171, og *Infopaq II*,³¹ præmis 44, hvor EU-Domstolen forudsætningsvist synes at anerkende, at medlemsstaterne kan have andre restriktioner for brug af ophavsretligt beskyttet materiale, end dem der følger af EU-Retten.³² I den forbindelse må man dog være opmærksom på, at EU-Domstolen ikke vil acceptere at medlemsstaterne udvider anvendelsesområdet for de harmoniserede rettigheder.³³ De må derfor f.eks. ikke bestemme, at overførsesretten omfatter mere, end det der følger af direktivet.³⁴ Det må betyde, at indførelse af rettigheder, der ligger for tæt på de rettigheder, der allerede er harmoniseret i direktivet, men som kaldes noget andet, også er forbudt.

Opførelsesretten synes at være anerkendt af EU-Domstolen i *FAPL* og *Circul Globus București*.³⁵ Og visningsretten vedrører en fysisk brug³⁶ af

30. C-403/08 og C-429/08 (FAPL).

31. C-302/10 (Infopaq II).

32. Se i samme retning C-301/15 (Souliez og Doke), præmis 48.

33. Om forbud imod ændring af rettighedernes bredde generelt, se *Rosati: Copyright in the EU*, s. 422 f.

34. C-466/12 (Svensson), præmis 34-35, 37 og 41. I præmis 37 udtalte EU-Domstolen, at: "[...] artikel 3, stk. 1, i [InfoSoc-direktivet ...] ikke [...] tillader medlemsstater at indføre en mere omfattende beskyttelse af indehavere af en ophavsrettighed ved at fastsætte, at begrebet overføring til almenheden omfatter flere handlinger, end hvad der følger af artikel 3, stk. 1, i [InfoSoc-direktivet ...]."

35. Forenede sager C-403/08 og C-429/08 (FAPL), præmis 201, og sag C-283/10 (Circul Globus București), præmis 35. I begge sager henviste EU-Domstolen til, at overførsesretten ifølge direktivet ikke omfatter retten til »direkte forestilling eller fremførelse«. EU-Domstolen henviste i den forbindelse til Bernerkonventionens artikel 11, stk. 1, som vedrører "[...] fremførelse af værkerne foran et publikum, der befinder sig i fysisk og direkte kontakt med den, der fortolker eller fremfører disse værker." EU er selv bundet af Bernerkonventionen, da EU har tiltrådt WCT (WIPO Copyright Treaty), som ifølge artikel 1, stk. 4, kræver, at Bernerkonventionens artikel 1-21 overholdes, se Rådets afgørelse af 16. marts 2000 om godkendelse på Det Europæiske Fællesskabs vegne af WIPO-traktaten om ophavsret og WIPO-traktaten om udøvende kunstnere og fonogrammer (2000/278/EF), artikel 1, stk. 1. Det må derfor have formodningen imod sig, at EU-Domstolen ville fortolke direktivet på en måde, som gjorde, at forpligtelserne efter Bernerkonventionen ikke kunne iagttages af medlemsstaterne uden om harmoniseringen i direktivet.

36. Af forarbejderne fremgår: "Eneretten til visning omfatter herefter alene *direkte visning af et fysisk eksemplar af et værk for en tilstedeværende almenhed*, hvad enten der er tale om et originaleksemplar eller en kopi." (fremhævet her). FT 2002-03 Till. A, s. 239, 2. sp. Se i samme retning FT 2002-03 Till. A, s. 249, 2. sp, under bemærkningen til § 1, nr. 19.

værket, der synes at ligge langt fra både eksemplarfremsættelse, overførelse³⁷ og spredning.³⁸ Begge rettigheder må derfor være af en karakter, der ikke ligger for tæt på de af direktivet omfattede rettigheder. Det må derfor antages, at Danmark i forhold til InfoSoc-direktivet kan opretholde OPHL § 2, stk. 3, nr. 2 og 3,³⁹ og selv fastsætte undtagelserne hertil, herunder OPHL §§ 20⁴⁰ og (delvist) 21.⁴¹ Sidstnævnte omfatter delvist også overførelse,⁴² og denne del af anvendelsesområdet skal derfor opfylde direktivets rammer.

Endelig bemærkes, at direktivet ifølge artikel 9 og dets 60. betragtning ikke har til hensigt at berøre retsstillingen for visse andre retsområder, herunder bl.a. patentret, varemærker, mønsterrettigheder (design), pligtaflævering, aktindsigt og halvlederprodukters topografi. Bestemmelser om det berøres

37. Den danske lovgiver ændrede netop visningsretten mhp. at undgå en konflikt med overførelsesretten ved implementeringen af InfoSoc-direktivet, se FT 02-03 Till. A, s. 239.
38. Se om forholdet til spredningsretten, C-456/06 (Peek & Cloppenburg), præmis 36, jf. 15 og 20, hvorefter: "[...] det udelukkende og kun er adfærd, som indebærer en overdragelse af ejendomsretten til en genstand, der er omfattet af begrebet om spredning til almenheden på anden måde end ved salg af originalværker eller eksemplarer heraf som omhandlet i artikel 4, stk. 1, i [InfoSoc-direktivet ...]. Ifølge de af den forelæggende ret fremlagte oplysninger er det *åbenbart*, at dette ikke er tilfældet ved den i hovedsagen omhandlede adfærd [der bl.a. bestod i visning af eksemplarerne, se præmis 15 og 20]." (fremhævet her).
39. Her forstået som den del af OPHL § 2, stk. 3, nr. 3, der omfatter *opførelsesretten* og således ikke den del af bestemmelsens anvendelsesområde, der omfatter *overførelsesretten*, som findes i stk. 4, nr. 1.
40. Bestemmelsen vedrører visningsretten og falder derfor uden for direktivet.
41. Den del af bestemmelsen, der vedrører opførelsesretten, falder uden for direktivet.
42. Bestemmelsen tillader »offentlig fremførelse« ved visse gratisarrangementer, ved gudstjenester og til brug i undervisning. Det fremgår af OPHL § 2, stk. 4, nr. 1, at begrebet »offentlig fremførelse« i § 2 også omfatter overførelseshandlinger. Derudover nævnes for undervisningsbrug overførelseshandlinger i FT 02-03 Till. A, s. 249 f. For gudstjenester nævnes brug "[...] uanset værkets tekniske fremtrædelsesform [...]" samt fremførelse af "[v]ærker lagret i digital form [...], fx ved afspilning af lyden på en CD-plade eller billederne på et videogram eller ved overførelse af lyd eller billeder fra en database [...]" i FT 94-95 Till. A, s. 1354, 1. sp.

3. InfoSoc-direktivets anvendelsesområde

derfor ikke af direktivet,⁴³ herunder undtagelserne i OPHL §§ 10, stk. 2,⁴⁴ 16, stk. 5,⁴⁵ 16 a, stk. 2 og stk. 3,⁴⁶ og 27⁴⁷.

Sammenfattende skal Danmark altså – med de nævnte forbehold – følge direktivets rammer f.s.v.a. undtagelser til rettighederne i OPHL § 2, stk. 1, jf. stk. 2 (eksemplarfremsstilling), stk. 3, nr. 1 (spredning), og stk. 3, nr. 3, jf. stk. 4, nr. 1 (overføring). Derimod står Danmark i forhold til InfoSoc-direktivet frit mht. undtagelser til rettighederne i OPHL § 2, stk. 1, jf. stk. 3, nr. 2 (visning), stk. 3, nr. 3, jf. dog stk. 4, nr. 1 (opførelse), og § 3 (de ideelle rettigheder).⁴⁸

3.2. Undtagelsens art

3.2.1. Aftalelicenser

Aftalelicens⁴⁹ er som nævnt en ordning, hvorefter man mod aftale med en organisation af ophavsmænd kan få lov til at bruge værker på en i aftalen nærmere bestemt måde. Ifølge OPHL § 50, stk. 1, skal organisationen omfatte en væsentlig del af ophavsmændene til en bestemt art af værker, der anvendes i Danmark, og ifølge stk. 4 skal organisationen være godkendt af kulturministeren. Den bruger, der får en aftale med en organisation, er dog ikke begrænset til at anvende værker, som er fremstillet af de ophavsmænd, der er medlem af organisationen. Værker af samme art, som de værker aftalen omfatter, men som er fremstillet af ophavsmænd, der ikke er repræsenteret af organisationen, kan ifølge OPHL § 50, stk. 3, 1. pkt., også udnyttes af brugeren. Aftalen *udstrækkes* m.a.o. til også at omfatte de ikke-repræsenterede ophavsmænds værker. Idet disse ophavsmænd ikke har givet organisationen tilladelse til at lade andre anvende deres værker, kan ordningen siges at have karakter af en undtagelse. I den ændring af ophavsretsloven, der im-

43. *Stamatoudi & Torremans: EU Copyright Law*, § 11.171, s. 517. Se herom også *Schønning: EU-direktiverne om ophavsret*, s. 141.

44. Bestemmelsen vedrører halvlederprodukters topografi og falder derfor uden for direktivet. Det kan vel diskuteres, om det overhovedet er en undtagelse, men idet den til en vis grad har en tilsvarende funktion, er den inddraget her.

45. Bestemmelsen vedrører pligtaflevering og falder derfor uden for direktivet. Se i den retning FT 2004-05 Till. A, s. 2250.

46. Bestemmelserne vedrører pligtaflevering og falder derfor uden for direktivet.

47. Bestemmelsen vedrører aktindsigt i offentlige dokumenter og arkivlovgivning og falder derfor uden for direktivet, se *Schønning: EU-direktiverne om ophavsret*, s. 141.

48. Se i samme retning *Hugenholtz, m.fl.: The recasting of Copyright*, s. 63.

49. Se nærmere om aftalelicens *Schønning: Ophavsretsloven med kommentarer*, s. 256 og 492 ff.

plementerede InfoSoc-direktivet, har Kulturministeriet dog den opfattelse, at aftalelicensregler *ikke* har karakter af undtagelser (»indskrænkninger« i ophavsretslovens forstand) i ophavsretten, men derimod blot er ordninger for forvaltning af rettighederne. Dette følger ifølge forslaget til lovændringen af direktivets 18. betragtning.⁵⁰ Uanset om dette er korrekt har reglerne i hvert fald en *funktion*, som ligner undtagelserne til ophavsretten, og de behandles derfor i det følgende. Derudover er det i øvrigt i forhold til direktivet underordnet, hvad de danske myndigheder måtte mene, idet det afgørende er, om aftalelicensordninger efter *EU-retten* er en undtagelse til ophavsretten eller ej, og det er ikke helt klart, om de er det.

I den oprindelige udgave af afhandlingen, som blev indleveret til bedømmelse i sommeren 2016, var det anført, at direktivet ifølge 18. betragtning ikke omfatter aftalelicenser, og at bestemmelserne i OPHL §§ 13, stk. 1, 14, 16 b, 17, stk. 4, 24 a, 30, 30 a, 35, stk. 1, stk. 4 og stk. 5, og 50, stk. 2, derfor ikke skal opfylde direktivets rammer.⁵¹ Direktivets 18. betragtning lyder således:

“Dette direktiv berører ikke ordningerne i medlemsstaterne om forvaltning af rettigheder såsom aftalelicenser.”

Det er dog nu i lyset af EU-Domstolens dom af 16. november 2016 i sag C-301/15 (Soulier og Doke) tvivlsomt, om aftalelicens som følge af 18. betragtning falder uden for direktivets anvendelsesområde.

Dommen var en præjudiciel forelæggelse fra den øverste franske domstol i forvaltningsretlige sager og var afledt af et søgsmål om et dekret udstedt i medfør af en fransk lovændring om forvaltning af rettighederne til udgåede bøger med henblik på at gøre dem tilgængelige igen. Lovændringen gik i hovedtræk gik ud på, at rettighederne til digital eksemplarfremsstilling og tilgængeliggørelse af bøger udgivet i Frankrig før den 1. januar 2001, som ikke længere blev distribueret eller udgivet (defineret som »udgåede bøger« i lovændringen), kunne udøves af et godkendt rettighedsforvaltningsselskab, efter at bøgerne i over seks måneder havde været registreret i en til formålet oprettet online database. Ophavsmanden eller en forlægger, som havde retten

50. FT 2002-03 Till. A, s. 233, 1. sp., og s. 241, 1. sp., og *Schønning: Ophavsretsloven med kommentarer*, s. 495. Se i samme retning FT 1997-98 Till. A, s. 1031 f., omtalt samme sted i *Schønning: Ophavsretsloven med kommentarer*.

51. Det blev i den forbindelse ikke behandlet, om 18. betragtning indebærer, at aftalelicensordninger udgør en særlig art af undtagelser til ophavsretten, der falder uden for direktivet, eller om de derimod falder uden for direktivet, fordi de slet ikke har karakter af undtagelser. Uanset om aftalelicenser er undtagelser eller ej, var antagelsen således, at aftalelicenser som følge af 18. betragtning falder uden for direktivet.

3. InfoSoc-direktivets anvendelsesområde

til at trykke bogen, havde mulighed for inden for perioden på seks måneder at modsætte sig forvaltningsselskabets udøvelse af rettighederne. Ophavsmanden og en forlægger, der havde retten til at trykke bogen, kunne dog derudover efter seks-måneders perioden på et hvilket som helst tidspunkt i fællesskab meddele, at de ville tilbagekalde deres ret til at tillade eksemplarfremsstilling og tilgængeliggørelse af den pågældende bog i digital form, ligesom ophavsmanden mod dokumentation for, at han var eneindehaver af rettighederne, kunne tilbagekalde udøvelsen af rettighederne. Forvaltningsselskaberne repræsenterede i hvert fald nogle ophavsmænd, idet et moment, der indgik ved godkendelsen som forvaltningsorganisation, var, om der var »paritetisk [dvs. ligeligt fordelt] repræsentation af ophavsmænd og forlæggere blandt medlemmerne og de ledende organer«. Forvaltningsselskaberne lignede derfor i hvert fald til dels de danske aftalelicensorganisationer.⁵²

Søgsmålet var iværksat af to forfattere Marc Soulier og Sara Doke, der mente, at lovgivningen var i strid med eksemplarfremsstillingsretten i InfoSoc-direktivets artikel 2, litra a, og opstillingen af tilladte undtagelser i artikel 5, idet sidstnævnte ikke indeholdt en undtagelse svarende til indholdet af den med lovændringen indførte ordning.⁵³

Den franske domstol erkendte ved undersøgelsen af Soulier og Dokes anbringender, at behandlingen af disse afhang af fortolkningen af de nævnte bestemmelser i direktivet.⁵⁴ På den baggrund forelagde den franske domstol EU-Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

”Er [artikel 2 og 5] i direktiv 2001/29 til hinder for en ordning som den, der er [indført ved artikel L. 134-1 – L. 134-9 i lov om intellektuelle ejendomsrettigheder], der overlader udøvelsen af retten til at tillade reproduktion og tilgængeliggørelse i digital form af »udgåede bøger« til godkendte rettighedsforvaltningsselskaber, samtidig med, at den tillader ophavsmændene til disse bøger eller deres retssuccessorer at modsætte sig udøvelsen af denne ret eller at bringe den til ophør på de betingelser, som er fastsat heri?” (tekstændringen i original i dommens gengivelse af søgsmålet).⁵⁵

I Generaladvokat M. Wathelets forslag til afgørelse indgik der en diskussion af 18. betragtning, som er relevant ved gennemgang af dommen. Det havde under sagen været anført, at den nationale ordning alene udgjorde en ordning for forvaltningen af de i artikel 2, litra a, og artikel 3, stk. 1, omfattede rettigheder, og at bestemmelserne i direktivet ikke omfattede sådan national

52. Se om den omhandlede franske lovgivning C-301/15 (Soulier og Doke), præmis 15.

53. C-301/15 (Soulier og Doke), præmis 18-19.

54. C-301/15 (Soulier og Doke), præmis 23.

55. C-301/15 (Soulier og Doke), præmis 24.

regulering. Det var generaladvokaten dog uenig i, idet bestemmelserne ved at tildele ophavsmanden en eneret til at tillade eller forbyde eksemplarfremsstilling og overføring til almenheden ikke blot vedrørte *beskyttelsen* af ophavsretten men også *udøvelsen* af rettighederne.⁵⁶ Generaladvokaten anførte i den forbindelse om 18. betragtning i direktivet,⁵⁷ at:

”56. Selv om det er korrekt, at direktiv 2001/29 ikke harmoniserer og ikke berører *ordningerne* i medlemsstaterne om forvaltning af ophavsrettigheder, har EU-lovgiver ved at fastsætte, at ophavsmanden i princippet har eneret til at tillade eller forbyde reproduktion af sit værk og overføring af dette til almenheden, udøvet sin kompetence hvad angår intellektuelle ejendomsrettigheder.

57. Under disse omstændigheder kan medlemsstaterne ikke længere vedtage forvaltningsordninger, som er uforenelige med EU-lovgivningen, uanset om det er af hensyn til den almene interesse. Før forvaltningen af retten til reproduktion og overføring til almenheden kommer i betragtning, skal indehaveren af denne eneret således have givet et forvaltningsorgan ret til at forvalte sine rettigheder.”⁵⁸ (Fremhævnning i original. Fodnotehenvisninger er udeladt.).

Generaladvokaten anså det om 18. betragtning anførte for at være understøttet af direktiv 2014/26 om kollektiv forvaltning af ophavsrettigheder. Dette direktiv indeholder således bestemmelser om, at rettighedshaveren skal have mulighed for selv at vælge, hvilken kollektiv forvaltningsorganisation vedkommende vil bemyndige til at forvalte sine rettigheder, og om, at rettighedshaveren skal give en specifik bemyndigelse for hver rettighed eller kategori af rettigheder eller type af værker og andre frembringelser.⁵⁹

Samlet var det generaladvokatens opfattelse, at den nationale ordning *ikke* var forenelig med direktivets artikel 2, litra a), og artikel 3, stk. 1.⁶⁰

Den citerede passage om 18. betragtning er noget uklar. Det er navnlig ikke særligt klart, om den skal forstås således, at medlemsstaternes ordninger om forvaltning af ophavsrettigheder (aftalelicenser), som er indført før udløbet af direktivets implementeringsfrist, er forenelige med direktivet, mens ordninger indført efter direktivet er i strid med direktivet, medmindre de har

56. Generaladvokat M. Wathelets forslag til afgørelse i sag C-301/15 (Soulier og Doke), præmis 54-55.

57. Se herved generaladvokat M. Wathelets forslag til afgørelse i sag C-301/15 (Soulier og Doke), note 45 i præmis 56.

58. Generaladvokat M. Wathelets forslag til afgørelse i sag C-301/15 (Soulier og Doke), præmis 56-57.

59. Generaladvokat M. Wathelets forslag til afgørelse i sag C-301/15 (Soulier og Doke), præmis 58-61.

60. Generaladvokat M. Wathelets forslag til afgørelse i sag C-301/15 (Soulier og Doke), præmis 65.

3. InfoSoc-direktivets anvendelsesområde

hjemmel i en af direktivets undtagelser eller udøves med samtykke fra rettighedshaveren. Da det centrale ifølge generaladvokaten var, om der er givet samtykke fra ophavsmanden, hvor der ikke er hjemmel i undtagelserne, er det dog nok mest sandsynligt, at generaladvokaten ikke ville acceptere nogen forvaltningsordninger, som ikke er baseret på forudgående samtykke, uanset hvornår de er indført.⁶¹

EU-Domstolens afgørelse indeholder i modsætning til generaladvokatens forslag til afgørelse ikke præmisser om 18. betragtning, og dommen er derfor meget uklar om betragtningens rækkevidde.

Domstolen indledte ligesom generaladvokaten⁶² sine præmisser med en bemærkning om, at ikke alene artikel 2, litra a), om eksemplarfremsstillingsretten var relevant for problemstillingen, idet også artikel 3, stk. 1, om overføring til almenheden måtte inddrages.⁶³

Herefter konstaterede Domstolen, at de nationale regler ikke faldt under nogen af direktivets undtagelser,⁶⁴ og at spørgsmålet derefter alene var, om den nationale ordning kunne forenes med artikel 2, litra a), og artikel 3, stk. 1.⁶⁵

Domstolen udtalte herefter, at den beskyttelse, artikel 2, litra a), og artikel 3, stk. 1, giver ophavsmændene, har et bredt anvendelsesområde,⁶⁶ og at beskyttelsen derfor ikke alene omfatter *nydelsen* af de rettigheder, bestemmelserne fastsætter, men også *udøvelsen* af rettighederne.⁶⁷

De rettigheder, bestemmelserne omfatter, er ifølge Domstolen

”33. [...] af præventiv karakter, således at enhver reproduktion eller overføring til almenheden af et værk af tredjemand kræver ophavsmandens forudgående samtykke [...].

34. Det følger heraf, at med forbehold af de undtagelser og begrænsninger, der er fastsat på udtømmende vis i artikel 5 i direktiv 2001/29 [InfoSoc-direktivet], skal enhver anvendelse af et værk, der er foretaget af en tredjemand uden et sådan samtykke fra rettighedshaveren, betragtes som en krænkelse af ophavsretten til dette værk [...].”⁶⁸

61. Se således generaladvokat M. Wathelets forslag til afgørelse i sag C-301/15 (Soulier og Doke), præmis 38-39 og 61.

62. Generaladvokat M. Wathelets forslag til afgørelse i sag C-301/15 (Soulier og Doke), præmis 24-26.

63. C-301/15 (Soulier og Doke), præmis 25.

64. C-301/15 (Soulier og Doke), præmis 26.

65. C-301/15 (Soulier og Doke), præmis 28.

66. C-301/15 (Soulier og Doke), præmis 30.

67. C-301/15 (Soulier og Doke), præmis 31.

68. C-301/15 (Soulier og Doke), præmis 33-34.

M.a.o. kan en anvendelse af et værk *kun* tillades, hvis anvendelsen enten 1) slet ikke er omfattet af en eneret, 2) er omfattet af en undtagelse til en eneret eller 3) er tilladt af ophavsmanden.

EU-Domstolen bemærkede herefter – i modsætning til generaladvokaten⁶⁹ – at direktivet ikke er til hinder for, at en sådan tilladelse kan gives implicit (stiltiende).⁷⁰ Det er dog en betingelse for et sådant samtykke, at ophavsmanden

”38. [...] behørigt oplyses om en tredjemands fremtidige anvendelse af hans værk og om de midler, han har til rådighed med henblik på at forbyde anvendelsen, hvis han ønsker det.

39. I mangel af forudgående effektive oplysninger om denne fremtidige anvendelse kan ophavsmanden navnlig ikke tage stilling til denne og dermed i givet fald forbyde den, således at selve eksistensen af hans implicitte samtykke i denne henseende bliver rent hypotetisk.

40. Uden garantier, der sikrer ophavsmændene de effektive oplysninger om den planlagte anvendelse af deres værker og om de midler, de har til rådighed med henblik på at forbyde den, er det følgelig de facto umuligt for dem at tage stilling til en sådan anvendelse.”⁷¹

Domstolen udtalte herefter, at manglende modsættelse fra en ophavsmands side inden for den seks måneders frist, som den franske lovgivning fastsatte, kunne fortolkes som udtryk for et implicit (stiltiende) samtykke til den omfattede anvendelse.⁷²

Domstolen var dog ikke overbevist om, at de nationale regler indeholdt en ordning, der sikrede

”[...] effektiv og individualiseret information af ophavsmændene. Det kan derfor ikke udelukkes, at visse af de pågældende ophavsmænd reelt ikke engang har kendskab til den planlagte anvendelse af deres værker, og dermed, at de ikke er i stand til at tage stilling til dette i den ene eller i den anden retning. Under disse omstændigheder kan den blotte omstændighed, at ophavsmændene ikke har modsat sig dette, ikke betragtes som udtryk for deres implicitte samtykke til denne anvendelse.”⁷³

Domstolen bemærkede derefter, at direktivet ikke er til hinder for, at en lovgivning forfølger formål såsom den kulturelle interesse for forbrugere og

69. Generaladvokat M. Wathelets forslag til afgørelse i sag C-301/15 (Soulier og Doke), præmis 38-39.

70. C-301/15 (Soulier og Doke), præmis 35.

71. C-301/15 (Soulier og Doke), præmis 38-40.

72. C-301/15 (Soulier og Doke), præmis 42.

73. C-301/15 (Soulier og Doke), præmis 43.

3. InfoSoc-direktivets anvendelsesområde

samfundet som helhed, men at det ikke kan begrunde en undtagelse, som ikke har hjemmel i direktivet.⁷⁴

Endelig bemærkede Domstolen, at det var problematisk, at ophavsmandens mulighed for at modsætte sig forvaltningsselskabets udøvelse af rettighederne efter perioden på seks måneder afhang af, at ophavsmanden kunne overtale en forlægger til at følge sig, eller bevise, at han var eneindehaver af ophavsretten.⁷⁵

Det præjudicielle spørgsmål blev derfor – ligesom af generaladvokaten – besvaret bekræftende, således at den nationale ordning *ikke* var forenelig med direktivet.⁷⁶

Dommen synes – ligesom generaladvokatens forslag til afgørelse – overordnet at være udtryk for, at en anvendelse af et værk er en krænkelse, hvis anvendelsen ikke enten falder helt uden for ophavsretten, er omfattet af en direktivundtagelse eller er tilladt af ophavsmanden. Og for at anvendelsen er tilladt af ophavsmanden, skal vedkommende i øvrigt have fået informationer af en sådan art, at han er i stand til at tage stilling til, om han ønsker at tillade eller forbyde anvendelsen.

Det er derfor svært at se, hvordan dommen er forenelig med direktivets 18. betragtning, der udtrykkeligt siger, at direktivet ikke berører de nationale aftalelicensordninger. EU-Domstolen nævnte dog ikke 18. betragtning i dommens afsnit om retsfor skrifter,⁷⁷ selvom den tilsyneladende blev påberåbt,⁷⁸ og det kunne derfor se ud som om, at den slet ikke er indgået i grundlaget for afgørelsen.

Det er muligt, at EU-Domstolen mente, at den franske ordning ikke havde karakter af en aftalelicensordning som nævnt i direktivets 18. betragtning. Den var tilsyneladende ikke givet prædikatet »aftalelicens«, men at det skulle have haft indflydelse på Domstolens vurdering synes p.d.a.s. ikke oplagt. Det afgørende må være ordningens funktion og ikke dens betegnelse. Det synes derfor besynderligt, at EU-Domstolen ikke foretog en fortolkning af, hvilket indhold begrebet »aftalelicens« i 18. betragtning har, for efterfølgende at ana-

74. C-301/15 (Soulie og Doke), præmis 45.

75. C-301/15 (Soulie og Doke), præmis 46-51.

76. C-301/15 (Soulie og Doke), præmis 52.

77. C-301/15 (Soulie og Doke), præmis 15.

78. Generaladvokat M. Wathelets forslag til afgørelse i sag C-301/15 (Soulie og Doke), præmis 54.

lysere, om den franske ordning var omfattet heraf; navnlig når 18. betragtning tilsyneladende var gjort gældende.⁷⁹

Idet dommen slet ikke forholder sig til direktivets 18. betragtning, forekommer det – trods dommens generelle og rimeligt klare præmisser – uklart, om aftalelicensregler falder inden for eller uden for direktivet. Det må umiddelbart formodes, at direktivets 18. betragtning ikke er indholdsløs, og på den baggrund opretholdes afhandlingens oprindelige antagelse, hvorefter aftalelicensregler ikke er omfattet af direktivet, i det følgende. Antagelsen er dog baseret på en betydelig usikkerhed, og spørgsmålet bør forelægges EU-Domstolen.

Dommen er i øvrigt ud over aftalelicens-problemstillingen også interessant ud fra en anden synsvinkel, idet der formentlig kan spores begyndelsen på en EU-ophavsretlig specialitetsgrundsætning i præmis 38-40 og 43 citeret ovenfor. Navnlig bør det bemærkes, at EU-Domstolen anser det for at være en ophavsretskrænkelse, hvis et værk udnyttes i et tilfælde, hvor der ikke er nogen undtagelse, og hvor ophavsmanden ikke forudgående er sikret effektiv og individualiseret information om den pågældende anvendelse af værket, idet der i så fald automatisk mangler et samtykke. Præmisserne handler ganske vist om stiltiende samtykke, men det er svært at se, hvorfor principperne i dem ikke også skulle finde anvendelse på udtrykkelige aftaler. Idet spørgsmålet falder uden for bogens emne, vil det dog ikke blive behandlet nærmere her.

3.2.2. Tvangslicenser

Tvangslicenser er ikke omfattet af 18. betragtning. Nogle af direktivets fakultative undtagelser forudsætter, at medlemsstaterne sikrer, at rettighedshaveren får en »rimelig kompensation« for den brug, som undtagelsen tillader. Det gælder undtagelserne i artikel 5, stk. 2, litra a), b) og e). Derudover kan medlemsstaterne ifølge direktivets 36. betragtning bestemme, at også en eller flere af de 17 andre fakultative undtagelser skal tilknyttes et krav om betaling af kompensation til rettighedshaveren. Da de danske tvangslicensregler som nævnt giver lov til at bruge et værk på en bestemt måde, uden at rettighedshaveren skal give tilladelse, men dog skal have en betaling, svarer de funktionelt til direktivets bestemmelser om kompensering af rettighedshaveren. Direktivets regler giver således tilsvarende mulighed for brug uden tilladelse, men med en forudsætning om betaling af kompensation. De danske tvangslicens-

79. En national definition af »aftalelicens«-begrebet ville være underordnet, idet begrebet i direktivet skal undergives en ensartet fortolkning i hele EU. Se herom afsnit 4.1.4.

3. InfoSoc-direktivets anvendelsesområde

regler i OPHL §§ 17, stk. 3, og 18, stk. 1, må derfor falde under direktivets anvendelsesområde og skal derfor opfylde direktivets rammer.

3.2.3. Fribrugsregler

De danske »fribrugsregler« falder utvivlsomt under direktivets anvendelsesområde, da størstedelen af direktivets regler hverken kræver tilladelse eller betaling.

3.3. Sammenfatning

Sammenfattende kan anvendelsesområdet illustreres ved skemaet på næste side, hvor venstre bjælke illustrerer den rettighed, undtagelsen vedrører, og øverste bjælke illustrerer værksarten.

Følgende undtagelser falder derfor uden for direktivets anvendelsesområde:⁸⁰ OPHL §§ 10, stk. 2; 13, stk. 1; 14; 16, stk. 5 og 6; 16 a, stk. 2 og 3; 16 b; 17, stk. 4; 19, stk. 1, 2. pkt., jf. stk. 2 og 3; 20; 21;⁸¹ 24 a; 27; 29, stk. 1 og 2; 30; 30 a; 35, stk. 1, 2,⁸² 4 og 5; 36; 37; og 50, stk. 2. Det samme gør sig gældende for øvrige undtagelser i ophavsretsloven, for den del af deres anvendelsesområde, der vedrører databaser og EDB-programmer.

Følgende undtagelser falder inden for direktivets anvendelsesområde: OPHL §§ 9;⁸³ 11 a; 12; 13, stk. 4; 15; 16, stk. 2, 3 og 4; 16 a, stk. 1; 17, stk. 1-2 og 3; 18, stk. 1-2 og 3; 19, stk. 1, 1. pkt.; 21;⁸⁴ 22; 23, stk. 1, 2 og 3; 24,

80. For aftalelicensreglerne se dog afsnit 3.2.1., hvor der findes en gennemgang af EU-Domstolens dom af 16. november 2016, C-301/15 (Soulier og Doke), som medfører en betydelig tvivl om, hvorvidt aftalelicensregler falder uden for direktivets anvendelsesområde.

81. F.s.v.a. den del af anvendelsesområdet, der vedrører opførelsesretten.

82. F.s.v.a. den del af anvendelsesområdet, der vedrører udsendelser, der er omfattet af satellit- og kabeldirektivet.

83. OPHL § 9 står ikke i OPHL kap. 2, som handler om »indskrænkninger« i ophavsretten. Bestemmelsen har dog en *effekt*, som svarer til begrænsning af ophavsretten for nogle særlige typer af værker. Den inddrages derfor her.

84. F.s.v.a. den del af anvendelsesområdet, der vedrører overførselsretten.

stk. 1, 2 og 3; 25; 25 a; 26; 28; 31; 32; 34; 35, stk. 2;⁸⁵ »De Minimis«-princippet;⁸⁶ Parodi-undtagelsen;⁸⁷ og undtagelsen af hensyn til ytringsfriheden⁸⁸.

Er undtagelsen omfattet af InfoSoc-direktivet?	EDB-program	Database	Alle andre værker
Eksemplarfremsstilling OPHL § 2, stk. 2	NEJ	NEJ	JA, bortset fra (1) aftalelicensregler* og (2) regler omfattet af direktivets artikel 9.
Spredning OPHL § 2, stk. 3, nr. 1	NEJ	NEJ	JA, bortset fra (1) aftalelicensregler*, (2) undtagelser fra udlåns- og udlånsretten og (3) regler omfattet af direktivets artikel 9.
Visning OPHL § 2, stk. 3, nr. 2	NEJ	NEJ	NEJ
Opførelse OPHL § 2, stk. 3, nr. 3	NEJ	NEJ	NEJ
Overføring OPHL § 2, stk. 4, nr. 1	NEJ	NEJ	JA, bortset fra (1) aftalelicensregler*, (2) undtagelser fra retten til radio- og tv-udsendelse via satellit og viderespredning pr. kabel og (3) regler omfattet af direktivets artikel 9.
Moralske rettigheder OPHL § 3	NEJ	NEJ	NEJ

* Se dog afsnit 3.2.1., hvor EU-Domstolens dom af 16. november 2016, C-301/15 (Soulier og Døke), gennemgås. Dommen medfører en betydelig tvivl om, hvorvidt aftalelicensregler falder uden for direktivets anvendelsesområde.

85. F.s.v.a. den del af anvendelsesområdet, der vedrører udsendelser, der ikke er omfattet af satellit- og kabeldirektivet.
86. Princippet »*de minimis non curat lex*« (»de minimis«) nævnes i litteraturen som en af ophavsrettens ulovbestemte undtagelser, se *Schovsbo, Rosenmeier & Salung Petersen: Immaterialret*, s. 288, og *Schønning: Ophavsretsloven med kommentarer*, s. 258. Se dog med forbehold for princippet eksistens i dansk ret *Linkis: Dansk Ophavsrets Fleksibilitet*, s. 148.
87. En parodi-undtagelse nævnes i litteraturen som en af ophavsrettens ulovbestemte undtagelser, se *Schovsbo, Rosenmeier & Salung Petersen: Immaterialret*, s. 292 f., og *Schønning: Ophavsretsloven med kommentarer*, s. 212 f. Se dog med forbehold for princippet eksistens i dansk ret *Linkis: Dansk Ophavsrets Fleksibilitet*, s. 189.
88. Ytringsfriheden nævnes i *Schovsbo, Rosenmeier & Salung Petersen: Immaterialret*, s. 301 ff. som en ulovbestemt undtagelse til ophavsretten.

3. InfoSoc-direktivets anvendelsesområde

På baggrund heraf undersøges det i det følgende først, hvordan direktivet sætter rammer for den nationale kompetence, og efterfølgende om de danske regler er i konflikt hermed.

4. INFOSOC-DIREKTIVETS HARMONISERING

4.1. Generelt om direktivet

4.1.1. Direktivets undtagelser

InfoSoc-direktivet indeholder som nævnt en liste af to obligatoriske og 20 fakultative undtagelser. Førstnævnte fremgår af direktivets artikel 4, stk. 2, og 5, stk. 1, mens sidstnævnte fremgår af artikel 5, stk. 2-3.

De to obligatoriske undtagelser vedrører hhv. konsumtion¹ og visse midlertidige reproduktioner² (f.eks. den slags, som sker i en computers RAM-lager).

De fakultative undtagelser vedrører overordnet (1) reproduktioner på papir eller lignende;³ (2) privatkopiering;⁴ (3) særlige reproduktioner foretaget af biblioteker, uddannelsesinstitutioner, museer eller arkiver;⁵ (4) efemere optagelser;⁶ (5) reproduktioner af radio- og fjernsynsudsendelser foretaget af sociale institutioner;⁷ (6) undervisning eller forskning;⁸ (7) handicappede;⁹ (8) redegørelse for dagsbegivenheder mv.;¹⁰ (9) citater;¹¹ (10) den offentlige sikkerhed eller gennemførelse eller referering af administrative, parlamentariske eller retslige procedurer;¹² (11) politiske taler, offentlige forelæsninger

1. Artikel 4, stk. 2
2. Artikel 5, stk. 1
3. Artikel 5, stk. 2, litra a).
4. Artikel 5, stk. 2, litra b).
5. Artikel 5, stk. 2, litra c).
6. Artikel 5, stk. 2, litra d).
7. Artikel 5, stk. 2, litra e).
8. Artikel 5, stk. 3, litra a).
9. Artikel 5, stk. 3, litra b).
10. Artikel 5, stk. 3, litra c).
11. Artikel 5, stk. 3, litra d).
12. Artikel 5, stk. 3, litra e).

4. InfoSoc-direktivets harmonisering

mv.;¹³ (12) religiøse eller officielle ceremonier;¹⁴ (13) værker, som er varigt anbragt på et offentligt sted;¹⁵ (14) tilfældig medtagelse i andet materiale;¹⁶ (15) meddelelse om udstilling eller salg af kunstværker;¹⁷ (16) karikatur, parodi eller pastiche;¹⁸ (17) demonstration eller reparation af udstyr;¹⁹ (18) genopbygning af en bygning;²⁰ (19) overføring eller tilrådighedsstillelse ved terminaler på stedet med henblik på forskning eller privat studium;²¹ og (20) visse andre mindre væsentlige tilfælde²².

Hvor medlemsstaterne ifølge artikel 5, stk. 2-3, må indføre en undtagelse til eksemplarfremsstillingsretten, må de ifølge artikel 5, stk. 4, også indføre en undtagelse til spredningsretten, såfremt formålet med eksemplarfremsstillingen berettiger det.

Listen af undtagelser i direktivet er ifølge præambelens 32. betragtning udtømmende,²³ hvilket den danske Højesteret også udtrykkeligt har anerkendt.²⁴ Ligeledes må undtagelsernes anvendelsesområde ikke udvides. Se således *ACI Adam*,²⁵ præmis 27, hvor EU-Domstolen udtalte, at:

13. Artikel 5, stk. 3, litra f).

14. Artikel 5, stk. 3, litra g).

15. Artikel 5, stk. 3, litra h).

16. Artikel 5, stk. 3, litra i).

17. Artikel 5, stk. 3, litra j).

18. Artikel 5, stk. 3, litra k).

19. Artikel 5, stk. 3, litra l).

20. Artikel 5, stk. 3, litra m).

21. Artikel 5, stk. 3, litra n).

22. Artikel 5, stk. 3, litra o).

23. Der står her i 1. pkt., at: "Direktivet indeholder en udtømmende opregning af undtagelser og indskrænkninger til reproduktionsretten og retten til overføring til almenheden." Man kan umiddelbart undre sig over, hvorfor spredningsretten ikke også nævnes. Af artikel 5, stk. 4, fremgår det dog, at medlemsstaterne (kun) kan indføre undtagelser i spredningsretten, hvor direktivet tillader medlemsstaterne at indføre undtagelser i eksemplarfremsstillingsretten. På den måde er spredningsretten afhængig af en undtagelse til eksemplarfremsstillingsretten.

24. Højesterets begrundelse i UfR 2014.2442 H: "Infosoc-direktivets opregning af undtagelser og indskrænkninger i reproduktionsretten og retten til overføring til almenheden er udtømmende, jf. betragtning 32 i præambelen til Infosoc-direktivet og EU-Domstolens dom af 26. april 2012, præmis 36. Det må herefter lægges til grund, at den undtagelse, der findes i ophavsretslovens § 31, stk. 1, 1. pkt., kun er i overensstemmelse med direktivet, hvis den opfylder de betingelser, der fremgår af direktivets artikel 5, stk. 2, litra d, herunder betingelsen om, at optagelser af værker skal være foretaget ved hjælp af egne midler."

25. C-435/12 (*ACI Adam*).

“[...] hverken [betragtning 44 ...] eller nogen anden bestemmelse i [InfoSoc-direktivet indeholder ...] mulighed for, at medlemsstaterne udvider anvendelsesområdet for sådanne undtagelser eller indskrænkninger.”²⁶

Direktivet nævner derimod ikke noget udtrykkeligt om, hvorvidt det er forbudt at indsnævre undtagelserne.

Spørgsmålet om udvidelse og supplerings af undtagelserne kan siges at berøre direktivets »øvre« grænse, idet der herved sættes et loft over, hvor meget der må undtages. Spørgsmålet om indsnævring derimod berører direktivets »nedre« grænse, idet denne sætter et minimum for, hvor lidt der må undtages.

4.1.2. Tre-trins-testen

Direktivet indeholder udover undtagelserne i artikel 5, stk. 1-4, den såkaldte tre-trins-regel i artikel 5, stk. 5, som stammer fra flere af de internationale ophavsretskonventioner.²⁷ Artikel 5, stk. 5, angiver, at undtagelserne i artikel 5, stk. 1-4,

“[...] kun [må] anvendes i visse specielle tilfælde, der ikke strider mod den normale udnyttelse af værket [...] og ikke indebærer urimelig skade for rettighedshaverens legitime interesser.”

Direktivet indeholder således reelt to betingelser for, at en national regel er forenelig med direktivet. For det første, at den har hjemmel i direktivets katalog af undtagelser. For det andet, at den er forenelig med tre-trins-testen i artikel 5, stk. 5.²⁸ Betingelserne skal tilsyneladende ifølge EU-Domstolen holdes adskilt,²⁹ idet:

26. Se i samme retning præmis 26: “Artikel 5, stk. 5, [...] tilsigter således hverken at påvirke det materielle indhold af [...] artikel 5, stk. 2, eller navnlig at udvide anvendelsesområdet for de forskellige undtagelser og indskrænkninger, som er fastsat deri.” Se også i samme retning C-351/12 (OSA), præmis 36-41.

27. Se direktivets betragtning 44, 1. og 2. pkt., og Bernerkonventionens artikel 9, stk. 2, WCT (WIPO Copyright Treaty) artikel 10 og TRIPS (Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights) artikel 13.

28. *Senfleben: Copyright, Limitations and the three-step test*, s. 255 f.

29. C-435/12 (ACI Adam), præmis 25-26, og C-463/12 (Copydan Båndkopi), præmis 90. *ACI Adam* og *Copydan Båndkopi* angår ganske vist kun artikel 5, stk. 2, og ikke artikel 5, stk. 1, 3 og 4, men det synes ikke umiddelbart oplagt, at der skulle være forskelle imellem de forskellige grupper af undtagelser i artikel 5. Det er p.d.a.s. ikke helt klart, at undtagelserne ikke skal afgrænses af artikel 5, stk. 5. EU-Domstolen har således i en række domme tilsyneladende anvendt tre-trins-testen direkte til at definere enkelte af direktivets undtagelsers materielle indhold, se C-5/08 (Infopaq I), præmis 58, om artikel 5, stk. 1, og C-117/13 (Eugen Ulmer), præmis 33-34 og

4. InfoSoc-direktivets harmonisering

“[...] artikel 5, stk. 5, [ikke] definerer [...] det materielle indhold af de forskellige undtagelser og indskrænkninger, der er opregnet i denne artikels stk. 2, men [først] finder [...] anvendelse på det tidspunkt, hvor medlemsstaterne anvender disse undtagelser og indskrænkninger.”³⁰

At undtagelserne i direktivet kan have et anvendelsesområde, der er så bredt, at tre-trins-testens betingelser ikke (alle) er opfyldt, er vel i øvrigt ikke uforeneligt med de internationale konventioner, EU er bundet af.³¹ Ved at sikre, at undtagelserne alene anvendes nationalt på en måde, som er forenelig med tre-trins-testen, er testen sikret gennemført i EU, og derved er internationalretten overholdt.

Ifølge *Senfileben* er der dog ikke mange tilfælde, hvor direktivets undtagelser har et område, der er i strid med tre-trins-reglen. Forfatteren skriver, at næsten alle undtagelserne udgør »visse specielle tilfælde«³², og at medlemsstaterne derfor ikke er nødt til at præcisere undtagelserne i direktivet for at sikre overensstemmelse med testens første krav.³³ De fleste undtagelser er derudover ikke i strid med »den normale udnyttelse af værket«,³⁴ ligesom alene få af undtagelserne forudsætter, at der indføres en vederlags-/kompensationsordning for at sikre imod at undtagelserne »indebærer urimelig skade for rettighedshaverens legitime interesser«.³⁵

Men fuld overensstemmelse er der således ikke, og på trods af afvisningen af en pligt til at præcisere undtagelserne, må visse altså for ikke at være i strid med tre-trins-testen tilpasses testens krav. Det er da også muligt, at forfatteren

47, om artikel 5, stk. 2, litra c), og stk. 3, litra n). Se om spørgsmålet også *Senfileben: Copyright, Limitations and the three-step test*, s. 255 f., og Generaladvokat M. Wathelets forslag til afgørelse i sag C-301/15 (Soulier og Doke), præmis 29.

30. C-435/12 (ACI Adam), præmis 25.

31. EU er bundet af WCT (WIPO Copyright Treaty), se Rådets afgørelse af 16. marts 2000 om godkendelse på Det Europæiske Fællesskabs vegne af WIPO-traktaten om ophavsret og WIPO-traktaten om udøvende kunstnere og fonogrammer (2000/278/EF), artikel 1, stk. 1. EU er desuden bundet af TRIPS (Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights), se Rådets Afgørelse af 22. december 1994 om indgåelse på Det Europæiske Fællesskabs vegne af de aftaler, der er resultatet af de multilaterale forhandlinger i Uruguay-rundens regi (1986—1994), for så vidt angår de områder, der hører under Fællesskabets kompetence (94/800/EF), artikel 1, stk. 1, jf. Bilag 1 C. EU er ifølge WCT artikel 1, stk. 4, og TRIPS artikel 9, stk. 1, bundet af Bernerkonventionens artikel 1-21. Som nævnt ovf. note 27, indeholder både WCT, TRIPS og Bernerkonventionen tre-trins-reglen.

32. *Senfileben: Copyright, Limitations and the three-step test*, s. 258 ff.

33. *Senfileben: Copyright, Limitations and the three-step test*, s. 267.

34. *Senfileben: Copyright, Limitations and the three-step test*, s. 268 ff.

35. *Senfileben: Copyright, Limitations and the three-step test*, s. 276 f.

blot henviser til, at undtagelserne i hvert fald ikke skal konkretiseres for at opfylde testens *første* betingelse, som forudsætter, at undtagelsen er begrundet i et anerkendelsesværdigt formål.³⁶ Det må i øvrigt holdes for øje, at der ofte kommer nye udnyttelsesformer til. Det er derfor muligt, at der kan opstå andre tilfælde, hvor tre-trins-testen betyder, at direktivets undtagelser ikke kan bruges med hele deres anvendelsesområde. Et vist behov for at tilpasse undtagelserne til testen er der altså.

Direktivet angiver ikke klart, hvem testen er rettet til, og i øvrigt om medlemsstaterne overhovedet har kompetence til at anvende og fortolke testen på de nationale undtagelser.

EU-Domstolens praksis synes ikke at give anledning til nogen tvivl om, at i hvert fald den nationale lovgiver er bundet. *Arnold & Rosati* henviser herved bl.a. til *Stichting de Thuiskopie*,³⁷ *Painer*³⁸ og *ACI Adam*.^{39 40} Derudover kan der henvises til Generaladvokat Cruz Villalóns forslag til afgørelse i *ACI Adam*⁴¹ og Domstolens dom i *Eugen Ulmer*.⁴² Men derudover er formentlig også domstolene omfattede.⁴³

Da domstolene også er bundet, er det flere steder anbefalet, at undtagelserne indføres i national ret i uændret form suppleret af tre-trins-reglen for at sikre den største fleksibilitet og direktivets formål om at harmonisere undtagelserne.⁴⁴ Det vil herefter være op til domstolene – eventuelt i samarbejde med EU-Domstolen – at sikre overholdelsen af testen.

36. *Senfileben: Copyright, Limitations and the three-step test*, s. 152.

37. C-462/09 (*Stichting de Thuiskopie*), præmis 21-22 og 33.

38. C-145/10 (*Painer*), præmis 110.

39. C-435/12 (*ACI Adam*), præmis 25.

40. *Arnold & Rosati: Are national courts the addressees of the InfoSoc three-step test?*, s. 746.

41. Generaladvokat Cruz Villalóns forslag til afgørelse i C-435/12 (*ACI Adam*), præmis 48, hvor generaladvokaten udtalte, at: "Såfremt den nationale lovgiver indfører undtagelsen om privatkopiering, skal dette under alle omstændigheder ske i overensstemmelse med kravene i nævnte artikel 5, stk. 2, litra b), men en sådan undtagelse skal endvidere samtidig opfylde kravene i artikel 5, stk. 5, i direktiv 2001/29 [...]" (fremhævet her).

42. C-117/13 (*Eugen Ulmer*), præmis 48, hvor Domstolen udtalte, at: "[...] inden for rammerne af den relevante nationale lovgivning tages der behørigt hensyn til betingelserne fastsat i nævnte direktivs art. 5, stk. 5 [...]"

43. *Senfileben: Copyright, Limitations and the three-step test*, s. 280, *Arnold & Rosati: Are national courts the addressees of the InfoSoc three-step test?*, s. 747, *Linkis: Dansk Ophavsrets Flexibilitet*, s. 63 petit, og generaladvokat Cruz Villalóns forslag til afgørelse i C-435/12 (*ACI Adam*), præmis 48.

44. *Senfileben: Copyright, Limitations and the three-step test*, s. 281, og *Hugenholtz & Senfileben: In search of flexibilities*, s. 17 og 29.

Men det er også muligt, at medlemsstaterne selv må sørge for overholdelse af tre-trins-reglen, så den nationale lovgiver selv præciserer direktivets undtagelser til en sådan grad, at de falder inden for tre-trins-reglens rammer.⁴⁵ Det vil i hvert fald være tilfældet, hvor direktivet ikke totalharmoniserer undtagelserne. Domstolens opgave er herefter en kontrol af, at undtagelsen ikke konkret giver anledning til konflikt med testen og at lovgiver således ikke har overset noget. Om medlemsstaterne har en sådan kompetence til at indføre undtagelserne med et snævrere anvendelsesområde end i direktivet for at overholde testen er det, der er genstand for undersøgelse i afsnit 4.2.

4.1.3. Indskrænkende fortolkning af undtagelser

EU-Domstolen undergiver undtagelserne en indskrænkende fortolkning.⁴⁶ Selv hvis direktivets artikel 5, stk. 5, ikke gælder ved fortolkningen af de forskellige undtagelser i direktivet, fortolker EU-Domstolen altså nogle gange undtagelserne på en måde, så deres anvendelsesområde indsnævres i forhold til deres ordlyd.

I *ACI-Adam* fortolkede EU-Domstolen reglen om privatkopiering i artikel 5, stk. 2, litra b), sådan, at medlemsstaterne ikke måtte tillade privatkopiering fra ulovlige eksemplarer, på trods af, at ordlyden ikke nævnte noget om det. Det fulgte ikke af artikel 5, stk. 5, men af princippet om indskrænkende fortolkning.⁴⁷

Princippet om indskrænkende fortolkning er dog tilsyneladende underordnet undtagelsens *effektive virkning*.⁴⁸ Hvor den effektive virkning udfordres af en indskrænkende fortolkning, skal den effektive virkning gives forrang ved fortolkningen.

45. Se for en sådan fortolkning *Walter & Lewinski: European Copyright Law*, § 11.5.79, s. 1061 f.

46. C-5/08 (Infopaq I), præmis 56-57, C-145/10 (Painer), præmis 109, C-302/10 (Infopaq II), præmis 27, C-435/12 (ACI Adam), præmis 22-23, C-463/13 (Copydan Båndkopi), præmis 87. Se herom også *Stamatoudi & Torremans: EU Copyright Law*, § 11.79, s. 451.

47. C-435/12 (ACI Adam), præmis 23-31. EU-Domstolen bemærkede dog også, at en national regel, der tillod kopiering fra et ulovligt eksemplar ville være i strid med artikel 5, stk. 5, se præmis 38-40. Artikel 5, stk. 5, påvirkede derfor ikke artikel 5, stk. 2, litra b), direkte, men havde på den anden side en lignende indirekte effekt ved at forbyde en national regel med hjemmel i artikel 5, stk. 2, litra b), at have et bestemt indhold.

48. C-403/08 og C-429/08 (FAPL), præmis 162-164, C-145/10 (Painer), præmis 133, C-360/13 (PRCA), præmis 23-24, C-128/11 (UsedSoft), præmis 49 (om programdirektivet), og C-201/13 (Deckmyn), præmis 23.

4.1.4. EU-Begrebers autonome karakter

De begreber, der bruges i direktivet, skal ifølge EU-Domstolen undergives en ensartet fortolkning i hele EU.⁴⁹ Det skyldes EU-rettens autonome karakter, og sker for at sikre, at EU-retten anvendes på samme måde i alle medlemsstaterne.⁵⁰ Hvad der f.eks. i direktivets forstand udgør en »parodi«,⁵¹ en »almenhed«,⁵² en »delvis reproduktion«⁵³ osv., er derfor spørgsmål, som medlemsstaterne ikke selv frit kan besvare. Fortolkningen af, hvad et begreb indebærer, skal EU-Domstolen – i mangel af en definition – afgøre ved fortolkning.

At et EU-retligt begreb skal undergives en ensartet fortolkning i hele EU, er dog ikke ensbetydende med, at medlemsstaterne aldrig selv må fastsætte dets nærmere kriterier, hvis det sker inden for direktivets rammer. At begreberne skal fortolkes ensartet i EU, er derfor ikke det samme, som at medlemsstaterne ikke må have forskelle. En sådan adgang skal blot følge af direktivet selv.⁵⁴

49. Se bl.a. C-245/00 (SENA), præmis 23-24 (»rimeligt vederlag« i leje-/lånedirektivets artikel 8, stk. 2); C-306/05 (SGAE), præmis 31 (»almenheden« i InfoSoc-direktivets artikel 3, stk. 1); C-5/08 (Infopaq I), præmis 27-29 (»delvis reproduktion« i InfoSoc-direktivets artikel 2) og præmis 61-64 (»flygtig« i artikel 5, stk. 1); C-393/09 (BSA), præmis 30 (»enhver form, hvori et edb-program udtrykkes« i programdirektivets artikel 1, stk. 2); C-467/08 (Padawan), præmis 31-37, (»rimelig kompensation« i InfoSoc-direktivets artikel 5, stk. 2, litra b)); forenede sager C-403/08 og C-429/08 (FAPL), præmis 154 (»reproduktion« i InfoSoc-direktivets artikel 2); C-145/10 (Painer), præmis 101-110 forudsætningsvist (»i den offentlige sikkerheds interesse« i InfoSoc-direktivets artikel 5, stk. 3, litra e)) og præmis 125-128 forudsætningsvist (»mise à la disposition du public« i den franske version af InfoSoc-direktivets artikel 5, stk. 3, litra d)); C-510/10 (DR og TV2 Danmark), præmis 33-37 (»ved hjælp af egne midler« i InfoSoc-direktivets artikel 5, stk. 2, litra d)); C-128/11 (UsedSoft), præmis 39-41 (»sælges« i programdirektivets artikel 4, stk. 2); C-435/12 (ACI Adam), præmis 49 (»rimelig kompensation« i InfoSoc-direktivets artikel 5, stk. 2, litra b)); C-201/13 (Deckmyn), præmis 14-17 (»parodi« i InfoSoc-direktivets artikel 5, stk. 3, litra k)); og C-572/13 (Hewlett-Packard Belgium), præmis 35 (»rimelig kompensation« i InfoSoc-direktivets artikel 5, stk. 2, litra b)). Se også *Schovsbo, Rosenmeier & Salung Petersen: Immaterialret*, s. 65.

50. Se om EU-rettens autonome karakter *Barents: The Autonomy of Community Law*, s. 253, 259 og 262 f.

51. Se C-201/13 (Deckmyn), præmis 14-17.

52. Se f.eks. C-306/05 (SGAE), præmis 31.

53. Se C-5/08 (Infopaq I), præmis 27-29.

54. Se i den retning *Prechal: Direct Effect, Indirect Effect, Supremacy and the Evolving Constitution of the European Union*, s. 39 f. og s. 40, note 18, med henvisning til *Barents: The Autonomy of Community Law*, s. 213 og 215.

4. InfoSoc-direktivets harmonisering

Det illustreres udmærket i *SENA*-dommen.⁵⁵ Her bemærkede EU-Domstolen først, at et EU-retligt begreb, der ikke udtrykkeligt angiver, at medlemsstaterne må fastlægge dets betydning, skal undergives en ensartet EU-retlig fortolkning.⁵⁶ Begrebet »rimeligt vederlag« i leje-/lånedirektivets artikel 8, stk. 2, skulle derfor fortolkes ensartet i alle medlemsstaterne.⁵⁷ Men herefter udtalte EU-Domstolen, at da begrebet ikke var defineret i EU-retten (f.eks. i direktivet), kunne EU-Domstolen ikke fastsætte begrebets præcise parametre, men alene nogle abstrakte rammer.⁵⁸ Medlemsstaterne kan altså ifølge dommen inden for direktivets grænser fastlægge de nærmere parametre, når der ikke er en definition i direktivet. En sådan opfattelse er gentaget i en række domme om begrebet »rimelig kompensation« i InfoSoc-direktivets artikel 5, stk. 2, litra a) og b),⁵⁹ og begrebet »i den offentlige sikkerheds interesse« i artikel 5, stk. 3, litra e).⁶⁰

I en række andre sager, har EU-Domstolen dog indtaget et andet synspunkt.⁶¹ Selvom direktivet ikke udtrykkeligt fastlagde nærmere kriterier, var medlemsstaterne tilsyneladende ikke overladt nogen skønsmargen. Her mente EU-Domstolen derimod, at den selv havde kompetencen til at definere begreberne. Det var ikke blot abstrakte rammer, der var harmoniserede, men begrebernes indhold som sådan. Som eksempel kan nævnes *Deckmyn*, hvor EU-Domstolen udtalte, at:

“[...] da begrebet parodi ikke er defineret i direktiv 2001/29, bør fastlæggelsen af betydningen og rækkevidden af dette udtryk i henhold til Domstolens faste praksis ske efter dets sædvanlige betydning i almindelig sprogbrug, idet der skal tages hensyn til den kontekst, hvori det anvendes, og de mål, der forfølges med den lovgivning, som det udgør en del af [...]”.⁶²

55. C-245/00 (*SENA*).

56. C-245/00 (*SENA*), præmis 23.

57. C-245/00 (*SENA*), præmis 24.

58. C-245/00 (*SENA*), præmis 34, 38 og 40 ff.

59. C-462/09 (*Stichting de Thuis kopie*), præmis 23, forenede sager C-457/11 - C-460/11 (*VG Wort*), præmis 74, C-521/11 (*Amazon.com International Sales*), præmis 20-21, 40 og 49, og C-463/12 (*Copydan Båndkopi*), præmis 20.

60. C-145/10 (*Painer*), præmis 101-110.

61. C-5/08 (*Infopaq I*), præmis 31-32, C-393/09 (*BSA*), præmis 29-30, forenede sager C-403/08 og C-429/08 (*FAPL*), præmis 154, C-145/10 (*Painer*), præmis 125-128, C-510/10 (*DR og TV2 Danmark*), præmis 33-37, C-128/11 (*UsedSoft*), præmis 39-41, C-435/12 (*ACI Adam*), præmis 29-31, og C-201/13 (*Deckmyn*), præmis 19-32.

62. C-201/13 (*Deckmyn*), præmis 19.

Herefter fastlagde Domstolen begrebets nærmere kriterier.⁶³

Hvornår direktivet alene fastlægger rent abstrakte rammer, og hvornår det harmoniserer begrebet som sådant, gives der tilsyneladende ikke nogen nærmere vejledning på. Men EU-Domstolen indtager nok næppe *generelt* den holdning, som bl.a. *SENA* kunne indikere, hvor manglende definitioner i direktivet indebærer en abstrakt rammeharmonisering. Domstolen ser formentlig snarere på, om begrebet er *vagt* (såsom »rimelig kompensation«) eller om begrebet har en tilpas *konkret* karakter (såsom »parodi«) til at kunne defineres på EU-niveau.⁶⁴ Vage begreber kunne indikere, at EU-lovgiver har villet overlade kompetence til medlemsstaterne. Det samme gør sig gældende, hvor begrebet ligger i *kernen af medlemsstatens interne forhold* såsom begrebet »i den offentlige ordens interesse«.⁶⁵ Mere konkretiserbare begreber vil derimod skulle præciseres af EU-Domstolen.⁶⁶

Det kan dog ikke helt afvises, at medlemsstaterne undertiden kan opstille andre begreber end direktivets, som alene omfatter nogle af de tilfældegrupper, direktivets begreber omfatter. Således kan det tænkes, at undtagelserne i direktivet alene har en »øvre« grænse, der defineres igennem undtagelsernes begreber. Inden for denne er det måske tilladt at fastsætte snævrere nationale begreber, som kun omfatter visse af de tilfælde, der falder under direktivets begreb.⁶⁷ Som eksempel kan nævnes, at medlemsstaterne muligvis kan opstille begrebet »privat studieøjemed« på baggrund af direktivets begreb »privat brug«, og dermed igennem et nyt begreb alene tillade visse af de tilfælde, der måtte falde under direktivets begreb. Spørgsmålet gennemgås nedenfor i afsnit 4.2.

Samlet må det nok konstateres, at det er noget uklart, hvem der har kompetence til hvad og hvornår, m.h.t. begreberne i direktivet.

4.1.5. Forarbejders betydning

EU-Domstolen har vist, at forarbejderne til InfoSoc-direktivet kan have betydning for fortolkningen.⁶⁸ At der undertiden i den EU-retlige litteratur tages for-

63. C-201/13 (Deckmyn), præmis 20 og 27-32.

64. Se formentlig i samme retning *Linkis: Dansk Ophavsrets Flexibilitet*, s. 60.

65. Se herved C-145/10 (Painer), præmis 102.

66. Se om fortolkningen af EU-begreber også *Stamatoudi & Torremans: EU Copyright Law*, § 11.57, s. 430, og § 11.86, s. 454 ff. Se også *Schovsbo, Rosenmeier & Salung Petersen: Immaterialret*, s. 65.

67. Se måske i same retning *Linkis: Dansk Ophavsrets Flexibilitet*, s. 62 og 160 i petit, som dog har betydelige forbehold herfor.

68. Se forenede sager C-403/08 og C-429/08 (FAPL), præmis 201, (om Rådets Fælles Holdning nr. 48/2000) og C-457/11 - C-460/11 (VG Wort), præmis 28 og 69 (om

4. InfoSoc-direktivets harmonisering

behold for retskildeværdien af EU-retsakters forarbejder,⁶⁹ kan derfor næppe betyde, at InfoSoc-direktivets forarbejder ikke skal tillægges nogen vægt. Forarbejderne må have en vis betydning, hvis ellers de er nogenlunde klare.

4.2. InfoSoc-direktivets harmoniseringsgrad

InfoSoc-direktivet indeholder som nævnt to obligatoriske og 20 fakultative undtagelser. Direktivet angiver dog ikke udtrykkeligt, om medlemsstaterne skal implementere undtagelserne præcist som de står i direktivet, eller om undtagelserne må ændres til de nationale behov, inden for den »øvre« grænse, direktivet sætter. Det er således ikke klart, om medlemsstaterne alene som *minimum* skal anvende de betingelser, direktivet sætter, for at undtagelserne kan finde anvendelse, men godt må opstille yderligere betingelser, eller om medlemsstaterne *kun* må anvende de betingelser, direktivet nævner.

Spørgsmålet kan – lidt abstrakt – illustreres med nedenstående figur. Figuren viser, hvilken grad af materiel kompetence, en medlemsstat har til at forme de ophavsretlige undtagelser. De fire cirkler illustrerer en undtagelses mulige anvendelsesområde, og i hvilken udstrækning medlemsstaterne kan fastsætte anvendelsesområdets omfang. Den yderste kant (100) udgør den absolutte yderkant for, hvad det i overensstemmelse med de internationale konventioner er muligt at undtage. Det inderste punkt (0) udgør det absolutte minimum; her undtages intet. Den del af en cirkel, der er grå, er udtryk for kompetence. Den eller de del(e), der er hvide, er udtryk for, at medlemsstaterne ikke har nogen kompetence.

Nr. 1 er tilfældet, hvor ingen EU-harmonisering har fundet sted. Her har medlemsstaterne ubegrænset materiel kompetence. Nr. 2-4 er tilfældet, hvor EU-harmonisering har fundet sted. Her er kompetencen begrænset. Alene nr. 2-4 er altså relevante i forhold til de af InfoSoc-direktivet omfattede undtagelser.

Hvis nr. 2 er tilfældet, fastsætter direktivet kun undtagelsernes »øvre« grænse. Det indeholder m.a.o. kun minimumsbetingelser, og medlemsstaterne kan indsnævre undtagelserne nationalt inden for disse, som de ønsker.

det oprindelige forslag fra Kommissionen af 10. december 1997 (KOM(97) 628)). Se også om programdirektivet C-406/10 (SAS), præmis 41, (om Kommissionens forslag til programdirektivet i KOM(88) 816).

69. Neergaard & Nielsen: *EU-Ret*, s. 143 ff., og Engsig Sørensen, m.fl.: *EU-Retten*, s. 109 f.

Hvis nr. 3 er tilfældet, fastsætter direktivet både en »øvre« og en »nedre« grænse, men overlader stadigvæk medlemsstaterne en vis adgang til at indsnævre undtagelserne. Medlemsstaterne må m.a.o. gerne undtage nogle situationer fra undtagelsens anvendelsesområde, men ikke alle.

Hvis nr. 4 er tilfældet, fastsætter direktivet både en »øvre« og en »nedre« grænse, og kræver at undtagelserne implementeres med præcist samme materielle anvendelsesområde, som de har i direktivet. Her har medlemsstaterne altså ingen skønsmargen og må slet ikke udelade nogen situationer fra undtagelsens anvendelsesområde.

F.s.v.a. direktivets fakultative undtagelser, kan medlemsstaterne selvfølgelig vælge slet ikke at implementere en af undtagelserne og dermed vælge undtagelsens absolutte minimum (0), uanset om der er tale om nr. 2, 3 eller 4. Medlemsstaterne har altså uanset ovenstående en kompetence til at vælge at undtage intet, også i nr. 3 og 4. De relevante tilfælde er altså dem, hvor medlemsstaterne faktisk vælger at implementere undtagelsen og dermed placerer sig et sted over 0.

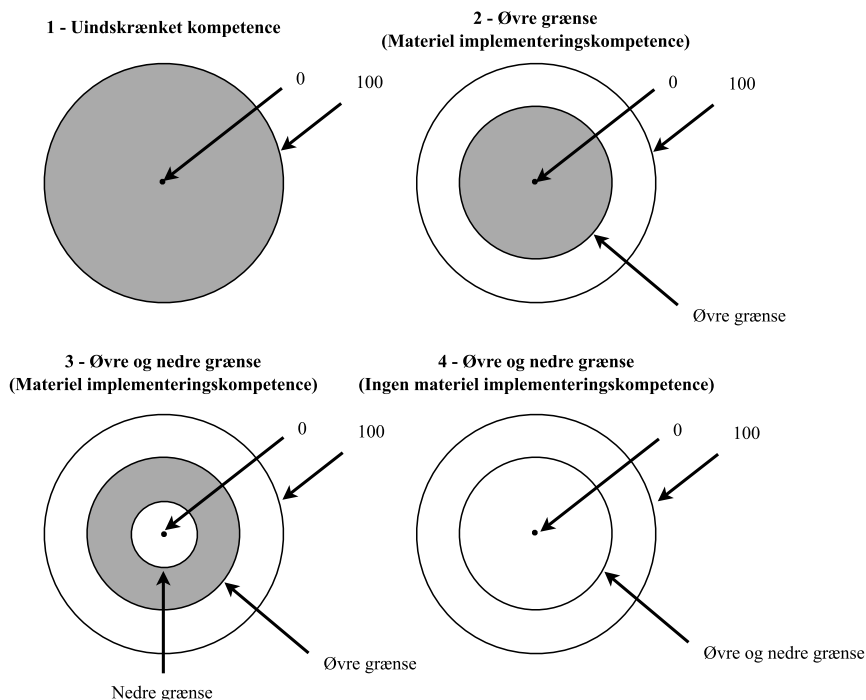
Nr. 2 og 3 kan nok bedst klassificeres under »rule« og »obstacle« preemption, mens nr. 4 udgør »field« preemption. Nr. 2 og 3 kan betegnes som en slags minimumsharmonisering, mens nr. 4 kan betegnes som totalharmonisering.

Den danske lovgiver synes i vid udstrækning at have baseret de danske undtagelser på, at direktivets undtagelser ikke er udtryk for »field preemption«. ⁷⁰ M.a.o., at direktivets undtagelser kan sammenblandes og indsnævres, så længe en national undtagelse ikke går ud over hver enkelt direktivundtagelses »øvre« grænse.

Som eksempel på national indsnævring af en undtagelse kan nævnes OPHL § 24, stk. 2, der er baseret på artikel 5, stk. 3, litra h). Litra h) tillader brug: "[...] af værker, f.eks. arkitektoniske værker eller skulpturer, der er beregnet til at være varigt anbragt på offentlige steder." § 24, stk. 2, indeholder nogenlunde samme ordlyd. Men derudover indeholder reglen i 2. pkt. et forbud mod brug, hvis "[...] kunstværket er hovedmotivet og gengivelsen udnyttes erhvervsmæssigt." Herved er den danske regel givet et mindre an-

70. Dette fremgår vel ikke udtrykkeligt af det lovforslag, der førte til implementeringen af direktivet i dansk ret. Men lovgiver udtrykker p.d.a.s. en opfattelse af, at de danske regler allerede i de fleste tilfælde var forenelige med direktivet. De eneste ændringer, der blev foreslået, var tilsyneladende baseret på, at direktivet fastsatte betingelser, som ikke allerede fandtes i dansk ret. Dvs. ændringer for at overholde direktivets »øvre« grænse. Se FT 2002-03 Till. A, s. 232, 2. sp.

4. InfoSoc-direktivets harmonisering



vendelsesområde end litra h), hvilket ikke er tilladt, hvis direktivets undtagelser er totalharmoniserende.

EU-Domstolen har allerede udtalt, at flere af spørgsmålene i de immaterialretlige direktiver, er udtryk for totalharmonisering.

Inden for *varemærkeretten* har EU-Domstolen udtalt, at artikel 5-7 i varemærkedirektivet⁷¹ om enerettighederne og de væsentligste undtagelser er totalharmoniserende.⁷² Medlemsstaterne må derfor ikke have andre undta-

71. Oprindeligt Rådets første direktiv 89/104/EØF af 21. december 1988 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varemærker. Nu kodificeret i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2008/95/EF af 22. oktober 2008 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varemærker, som ophæves den 15. januar 2019 af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv (EU) 2015/2436 af 16. december 2015 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varemærker.

72. Se bl.a. C-355/96 (*Silhouette*), præmis 23-26, C-324/08 (*Makro Zelfbedieningsgroothandel*), præmis 20, C-482/09 (*Budějovický Budvar*), præmis 32, C-661/11 (*Martin Y Paz Diffusion*), præmis 54-55, og C-500/14 (*Ford Motor Company*), præmis 44. Se også C-482/09 (*Budějovický Budvar*), præmis 33, om varemærkedirektivets artikel 9. Se i samme retning *Schovsbo*, *Rosenmeier & Salung Petersen: Immaterialret*,

gelser, end dem som er nævnt i direktivet.⁷³ Begrundelsen for at reglerne er totalharmoniserende er, at direktivet havde til hensigt at fjerne:

“[...] forskelligheder [i medlemsstaternes lovgivning], som kan hindre den frie bevægelighed for varer og den frie udveksling af tjenesteydelser samt fordreje konkurrencevilkårene i fællesmarkedet [...]. [Ligeledes ...], at det for at lette den frie omsætning af varer og frie udveksling af tjenesteydelser er af afgørende betydning at sikre, at registrerede varemærker nyder samme retsbeskyttelse i alle medlemsstaternes retsordener [...].”⁷⁴ (fremhævet her).

Inden for *ophavsretten* har EU-Domstolen om databasedirektivet udtalt, at medlemsstaterne ikke må give databaser omfattet af direktivet ophavsretlig beskyttelse på andre vilkår, end dem der er nævnt i direktivet.⁷⁵ Det udgør ifølge *Schovsbo, Rosenmeier & Salung Petersen* totalharmonisering af de ophavsretlige beskyttelsesbetingelser for databaser.⁷⁶

Forfatterne når på baggrund af dommene den konklusion, at direktiverne inden for immaterialretten i meget vid udstrækning må antages at være totalharmoniserende.⁷⁷ I hvert fald når direktivet har til hensigt at:

“[...] fremme integrationen og fjerne grænser for det indre marked, er der en høj grad af sandsynlighed for, at direktivet er udtømmende.”⁷⁸

For at vurdere, om også undtagelserne i InfoSoc-direktivet er totalharmoniserende, er udgangspunktet for undersøgelsen, om direktivet udtrykker en hensigt om at fjerne *alle* forskelle i undtagelsernes anvendelsesområde i medlemsstaterne, eller om det blot tilsigter at fjerne *visse* forskelle. Af hensyn til strukturen behandles de obligatoriske og de fakultative undtagelser hver for sig.

s. 66. Se om harmonisering af den materielle varemærkeret desuden *Dinwoodie: The Europeanization of Trade Mark Law*, s. 76 og 82 f., som også fremhæver, at EU-Domstolen fortolker direktivet totalharmoniserende.

73. C-661/11 (Martin Y Paz Diffusion), præmis 55, og C-500/14 (Ford Motor Company), præmis 44.

74. C-355/96 (Silhouette), præmis 24.

75. C-604/10 (Football Dataco), præmis 52. Se også præmis 50.

76. *Schovsbo, Rosenmeier & Salung Petersen: Immaterialret*, s. 66, og i samme retning s. 128 ff.

77. *Schovsbo, Rosenmeier & Salung Petersen: Immaterialret*, s. 66.

78. *Schovsbo, Rosenmeier & Salung Petersen: Immaterialret*, s. 66.

4.2.1. InfoSoc-direktivets obligatoriske undtagelser

De to obligatoriske undtagelser vedrører som nævnt hhv. konsumtion⁷⁹ og visse midlertidige reproduktioner⁸⁰. Direktivet indeholder ingen »express preemption« eller »express saving« klausul,⁸¹ og hvis EU-lovgiver havde til hensigt at totalharmonisere de obligatoriske undtagelser er det derfor ikke angivet eksplicit.

EU-Domstolen har dog i *Laserdisken* og *Art & Allposters* udtalt, at konsumptionsreglen i artikel 4, stk. 2, er totalharmoniserende.⁸² Medlemsstaterne skal derfor indføre undtagelsen præcist som den står i direktivet.

Der er derimod ingen retspraksis fra EU-Domstolen, der udtrykkeligt fastslår, at undtagelsen om midlertidige reproduktioner i artikel 5, stk. 1, er totalharmoniserende. En del synes dog at tale for det.

For det første er undtagelsen ligesom artikel 4, stk. 2, obligatorisk.⁸³ For det andet er den temmeligt præcist defineret, hvilket kunne indikere en lille eller ingen implementeringskompetence.⁸⁴ For det tredje understreger direktivets forarbejder et stort behov for at undgå forskelle mht. midlertidige reproduktioner imellem medlemsstaterne, da sådanne forskelle »i høj grad« vil hindre det indre marked.⁸⁵

Det må derfor antages, at også artikel 5, stk. 1, er totalharmoniserende.⁸⁶ Medlemsstaterne skal derfor implementere reglen præcis som den findes i direktivet.

79. Artikel 4, stk. 2.

80. Artikel 5, stk. 1.

81. Om »express preemption clauses« og »express saving clauses« se ovenfor under afsnit 2.3.2.

82. C-479/04 (*Laserdisken*), præmis 24 og 26, og EU-Domstolens dom i C-419/13 (*Art & Allposters*), præmis 30. Se også Generaladvokat Cruz Villalóns forslag til afgørelse i C-419/13 (*Art & Allposters*), præmis 62.

83. Argumentet i Generaladvokat V. Trstenjaks forslag til afgørelse i C-145/10 (*Painer*), omtalt nedenfor under 4.2.2.3., om, at princippet *qui potest majus, potest et minus* (det mindre i det mere) indebærer en adgang for medlemsstaterne til at indsnævre de fakultative undtagelser, er således ikke relevant for artikel 5, stk. 1, og modsætningsvist kan man nok slutte, at der ikke kan være nogen adgang for medlemsstaterne til at indsnævre de obligatoriske undtagelser.

84. Se herved *Engsig Sørensen, m.fl.: EU-Retten*, s. 98 f., hvor det anføres, at en direktivregels præcision har betydning for, hvilken skønsmargen medlemsstaterne har ved implementeringen. Se i samme retning de svenske forarbejder i Prop. 2004/05-110, s. 93.

85. KOM(97) 628, s. 28, pkt. 3, 2. afsnit, i.f.

86. Se vistnok i samme retning de svenske forarbejder i Prop. 2004/05-110, s. 93.

4.2.2. InfoSoc-direktivets fakultative undtagelser

4.2.2.1. InfoSoc-direktivets ordlyd og præambel

Direktivet indeholder ingen »express preemption« eller »express saving« klausul.⁸⁷ Hvis EU-lovgiver havde til hensigt at totalharmonisere de fakultative undtagelser er det derfor ikke udtrykt eksplicit. Harmoniseringsgraden må derfor fastslås igennem fortolkning af direktivet.

Rettes blikket først imod undtagelsernes **ordlyd**, observeres det hurtigt, at direktivets undtagelser er formuleret relativt bredt. De er sågar blevet betegnet som upræcise »prototyper« i litteraturen.⁸⁸

Som eksempel kan nævnes artikel 5, stk. 2, litra b). Den tillader eksemplar fremstilling til privat brug for en fysisk person, hvis formålet ikke er kommercielt og såfremt der betales en »rimelig kompensation« til rettighedshaverne. Den nævner derimod intet om, hvor mange kopier, der må fremstilles, om eksemplar fremstillingen må ske fra lånte eksemplarer, osv.

Af den EU-retlige litteratur fremgår det, at medlemsstaternes skønsmargen ved implementeringen afhænger af, hvor præcise det pågældende direktivs regler er, således at upræcise regler betyder større skønsmargen.⁸⁹ Den brede formulering af flere af undtagelserne kunne således tyde på, at medlemsstaterne har en vis kompetence til at fastsætte de nærmere vilkår for anvendelsen af undtagelserne på medlemsstatens område. P.d.a.s. kan det indvendes, at EU-lovgiver måske blot ønskede en ordning med en vis fleksibilitet indbygget, og at det derefter var op til EU-Domstolen at afgrænse undtagelserne. I så fald ville undtagelserne samlet have karakter af en halv-åben norm⁹⁰ svarende til en vis grad til den amerikanske »fair use«-undtagelse.⁹¹ Undtagelserne ville

87. Om »express preemption clauses« og »express saving clauses« se ovenfor under afsnit 2.3.2.

88. *Hugenholtz & Senfileben: In search of flexibilities*, s. 2, 14 ff. og 29.

89. *Engsig Sørensen, m.fl.: EU-Retten*, s. 99. De upræcise undtagelser leder også *Hugenholtz, m.fl.: The recasting of Copyright*, s. 66, til at antage, at medlemsstaterne havde en bred implementeringsmargen. Se også *Hugenholtz & Senfileben: In search of flexibilities*, s. 2, 14 ff. og 29.

90. Se i den retning *Hugenholtz & Senfileben: In search of flexibilities*, s. 17 og 29.

91. Den amerikanske »fair use« undtagelse kan betegnes som en åben norm, der generelt tillader en brug, hvis brugen kan karakteriseres som »fair«. Se 17 U.S.C. § 107, der lyder: "Notwithstanding the provisions of sections 106 and 106A, the fair use of a copyrighted work, including such use by reproduction in copies or phonorecords or by any other means specified by that section for purposes such as criticism, comment, news reporting, teaching (including multiple copies for classroom use), scholarship, or research, is not an infringement of copyright. In determining whether the use made of a work in any particular case is a fair use the factors to be considered shall include -

4. InfoSoc-direktivets harmonisering

derfor ikke skulle præciseres nærmere på medlemsstatsniveau.⁹² En sådan ordning ville delvist være en afvigelse fra den traditionelle kontinentaleuropæiske tradition med lukkede normer, der opregner specifikke tilfældegrupper af tilladt brug,⁹³ men derfor er den vel ikke nødvendigvis udelukket.

En enkelt regel i direktivet overlader det dog klart til medlemsstaterne at bestemme, hvilke præcise udnyttelsesformer, der skal være tilladte, inden for de fastsatte rammer.⁹⁴ Artikel 5, stk. 2, litra c), nævner »særlige reproduktionshandlinger« uden at definere dem nærmere. Litra c)'s forarbejder uddyber i den forbindelse, at det er op til medlemsstaterne at definere de reproduktionshandlinger under artikel 5, stk. 2, litra c), som skal være undtaget i medlemsstaten:

“Bestemmelsen fastsætter ikke, hvilke reproduktionshandlinger medlemsstaterne kan undtage. I tråd med “tretrinstesten” kan medlemsstaterne imidlertid ikke undtage alle reproduktionshandlinger, men kun visse særlige former for reproduktion som f.eks. kopiering af værker, der ikke længere findes på markedet.”⁹⁵

At artikel 5, stk. 2, litra c), som den eneste undtagelse i direktivet skulle overlade medlemsstaterne en implementeringskompetence, virker noget ulogisk.⁹⁶ Litra c) må derfor ses som et holdepunkt for, at medlemsstaterne generelt har en vis adgang til at indsnævre og præcisere undtagelserne i direktivet ved implementeringen.

Det kunne indvendes, at også artikel 5, stk. 3, litra o), peger væk fra et ønske om en fuldstændigt ensartet regulering af undtagelserne. Denne tillader visse andre undtagelser, end dem, der er nævnt i direktivet, hvis undtagelserne 1) allerede gjaldt før direktivet, 2) kan karakteriseres som »mindre

(1) the purpose and character of the use, including whether such use is of a commercial nature or is for nonprofit educational purposes;

(2) the nature of the copyrighted work;

(3) the amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole; and

(4) the effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work.

The fact that a work is unpublished shall not itself bar a finding of fair use if such finding is made upon consideration of all the above factors.”

92. Se herved *Hugenholtz & Senfileben: In search of flexibilities*, s. 17 f. og 29.

93. Se om den traditionelle kontinentaleuropæiske form for undtagelser *Senfileben: Copyright, Limitations and the three-step test*, s. 281.

94. Se herved også *Rosati: Copyright in the EU*, s. 424.

95. Se KOM(97) 628, s. 30, pkt. 7, 1. afsnit.

96. Se dog anderledes *Rosati: Copyright in the EU*, s. 424, hvor det anføres, at artikel 5, stk. 2, litra c), til forskel fra de øvrige undtagelser, udtrykkeligt tillader medlemsstaterne at fastsætte et andet anvendelsesområde for undtagelserne i direktivet.

væsentlige«, 3) kun vedrører analog brug og 4) ikke har betydning for det indre marked. P.d.a.s. må det erkendes, at reglen alene vedrører nogle meget snævre situationer. Selvom en fuldstændigt ensartet regulering derfor ikke er tilfældet, er det vel ikke sikkert, at EU-lovgiver ville acceptere mere væsentlige afvigelser fra direktivet, der ville følge ved indsnævring af de øvrige undtagelser.

Artikel 5, stk. 4, derimod giver visse holdepunkter for, at medlemsstaterne skulle have en implementeringskompetence. Her fastslås det, at, hvis medlemsstaterne ifølge en af de andre undtagelser i direktivet må indføre en undtagelse til eksemplarfremsættelsesretten, må de også indføre en undtagelse til spredningsretten, hvis "[...] formålet med den tilladte reproduktion tillader dette." Det må forstås således, at det er op til medlemsstaterne at afgøre, hvilke tilfælde en sådan regel skal omfatte; f.eks. hvem eksemplarer, der er fremstillet til privat brug, må udleveres til o.l., så længe den kan begrundes i formålet med undtagelsen til eksemplarfremsættelsesretten. Havde det været anderledes, må EU-lovgiver formodes på forhånd at have fastsat, hvilke undtagelser til spredningsretten, der skulle gælde; eller i hvert fald blot forudsat indførelse af én bred undtagelse til spredningsretten, som medlemsstaterne skulle implementere som sådan.⁹⁷

Tre-trins-testen i artikel 5, stk. 5, giver måske også nogle holdepunkter. Det kunne indvendes, at EU-lovgiver måske ønskede, at de nationale lovgivere blot implementerede undtagelserne og tre-trins-testen, som de står i direktivet, og herefter overlod det til domstolene i samarbejde med EU-Domstolen at sikre testens overholdelse. Dette ville fremme direktivets generelle formål om at harmonisere de spørgsmål, direktivet regulerer.⁹⁸ P.d.a.s. nævner direktivets forarbejder – som det er fremgået om artikel 5, stk. 3, litra c), og som det vil fremgå nedenfor – tre-trins-testen i en kontekst, som indikerer, at det er op til medlemsstaterne at tilpasse direktivets regler til testens krav. Det samme synes EU-Domstolens praksis – som det ligeledes vil fremgå nedenfor – at vise. I så fald er EU-retten kompetent ikke udstrakt til egentlig anvendelse af testen, men alene til definitionen af, hvilke mere eller mindre abstrakte kriterier, testen består af. Lovgiver vil derfor inden for disse rammer kunne fastsætte undtagelser, hvor der allerede er taget højde for tre-trins-testen, og derigennem indsnævre direktivets undtagelser. Undertiden vil der ligefrem være pligt til det.

97. Sml. det ovenfor om en bred »fair use«-lignende regel anførte.

98. Se herved *Senfleben: Copyright, Limitations and the three step test*, s. 281.

4. InfoSoc-direktivets harmonisering

Et andet relevant forhold er måske, at nogle af undtagelserne overlapper.⁹⁹ Fotokopiering foretaget af private kan f.eks. falde under både artikel 5, stk. 2, litra a) og b) og det vil derfor være mest naturligt at se litra a) og b) som kompetencenormer, der tillader medlemsstaterne at indføre regler, inden for nogle givne rammer.

Endeligt kunne det indvendes, at undtagelsernes fakultative karakter er udtryk for accept af forskelle. Men det er p.d.a.s. nok væsentligt at tage i betragtning, at denne fakultative karakter vel ikke indikerer andet, end at EU-lovgiver kunne acceptere forskelle imellem, *hvilke* undtagelser medlemsstaterne har, og ikke nødvendigvis forskelle i undtagelsernes egentlige *indhold*.¹⁰⁰

Herefter kan blikket rettes mod direktivets *præambel*.

Præambelen indeholder nogle generelle betragtninger, der fremhæver en intention om at fjerne lovgivningsmæssige forskelle. Direktivets første betragtning nævner, at et af dets formål er at sikre det indre markeds funktion.¹⁰¹ Også anden og tredje betragtning samt 1. pkt. i sjette betragtning fremhæver hensynet til det indre marked. 2. pkt. i syvende betragtning fremhæver ligeledes det indre markeds funktion, men tager samtidigt visse forbehold for, hvor stor ensartethed, der er behov for, idet:

“[...] der ikke er behov for at fjerne eller undgå forskelle, der ikke påvirker det indre markeds funktion negativt.”

Betragtningerne kunne umiddelbart indikere, at en ensartet retstilstand langt hen ad vejen var ønsket. Men det må erindres, at et direktiv netop har til formål at tilnærme medlemsstaternes lovgivninger – dvs. at fjerne forskelle – for at undgå hindringer af det indre markeds funktion.¹⁰² Det gælder, uanset om det indebærer total- eller minimumsharmonisering. Det afgørende er, *hvilke* forskelle EU-lovgiver ønskede at fjerne på det *specifikke* område, der er genstand for diskussion.

99. Se generelt bl.a. Generaladvokat Sharpstons forslag til afgørelse i forenede sager C-457/11 og C-460/11 (VG Wort), præmis 34 og 38. Se også f.s.v.a. artikel 5, stk. 2, litra a) og b), C-572/13 (Hewlett-Packard Belgium), præmis 33.

100. Se dog nedenfor afsnit 4.2.2.3. generaladvokat V. Trstenjaks forslag til afgørelse i C-145/10 (Painer), hvor det anføres, at medlemsstaterne ifølge princippet *qui potest majus, potest et minus* (det mindre i det mere) har en adgang til at indsnævre de fakultative undtagelser.

101. Se herom også C-479/94 (Laserdisken), præmis 26.

102. Se herved TEUF artikel 114, stk. 1, hvorefter Europa-Parlamentet og Rådet: “[...] vedtager de foranstaltninger med henblik på indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes love og administrative bestemmelser, der vedrører det indre markeds oprettelse og funktion.” Se i samme retning TEUF artikel 115.

3.-6. pkt. i direktivets 31. betragtning angiver, at de nationale forskelle m.h.t. undtagelserne har negative konsekvenser for det indre marked, som kan blive endnu større med tiden. Og:

“For at sikre, at det indre marked fungerer tilfredsstillende, bør definitionen af sådanne undtagelser og indskrænkninger *i en vis grad* harmoniseres. Harmoniseringsgraden bør baseres på deres følger for det indre markeds funktion.” (fremhævet her).

Der udtrykkes altså et ønske om at ensarte undtagelserne, om end dog ikke fuldstændigt.

Mere vidtgående er måske 4. pkt. i direktivets 32. betragtning, hvor det anføres, at:

“Det er ønskeligt, at medlemsstaterne anvender disse undtagelser og indskrænkninger på ensartet vis [...]”.

Den engelske udgave af betragtningen understreger muligvis i endnu højere grad ønsket om ensartethed:

“Member States should arrive at a coherent application of these exceptions and limitations [...]”.

I den engelske litteratur antages betragtningen nogle steder at lægge store bånd på medlemsstaterne og således reelt binde dem til ikke at have materielt forskellige regler.¹⁰³

En sådan opfattelse har nok nogen merit. P.d.a.s. er den svær at forene med forbeholdet i den nævnte 31. betragtning. Ligeledes er den svær at forene med 3. og 4. pkt. i direktivets 44. betragtning, hvor det anføres, at medlemsstaternes undtagelser bør tage hensyn til det nye elektroniske samfund, og at det derfor kan blive nødvendigt at:

“[...] begrænse visse undtagelsers eller indskrænkningers anvendelsesområde yderligere i forbindelse med visse nye anvendelser af ophavsretligt beskyttede værker og frembringelser.” (fremhævet her).

Hvis medlemsstaterne overlades en mulighed for at begrænse undtagelsernes anvendelsesområde yderligere i forbindelse med nye udnyttelsesformer, vil de potentielt ikke anvende undtagelserne ens. Det er da også muligt, at

103. Rosati: *Copyright in the EU*, s. 424, og formentlig også Senfileben: *Copyright, Limitations and the three step test*, s. 281, jf. s. 267.

4. InfoSoc-direktivets harmonisering

medlemsstaterne i 32. betragtning blot *tilskyndes* til så vidt muligt at anvende undtagelserne ens.¹⁰⁴

Et yderligere forhold, der bør inddrages, er, at EU-Domstolen flere gange har udtalt, at direktivets *primære* formål er at sikre rettighedshaverne et højt beskyttelsesniveau.¹⁰⁵ Hvis det er tilfældet, fremmes direktivets formål vel ligefrem, hvis medlemsstaterne indsnævrer undtagelserne.

Endeligt kan nævnes muligheden for ifølge 36. betragtning at indføre kompensation for undtagelser, der i direktivet ikke kræver det. En sådan adgang åbner også døren for potentielle forskelle, idet nogle medlemsstater vil have betaling som betingelse, mens andre ikke vil.

Direktivet som sådant giver derfor visse argumenter for, at undtagelserne overlader medlemsstaterne en vis materiel implementeringskompetence og således ikke forudsætter fjernelse af alle forskelle.

4.2.2.2. InfoSoc-direktivets forarbejder

I Kommissionens oprindelige forslag til direktivet fremgår det talrige steder, at medlemsstaterne bør have mulighed for at indsnævre undtagelsernes anvendelsesområde. Om artikel 5, stk. 3, litra b)-e), i deres oprindelige form nævner forslaget f.eks., at:

“[Direktivforslaget ...] indeholder kun minimumsbetingelserne for deres anvendelse, og det er derefter op til medlemsstaterne at fastsætte, hvorledes de vil anvende disse indskrænkninger, dog inden for rammerne af det i stk. 5 fastsatte.”¹⁰⁶ (Det er en fejl, at der står stk. 5 til sidst i sætningen, da det oprindelige forslag slet ikke indeholdt noget stk. 5. Det engelske forslag viser, at meningen er artikel 5.)

Også forslagets bemærkninger til artikel 5, stk. 2, litra a) og b), indikerer, at der skulle være en implementeringskompetence.¹⁰⁷ Det samme gælder som nævnt litra c).

På et generelt plan for alle undtagelserne i artikel 5 står der i forslaget, at:

“Medlemsstaterne har ikke mulighed for at indføre andre undtagelser end de nævnte. Harmoniseringsgraden for undtagelserne er blevet gjort afhængig af deres indvirkning

104. Se i den retning C-467/08 (Padawan), præmis 35, og C-510/10 (DR og TV2-Danmark), præmis 35, hvor det anføres, at medlemsstaterne i 32. betragtning »opfordres« til at anvende undtagelserne ensartet.

105. Se bl.a. forenede sager C-403/08 og C-429/08 (FAPL), præmis 186, C-145/10 (Painer), præmis 107, C-351/12 (OSA), præmis 23, C-419/13 (Art & Allposters), præmis 47. Se også direktivets 9. betragtning.

106. KOM(97) 628, s. 31, pkt. 9, i.f.

107. KOM(97) 628, s. 28, pkt. 5, 2. afsnit, og s. 30, pkt. 6, 4. afsnit.

4.2. InfoSoc-direktivets harmoniseringsgrad

på det indre markeds funktion under behørig hensyntagen til subsidiaritets- og proportionalitetsprincippet og de nye WIPO-forpligtelser. De undtagelser og indskrænkninger, der har de største følger for det indre marked, er blevet gjort obligatoriske, eller også *er betingelserne for deres anvendelse om nødvendigt blevet harmoniseret i højere grad. Harmoniseringsgraden i denne artikel er derfor udtryk for en balance mellem på den ene side hensynet til det indre marked og på den anden side subsidiaritetsprincippet. Hvad angår de frivillige undtagelser vil medlemsstaterne selv kunne vælge at bevare eller indføre dem på nationalt niveau. Hvis de vælger at indføre dem, skal de opfylde betingelserne i direktivet og i de internationale instrumenter, som f.eks. "tretrinstesten", der også nævnes i en af bestemmelserne om undtagelserne. Denne differentierede tilgang [...], har til formål at indføre fælles regler for ophavsret og ophavsretsbeslægtede rettigheder i medlemsstaterne, samtidig med at medlemsstaterne får tilstrækkeligt spillerum til at bevare de nationale retlige og kulturelle traditioner.*"¹⁰⁸ (fremhævet her).

Der gives m.a.o. udtryk for, at medlemsstaterne bør bevare en vis kompetence ved implementeringen. Særligt synes brugen af begrebet »betingelser« og at disse er harmoniseret i større eller mindre grad at være interessant. Formuleringen kunne tyde på, at det, når disse (minimums)betingelser er opfyldt, er tilladt at definere de nationale undtagelser nærmere efter medlemsstatens behov. At betingelserne er blevet »harmoniseret i højere grad« nogle steder, må i den forbindelse skulle forstås således, at betingelserne her er blevet gjort mere udførlige og præcise i direktivet. At gøre det vil ikke være udtryk for en »højere grad« af harmonisering, hvis medlemsstaterne under alle omstændigheder skal implementere undtagelserne præcist som de står i direktivet. I så fald er harmoniseringen den samme, uanset hvordan betingelserne måtte se ud. Betingelserne er derfor næppe udtømmende. Også henvisningen til subsidiaritetsprincippet og et »spillerum« for medlemsstaterne peger i den retning.

Det Økonomiske og Sociale Udvalg (ØSU) udtrykte sin bekymring over det skøn, direktivforslaget overlod til medlemsstaterne.¹⁰⁹ Men det omfattede tilsyneladende også det forhold, at undtagelserne var fakultative og ikke obligatoriske. Mere bekymret var ØSU dog ikke, end at det selv foreslog en opsamlingsregel svarende til den, der nu findes i artikel 5, stk. 3, litra o), som frembyder mindre forskelle.¹¹⁰ Og mht. undtagelsen for privatkopiering roste ØSU faktisk, at medlemsstaterne blev overladt et skøn.¹¹¹

I de senere forarbejder blev der heller ikke taget afstand fra en overladelse af et skøn til medlemsstaterne ved implementeringen. To af Europa-Parlamentets udvalg udtrykte nogen forbeholdenhed for undtagelsernes fakultative ka-

108. KOM(97) 628, s. 27, pkt. 2.

109. EFT C 407 af 28.12.1998, s. 32, pkt. 3.7.2.1.

110. EFT C 407 af 28.12.1998, s. 33, pkt. 3.7.2.7.

111. EFT C 407 af 28.12.1998, s. 32 f., pkt. 3.7.2.4.

4. InfoSoc-direktivets harmonisering

rakter,¹¹² mens de andre to udvalg accepterede den¹¹³. Forbeholdenheden blev ikke taget til indtægt i Europa-Parlamentets ændringsforslag ved 1. behandlingen, som opretholdt forslaget fakultative undtagelser.¹¹⁴ Hverken Kommissionens ændringsforslag,¹¹⁵ Rådets Fælles Holdning¹¹⁶ eller de efterfølgende direktivforarbejder¹¹⁷ ændrede heller på spørgsmålet om, at undtagelserne skulle være fakultative, og ingen af dokumenterne synes at tage afstand fra, at medlemsstaterne skulle kunne indsnævre undtagelsernes anvendelsesområde.

Principperne i den ovenfor citerede generelle udtalelse om undtagelserne i Kommissionens oprindelige forslag genfindes endda i InfoSoc-direktivets 31. og 32. betragtning, som er stort set uændret siden det oprindelige forslag.¹¹⁸

Forarbejderne synes derfor at danne et rimeligt grundlag for at antage, at det var EU-lovgivers intention, at undtagelserne alene skulle være minimumsharmoniserende.

4.2.2.3. EU-Domstolens praksis

EU-Domstolens praksis har været genstand for en del diskussion, og det har været anført, at den har medført en højere grad af harmonisering end oprin-

112. Se om Udvalget om Retlige Anliggender og Borgernes Rettigheder: A4-0026/99, s. 27, pkt. 11, og s. 28, pkt. 13 og 14. Se om Udvalget om Miljø- og Sundhedsanliggender og Forbrugerbeskyttelse: A4-0026/99, s. 52, ændring 8 og 9, s. 56, ændring 19, s. 58, ændring 23, og s. 66, 5. afsnit. Udvalget foreslog endda en generel fair use regel, se s. 59 f., ændring 28.

113. Se om Udvalget om Økonomi, Valutaspørgsmål og Industripolitik: A4-0026/99, s. 34, pkt. 6. Se om Udvalget om Kultur, Ungdom, Uddannelse og Medier: A4-0026/99, s. 69, pkt. 5.

114. EFT C 150 af 28.5.1999, s. 171 ff.

115. KOM(1999) 250, se bl.a. forslagets præambels 24., 25., 26. og 28. betragtning samt den indledende tekst til artikel 5, stk. 2 og 3.

116. Rådets Fælles Holdning Nr. 48/2000, præambels 34., 35., 37., 38. og 40. betragtning samt den indledende tekst til artikel 5, stk. 2 og 3.

117. Se SEK/2000/1734, særligt pkt. 4; A5-0043/2001, Begrundelse, pkt. 11, hvor den fakultative karakter ligefrem roses, som opfulgt af EFT C 276 af 1.10.2001, hvor en række af forslagene i A5-0043/2001 blev vedtaget af Europa-Parlamentet; KOM(2001) 170; og C/01/141.

118. Sml. KOM(97) 628, s. 39, 21. og 22. betragtning, og InfoSoc-direktivets 31. og 32. betragtning.

deligt antaget at direktivet ville.¹¹⁹ *Rosati* har endda antaget, at den er udtryk for en totalharmonisering af stort set alle bestemmelser i artikel 5.¹²⁰

Der har tilsyneladende ikke været behandlet nogen præjudicielle spørgsmål om, hvorvidt medlemsstaterne må *indsnævre* undtagelsernes anvendelsesområde.¹²¹ Der har derimod været forelagt en del spørgsmål om direktivets »øvre« grænse og fortolkning i øvrigt. Den praksis udtrykker undertiden nogle generelle betragtninger, som også kan have betydning for adgangen til at indsnævre undtagelserne, og er derfor relevant for undersøgelsen.

Padawan¹²² blev den første sag, som handlede om de fakultative undtagelser. Sagen drejede sig om begrebet »rimelig kompensation« i artikel 5, stk. 2, litra b).

Her spurgte den spanske domstol bl.a., om begrebet »rimelig kompensation« indebar en harmonisering uafhængigt af medlemsstaternes ret til selv at bestemme vederlagsordningens nærmere udformning.¹²³ Det gjorde det. Og i den forbindelse bemærkede EU-Domstolen, at:

“35. Formålet med direktiv 2001/29 – som navnlig er baseret på artikel 95 EF [nu 114 TEUF] 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-lovgiverens vilje til at nå frem til en fortolkning af direktiv 2001/29, der er så ensartet som muligt, afspejles bl.a. i direktivets 32. betragtning, 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 det således står medlemsstaterne frit i medfør af artikel 5, stk. 2, litra b), i direktiv 2001/29 at beslutte sig for det valg, at der for så vidt angår privatkopiering skal indføres en undtagelse fra ophavsmandens eneret til reproduktion, som er fastsat i EU-retten, skal de stater, der gør brug af denne mulighed, fastsætte bestemmelser om udbetaling af en rimelig kompensation til de ophavsmænd, der lider skade som følge af anvendelsen af denne undtagelse. En fortolkning, hvorefter de medlemsstater, der har indført en sådan enslydende undtagelse, som er omhandlet i EU-retten, og som i medfør af direktivets 35. og 38. betragtning indeholder begrebet »rimelig kompensation« som et væsentligt element, frit skulle kunne præcisere dette begrebs parametre på uensartet og ikke-harmo-

119. Se bl.a. *Rosati: Copyright in the EU*, s. 423 ff., *Rosati: Just a laughing matter?*, s. 521 f., *Renda, m.fl.: Ex-Post impact assessment*, s. 79 ff. og *Stamatoudi & Toremans: EU Copyright Law*, § 11.77 ff., s. 449 ff.

120. *Rosati: Copyright in the EU*, s. 419 og 424 ff., og i samme retning *Rosati: Just a laughing matter?*, s. 521 f.

121. Se også *Rosati: Copyright in the EU*, s. 426.

122. C-467/08 (Padawan).

123. C-467/08 (Padawan), præmis 19, 1. spørgsmål.

4. InfoSoc-direktivets harmonisering

niseret vis, og muligvis varierende fra den ene medlemsstat til den anden, ville imidlertid være i strid med nævnte direktivs formål som anført i den foregående præmis.”¹²⁴

EU-Domstolen nævnte således hensynet til det indre marked og sikring imod fordrejning af konkurrencen, dvs. forhold, der peger imod totalharmonisering. I den sammenhæng er det interessant, at EU-Domstolen henviser til *Laserdisken*, som netop fandt artikel 4, stk. 2, i direktivet totalharmoniserende. Yderligere, at EU-Domstolen henviser til indførslen af “[...] en sådan *enslydende* undtagelse [...]” (fremhævet her). Det er ikke klart, om det skal forstås således, at medlemsstaterne er *forpligtede* til at indføre identiske undtagelser, eller om EU-Domstolen blot *antager* at det sker. Henvisningen til 32. betragtning kunne umiddelbart indikere det førstnævnte.¹²⁵ Men en sådan læsning invalideres ikke ubetydeligt af, at betragtningen ifølge EU-Domstolen alene er udtryk for en *opfordring* til medlemsstaterne om at anvende undtagelserne ensartet. Derudover handlede dommen på dette sted slet ikke om, hvordan medlemsstaterne nærmere skal indføre undtagelserne, men alene om kompetencen til at definere begrebet »rimelig kompensation«. Spørgsmålet var således blot, om begrebet i direktivet skulle forstås på samme måde i alle medlemsstaterne – ikke om medlemsstaterne skulle implementere undtagelserne materielt ens. At en pligt til at anvende begrebet ensartet skulle være ensbetydende med, at alle forskelle er forbudte, synes ikke velbegrundet. Det virker mere nærliggende, at Domstolens intention var at sige, at medlemsstaterne skal anvende de betingelser, der står i direktivet ens. Det kan næppe udledes af dommen, at direktivets betingelser er de eneste, der må bruges nationalt. Lige så muligt synes det, at de blot er minimumsbetingelser og udgør en »øvre« grænse, som skal anvendes ensartet.¹²⁶

I den senere *Painer*-sag¹²⁷ blev EU-Domstolen blandt andet spurgt om fortolkningen af artikel 5, stk. 3, litra d), der tillader citater, og artikel 5, stk. 3, litra e), der tillader brug af hensyn til den offentlige sikkerhed.

I generaladvokat V. Trstenjaks forslag til afgørelse, anføres det flere steder eksplicit, at direktivet alene foretager en minimumsharmonisering af

124. C-467/08 (Padawan), præmis 35 og 36.

125. *Rosati: Copyright in the EU* nævner s. 425 f. dommen som et argument for, at direktivet totalharmoniserer undtagelserne, med citering af præmis 36. Det er dog ikke klart, om det er den her fremhævede del af præmissen, forfatteren baserer totalharmoniseringen på, eller om det er noget andet.

126. Se for en noget anden fortolkning *Linkis: Dansk Ophavsrets Fleksibilitet*, s. 59, hvor forfatteren i øvrigt synes at anvende begrebet »totalharmonisering« forkert.

127. C-145/10 (Painer).

undtagelserne, og derfor overlader medlemsstaterne en (vis) adgang til at indsnævre disse.

Generaladvokaten startede med at fremsætte visse bemærkninger til lovgivningsteknikken bag artikel 5, stk. 3, i direktivet:

”147. Artikel 5 i direktiv 2001/29 opstiller en række grænser for ophavsretten. Som det fremgår af 32. betragtning til direktivet, er opregningen udtømmende, da der bør opnås en minimumsgrad af harmonisering hvad angår spørgsmålet om tilladte grænser. Begreberne i direktivets artikel 5, stk. 3, er således selvstændige EU-retlige begreber.

148. Direktivets artikel 5, stk. 3, anfører en række fakultative grænser. Medlemsstaterne kan vedtage de grænser, som anføres i bestemmelsen, men er principielt ikke forpligtet til at gøre det. Når medlemsstaterne kan beslutte, om de vil indføre en af de grænser, der gives mulighed for at anvende i henhold til artikel 5, stk. 3, kan de i henhold til grundsætningen *qui potest majus, potest et minus* principielt også beslutte, hvordan de udformer en sådan grænse. De skal imidlertid opfylde visse krav i denne forbindelse. For det første er kompetencen til at opstille visse grænser ganske vist udformet således, at medlemsstaterne selv frit kan afgøre, om de vil opstille dem, men i tilfælde af, at de gør det, skal opfylde [sic] bestemte minimumskrav. Desuden skal medlemsstaterne under alle omstændigheder opfylde kravene i tretrinseten i henhold til direktivets artikel 5, stk. 5. De må således kun anvende grænserne i visse specielle tilfælde (*første trin*), disse må ikke stride mod den normale udnyttelse af værket (*andet trin*), og de må ikke indebære urimelig skade for ret-tighedshaverens legitime interesser (*trede trin*). Der kan desuden fremkomme yderligere krav som følge af andre EU-retlige regler. Endelig fremgår det af 32. betragtning. [sic] til direktivet, at medlemsstaterne skal udøve deres skøn på ensartet vis.

149. Direktivets artikel 5, stk. 3, fastsætter således retlige rammer, som en medlemsstat skal overholde. En medlemsstat kan imidlertid frit vælge, hvorledes den udformer den i denne bestemmelse foreskrevne grænse inden for de påkrævede rammer.

150. Hvad angår anvendelsen af artikel 5, stk. 3, litra e), i direktiv 2001/29 betyder dette, at en medlemsstat ganske vist er bundet af direktivets artikel 5, stk. 3, litra e), for så vidt som bestemmelsen fastsætter grænserne for, hvad medlemsstaten kan anse for at henhøre under den offentlige sikkerhed, således at det er begrundet at begrænse ophavsretten. Inden for disse grænser kan medlemsstaten imidlertid principielt selv frit bestemme, i hvilke tilfælde den anser en undtagelse fra eller indskrænkning af ophavsretten for at være begrundet.”¹²⁸ (Kursivering i original. Fodnotehenvisninger fjernet.)

Om artikel 5, stk. 3, litra e), udtalte generaladvokaten nærmere, at:

”En medlemsstat er således i henhold til denne bestemmelse ikke forpligtet til overhovedet at indføre en sådan grænse. Hvis den gør det, kan den udforme grænsen inden for rammerne af de EU-retlige grænser. Medlemsstaten kan således i princippet frit træffe

128. Generaladvokat V. Trstenjaks forslag til afgørelse i C-145/10 (Painer), præmis 147-150, som er nævnt hos Linkis: *Dansk Ophavsrets Fleksibilitet*, s. 62, note 97 og 100.

4. InfoSoc-direktivets harmonisering

beslutningen om, i hvilke af de tilfælde der er omfattet af direktivets artikel 5, stk. 3, litra e), det er begrundet at begrænse ophavsretten.”¹²⁹

Om artikel 5, stk. 3, litra d), udtalte generaladvokaten i samme retning, at:

”[...] medlemsstaternes mulighed for at fastsætte grænser i henhold til artikel 5, stk. 3, litra d), i direktiv 2001/29 er fakultativ, og de [kan] derfor i princippet frit [...] afgøre, om de vil fastsætte en grænse i national ret, og hvorledes de i givet fald vil udforme den inden for de grænser, der følger af EU-retten; de skal dog tage hensyn til de forbehold, som jeg allerede har nævnt i punkt 148 i dette forslag til afgørelse.”¹³⁰

I forhold til artikel 5, stk. 3, litra d), som er begrundet i væsentlige ytrings-frihedsmæssige hensyn,¹³¹ fremhævede generaladvokaten dog, at den nationale implementeringskompetence er begrænset af EU-retlige krav, herunder navnlig ytrings- og pressefriheden.¹³²

Generaladvokatens udtalelse angiver derfor klart, at medlemsstaterne har adgang til at indsnævre undtagelserne, men at denne adgang undertiden kan være begrænset af de formål, undtagelserne bygger på, og at kompetencen må afgrænses i overensstemmelse hermed. En sådan begrænsning af kompetencen følger ikke af »field preemption« (totalharmonisering) men af »obstacle preemption«.

Domstolens afgørelse er ikke helt så klar, hvad angår harmoniseringsgraden, men udtrykker på den anden side stadigvæk en tankegang om, at medlemsstaterne har kompetence. Domstolen udtalte nemlig, at medlemsstaterne har en »vid skønsmargen« ved afgørelsen af, hvornår det skulle være muligt at påberåbe sig undtagelsen om brug »i den offentlige sikkerheds interesse« i artikel 5, stk. 3, litra e).¹³³

Domstolen fremhævede godt nok, at kompetencen skulle udøves inden for de i EU-retten og direktivet fastlagte rammer, som omfattede (1) proportionalitetsprincippet, (2) formålet om sikring af et højt beskyttelsesniveau, (3) sikringen af retssikkerhed for ophavsmændene, (4) indskrænkende fortolkning af undtagelser og (5) tre-trins-testen.¹³⁴ Men dommen viser, at direktivet på dette punkt kun fastlagde rammerne for medlemsstaternes regler og ikke nødvendigvis krævede det samme materielle indhold i alle medlemsstaterne.

129. Generaladvokat V. Trstenjaks forslag til afgørelse i C-145/10 (Painer), præmis 161.

130. Generaladvokat V. Trstenjaks forslag til afgørelse i C-145/10 (Painer), præmis 181.

131. Generaladvokat V. Trstenjaks forslag til afgørelse i C-145/10 (Painer), præmis 186.

132. Generaladvokat V. Trstenjaks forslag til afgørelse i C-145/10 (Painer), præmis 190, som er nævnt hos Linkis: *Dansk Ophavsrets Fleksibilitet*, s. 62, note 97.

133. C-145/10 (Painer), præmis 101-103.

134. C-145/10 (Painer), præmis 104-110.

Et vist forbehold er dog på sin plads, idet det er muligt, at udtalelserne om litra e), som indikeret ovenfor under 4.1.4., er begrundet i hensynet til medlemsstaternes autonomi, og at udtalelsen derfor ikke kan overføres til de andre undtagelser i artikel 5.

EU-Domstolen var mindre klar med hensyn til artikel 5, stk. 3, litra d). Spørgsmålet var, om anvendelsen af litra d) forudsætter, at den frembringelse, som værk citeres i, i sig selv er et ophavsretligt beskyttet værk.¹³⁵ EU-Domstolen svarede, at litra d) opregner en række betingelser for dens anvendelse, hvoriblandt ikke findes et krav som det nævnte.¹³⁶ Herefter forklarede Domstolen, at selvom undtagelser i princippet skal fortolkes indskrænkende, skal deres effektive virkning og formål også sikres,¹³⁷ og da formålet med litra d) er at skabe en rimelig balance mellem ytringsfriheden for brugerne og ophavsmændene, er det derfor ikke et krav, at det citerede materiale bruges i et ophavsretligt beskyttet værk.¹³⁸

Dommen angår på dette punkt direktivets »øvre« grænse, idet spørgsmålet drejede sig om, hvorvidt gengivelse i ubeskyttede fremstillinger faktisk faldt under litra d). Domstolen bemærkede derimod ikke noget om direktivets eventuelle »nedre« grænse, og dommen er derfor ikke nødvendigvis udtryk for, at medlemsstaterne ikke selv kan foretage en sådan indsnævring af undtagelsen nationalt. Det kan dog ikke udelukkes, at undtagelsens baggrund i netop ytringsfriheden indebærer, at en sådan adgang er tilnærmelsesvist eller fuldstændigt udelukket, idet indsnævringer kan forskubbe den rimelige balance, der skal findes imellem brugerne og ophavsmændene, og således hindre bestemmelsens formål. Det er således meget muligt, at litra d), som foreslået af Generaladvokaten, efterlader en noget mere begrænset kompetence til medlemsstaterne, end de øvrige undtagelser.¹³⁹

I **DR og TV2-Danmark**¹⁴⁰ kom EU-Domstolen igen med en udtalelse, som i en vis grad kan fortolkes i retning af totalharmonisering. Sagen handlede om begrebet »ved hjælp af egne midler« i artikel 5, stk. 2, litra d), der tillader såkaldte »efemere optagelser«.

135. C-145/10 (Painer), præmis 43, spørgsmål 2), litra a), og præmis 129.

136. C-145/10 (Painer), præmis 130.

137. C-145/10 (Painer), præmis 133.

138. C-145/10 (Painer), præmis 134-136.

139. Se dog om artikel 5, stk. 3, litra k), nedenfor under gennemgangen af dommen i sag C-201/13 (Deckmyn), som formentlig også overlader en mere begrænset kompetence til medlemsstaterne, end de øvrige undtagelser i artikel 5, stk. 2 og 3.

140. C-510/10 (DR og TV2-Danmark).

4. InfoSoc-direktivets harmonisering

EU-Domstolen konstaterede, at begrebet var et selvstændigt begreb i EU-retten, som derfor skulle undergives en ensartet fortolkning i hele EU.¹⁴¹ I den forbindelse gengav Domstolen stort set ordret præmis 35 i *Padawan*, om at direktivet havde til formål at sikre imod nationale forskelle.¹⁴²

Herefter udtalte den, at:

“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 foretagelsen 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*, Sml. I, s. 10055, præmis 34-36).”¹⁴³ (fremhævet her)

Der er næppe tvivl om, at medlemsstaterne ikke må definere *begrebet* anderledes i national ret. Men det er derimod ikke åbenlyst, at medlemsstaterne heller ikke må opstille andre supplerende kriterier for, hvornår *undtagelsen* nationalt kan finde anvendelse, eller eventuelt anvende andre begreber, end dem der anvendes i direktivet, og som har et smallere anvendelsesområde end disse.

Udtalelsen kan læses på to måder. For det første som værende udtryk for, at medlemsstaterne kan vælge, *om* de vil indføre en undtagelse eller ej, men at de herefter ikke må undergive deres afledte nationale undtagelser forskellige parametre varierende fra land til land.¹⁴⁴ Dvs. at undtagelserne skal implementeres materielt på samme måde i medlemsstaterne. For det andet kan udtalelsen læses som værende udtryk for, at medlemsstaterne skal *forstå* direktivet og dets undtagelser ens, og derfor ikke må fortolke disses parametre (betingelser) forskelligt. Herefter er der dog ikke nødvendigvis nogen pligt for medlemsstaterne til at undergive de afledte *nationale* undtagelser præcist de samme parametre ved f.eks. at undlade nationalt at opstille andre supplerende betingelser. En materiel implementeringskompetence er m.a.o. mulig inden for de rammer, direktivets parametre opstiller.

141. C-510/10 (DR og TV2-Danmark), præmis 33 og 34.

142. C-510/10 (DR og TV2-Danmark), præmis 35.

143. C-510/10 (DR og TV2-Danmark), præmis 36.

144. Se for en sådan fortolkning *Rosati: Copyright in the EU*, s. 425 f., og måske også *Linkis: Dansk Ophavsrets Flexibilitet*, s. 59 f.

For første fortolkningsmulighed taler, at der i præmis 35 og 36 henvises til formålet om at undgå forskelle. Hvis medlemsstaterne anvender forskellige parametre for deres nationale undtagelser, vil det kunne skabe potentielle forskelle.

Det synes dog alene, at være anden fortolkningsmulighed, der tager udtalelsens kontekst i betragtning. Problemstillingen på dette sted var ikke, om medlemsstaterne skulle have materielt ens regler, men blot om medlemsstaterne selv *frit* kunne præcisere et begreb i direktivet eller ej. Spørgsmålet til Domstolen var, om begrebet skulle fortolkes i henhold til *national ret* eller *EU-ret*.¹⁴⁵ Svaret var sidstnævnte, da behovet for at undgå forskelle – som præmis 35 fremhævede – “[...] medfører [...], at der udvikles selvstændige EU-retlige begreber.”

Hvis det havde været anderledes, ville konsekvensen være, at medlemsstaterne selv frit kunne fastlægge både undtagelsernes »øvre« og »nede« grænse.

Ud fra en sådan betragtning er det centrale i udtalelsen, at rammerne for direktivets undtagelser skal fortolkes og afgrænses under *EU-retten*; ikke *national ret*. Men at skulle *forstå* direktivet og dets rammer på den samme måde er ikke nødvendigvis det samme, som at medlemsstaterne ikke må have forskelle, hvis direktivet ellers ikke i øvrigt afviser en sådan adgang.¹⁴⁶

Det er klart, at det vil indebære forskelle at have andre supplerende betingelser. Men det er tilsyneladende et andet spørgsmål, end det der behandles på det pågældende sted i dommen. Det er ikke et spørgsmål om, hvorvidt alle medlemsstaterne skal anvende begreberne i direktivet på samme måde, men om direktivet forudsætter fuldstændig materiel ensartethed. Spørgsmålet i dommen handlede om *kompetencen* til at definere undtagelsens rammer, ikke om disse rammer faktisk krævede materiel ensartethed. Det er som nævnt under gennemgangen af *Padawan* ikke utænkeligt, at disse parametre alene indeholder minimumsbetingelser, og at det blot er disse minimumsbetingelser, der skal anvendes ens. Det kan således ikke udledes, at direktivets betingelser er de eneste, medlemsstaterne må bruge.

I den senere *VG Wort*-sag¹⁴⁷ spurgte den tyske domstol, om en rettighedshavers tilladelse til at foretage en eksemplarfremstilling (»reproduktion« i direktivets forstand) i en situation, som er omfattet af en undtagelse, der giver

145. C-510/10 (DR og TV2-Danmark), præmis 18, spørgsmål 1.

146. Se i den retning *Prechal: Direct Effect, Indirect Effect, Supremacy and the Evolving Constitution of the European Union*, s. 39 f. og s. 40, note 18, med henvisning til *Barents: The Autonomy of Community Law*, s. 213 og 215.

147. Forenede sager C-457/11-C-460/11 (VG Wort).

4. InfoSoc-direktivets harmonisering

krav på en »rimelig kompensation«, betyder, at kravet på kompensationen bortfalder.¹⁴⁸

I de indledende bemærkninger om forholdet imellem direktivet og den tyske lovgivning anførte generaladvokat Sharpston i sit forslag til afgørelse, at:

“37. For det første er en undtagelse fra eller indskrænkning i reproduktionsretten, som går længere end det tilladte i henhold til en af bestemmelserne i artikel 5, stk. 2 eller 3, uforenelig med direktivet. *Henset til bestemmelsernes fakultative karakter og muligheden for at indføre en indskrænkning i stedet for en undtagelse kan en foranstaltning, som går mindre vidt, dog være forenelig med direktivet.* En medlemsstat kan f.eks. ikke på grundlag af artikel 5, stk. 2, litra b), fastsætte en undtagelse for alle reproduktioner, der er fremstillet af en fysisk person på ethvert medium uden henvisning til det formål, med hvilket de blev fremstillet, eftersom dette ville udstrække undtagelsens omfang videre end det ved denne (eller enhver anden) bestemmelse tilladte. Omvendt *kan medlemsstaten – stadig på grundlag af artikel 5, stk. 2, litra b) – fastsætte en undtagelse for reproduktioner, der er fremstillet af en fysisk person, når de kun er fremstillet på papir og udelukkende med henblik på private studier, eftersom denne undtagelses omfang er snævrere end, men fortsat fuldt ud omfattet af det tilladte.*

38. For det andet skal der tages hensyn til, at de forskellige situationer overlapper hinanden, ved bedømmelsen af foreneligheden af en national bestemmelse eller fortolkningen heraf i national ret med direktivet. *Direktivet kræver ikke, at nationale undtagelser eller indskrænkninger skal udformes således, at de passer til hvert enkelt tilfælde inden for en enkelt af de 20 situationer, der er opstillet i artikel 5, stk. 2 og 3.* En national undtagelse fra eller indskrænkning i reproduktionsretten kan derfor være forenelig med direktivet, selv hvis den medtager elementer fra to eller flere af bestemmelserne i artikel 5, stk. 2 eller 3. Eftersom den ikke må gå længere end det ved disse bestemmelser tilladte, skal det imidlertid omhyggeligt sikres, at alle sådanne »hybride« undtagelser ikke kombinerer betingelser på en sådan måde, at de dækker et område, der ikke er omfattet af de [sic] ved direktivet tilladte.”¹⁴⁹ (fremhævet her).

Generaladvokat Sharpston anerkender her udtrykkeligt, at direktivet ikke er totalharmoniserende men alene minimumsharmoniserende.

EU-Domstolen synes at anlægge samme synspunkt. I sin behandling af spørgsmålet henviste EU-Domstolen først til, at kompensationen har til formål at kompensere rettighedshaverne for den skade, de lider, ved at de fratages retten til selv at tillade eller forbyde andre at foretage reproduktioner.¹⁵⁰

Herefter konstaterede Domstolen, at EU-lovgiver i selve overskriften til artikel 5 har indført en sondring imellem »undtagelser« og »indskrænkning-

148. Forenede sager C-457/11-C-460/11 (VG Wort), præmis 19, spørgsmål 5.

149. Generaladvokat Sharpstons forslag til afgørelse i forenede sager C-457/11-C-460/11 (VG Wort), præmis 37 og 38. Præmis 37 er omtalt kort i *Rosati: Copyright in the EU*, s. 423.

150. C-457/11 - C-460/11 (VG Wort), præmis 31.

ger»,¹⁵¹ og at en sådan sontring må tillægges betydning.¹⁵² Sontringen betød, at eneretten alt efter omstændighederne

“[...] enten undtagelsesvist [kan] være fuldstændig udelukket eller alene være begrænset.”¹⁵³

Det har tidligere i litteraturen været foreslået, at en »indskrænkning« kan være en reducere af eneretten til en ret til vederlag, mens en »undtagelse« helt ophæver eneretten.¹⁵⁴ Men en sådan fortolkning kunne EU-Domstolen af gode grunde ikke lægge til grund, da bl.a. artikel 5, stk. 2, litra b), kræver kompensationsbetaling *uanset* om der er indført en »undtagelse« eller en »indskrænkning«.

Domstolen fandt derimod, at:

”37. Når en medlemsstat i henhold til en bestemmelse i artikel 5, stk. 2 eller 3, i direktiv 2001/29 inden for rammerne af denne bestemmelses materielle anvendelsesområde har besluttet at udelukke enhver ret for rettighedshaverne til at tillade reproduktion af deres værker eller andre beskyttede frembringelser, er en eventuel tilladelse, som disse sidstnævnte har afgivet, uden retsvirkninger i denne medlemsstats lovgivning. En sådan handling har dermed ingen indvirkning på det tab, der påføres rettighedshaverne som følge af indførelsen af den omhandlede retlige privatforanstaltning, og kan derfor ikke have nogen indvirkning på den rimelige kompensation, uanset om denne er fastsat på et obligatorisk eller frivilligt grundlag i medfør den anvendelige bestemmelse i dette direktiv.

38. Såfremt en medlemsstat derimod ikke har besluttet fuldstændigt at udelukke denne ret for rettighedshaverne til at tillade reproduktion af deres værker eller andre beskyttede frembringelser, men har indført en simpel indskrænkning af denne ret, må det afgøres, om den nationale lovgiver i den foreliggende sag har haft til hensigt at bevare ophavsmændenes ret til reproduktion.

39. Såfremt denne ret til reproduktion er bevaret i den foreliggende sag, finder bestemmelserne vedrørende den rimelige kompensation ikke anvendelse, idet den indskrænkning, som den nationale lovgiver har fastsat, ikke tillader reproduktion uden ophavsmændenes tilladelse, og således ikke medfører den form for skade, som den rimelige kompensation skal opveje. Såfremt retten til reproduktion i den foreliggende sag ikke er blevet bevaret, har tilladelsen derimod ingen indflydelse på den for ophavsmændene lidte skade og kan dermed ikke have nogen indvirkning på den rimelige kompensation.”

En national »undtagelse« er altså tilsyneladende ifølge Domstolen en regel, der omfatter *hele* anvendelsesområdet for en af direktivets undtagelser. En national »indskrænkning« er derimod en regel, der kun omfatter en *del* af

151. C-457/11 - C-460/11 (VG Wort), præmis 33.

152. C-457/11 - C-460/11 (VG Wort), præmis 35.

153. C-457/11 - C-460/11 (VG Wort), præmis 34.

154. Reinbothe & von Lewinski: *The WIPO Treaties on Copyright*, § 7.10.41, s. 158.

4. InfoSoc-direktivets harmonisering

en af direktivets undtagelsers anvendelsesområde. I sidstnævnte tilfælde må det konstateres, om indskrænkningen omfatter den konkrete situation, eller om den nationale lovgiver ønskede, at rettighedshaveren skulle beholde sin eneret der.

Hvis medlemsstaterne kan indføre regler, der enten omfatter hele eller kun dele af de enkelte reglers anvendelsesområde, har medlemsstaterne en materiel implementeringskompetence. De må gerne *indsnævre* direktivets regler, men ikke *udvide* dem.

EU-Domstolen har tilsyneladende ikke anvendt sondringen af, hvad en »undtagelse« og en »indskrænkning« er, i andre sager, men det ændrer ikke på, at de citerede præmisser i *VG Wort* synes at indikere, at Domstolen er enig med de synspunkter, Generaladvokat Sharpston anførte i sit forslag til afgørelse.

ACI Adam-sagen¹⁵⁵ peger måske i samme retning. Dommen handlede bl.a. om tre-trins-testens betydning ved implementeringen af direktivets undtagelser.

Her spurgte den nederlandske domstol bl.a.:

“[...] kan anvendelsen af »tretrinstesten« i [...] artikel 5, stk. 5, [...] give anledning til at *udvide* anvendelsesområdet for indskrænkningen i henhold til artikel 5, stk. 2, eller kan anvendelsen kun føre til, at indskrænkningens rækkevidde *begrænses*?”¹⁵⁶ (fremhævet her).

Allerede spørgsmålet, der antager at indsnævringer er tilladte, er interessant, idet det viser en opfattelse af, at der er en materiel implementeringskompetence afledt af tre-trins-testen. EU-Domstolen indtog tilsyneladende samme opfattelse. Den svarede, at artikel 5, stk. 5, ikke definerer det materielle anvendelsesområde for de enkelte undtagelser i artikel 5, stk. 2, men først finder anvendelse, når medlemsstaterne anvender undtagelserne.¹⁵⁷ Artikel 5, stk. 5

”[...] tilsigter således hverken at påvirke det materielle indhold af de bestemmelser, som henhører under [direktivets ...] artikel 5, stk. 2, eller navnlig at udvide anvendelsesområdet for de forskellige undtagelser og indskrænkninger, som er fastsat deri.”¹⁵⁸

Heri synes at ligge en anerkendelse af, at tre-trins-testen ikke kan begrunde nationale udvidelser af direktivets undtagelser, idet de har en »øvre« grænse i direktivet, men derimod godt kan begrunde nationale indsnævringer. Dommen er på den måde nok udtryk for, at medlemsstaterne på baggrund af tre-trins-te-

155. C-435/12 (*ACI Adam*).

156. C-435/12 (*ACI Adam*), præmis 19, spørgsmål 2), litra a).

157. C-435/12 (*ACI Adam*), præmis 25.

158. C-435/12 (*ACI Adam*), præmis 26.

sten har kompetence til at begrænse undtagelsernes anvendelsesområde for at sikre at testens betingelser er overholdt.¹⁵⁹ I samme retning peger præmis 27:

“Det fremgår endvidere af 44. betragtning til direktiv 2001/29, at hensigten hos unionslovgiver har været, at når medlemsstaterne indfører undtagelser eller indskrænkninger som omhandlet i dette direktiv, skal disses anvendelsesområde kunne begrænses yderligere i forbindelse med visse nye anvendelser af ophavsretligt beskyttede værker eller frembringelser. Derimod indeholder hverken denne betragtning eller nogen anden bestemmelse i nævnte direktiv mulighed for, at medlemsstaterne udvider anvendelsesområdet for sådanne undtagelser eller indskrænkninger.” (fremhævet her)

Ikke desto mindre udtalte Domstolen efterfølgende, at:

“34. [...] medlemsstaterne har mulighed for at indføre eller ikke at indføre de forskellige undtagelser, der er fastsat i dette direktivs artikel 5, og dette i overensstemmelse med deres retlige traditioner, *men når de én gang har valgt at indføre en vis undtagelse, skal denne anvendes på en sammenhængende måde, således at den ikke kan være til skade for de mål, som forfølges med direktiv 2001/29, og som består i at sikre det indre markeds funktion.*

35. Hvis medlemsstaterne havde mulighed for at vedtage eller ikke at vedtage en lovgivning, der tillader, at reproduktioner til privat brug også kan ske fra en ulovlig kilde, ville det sandsynligvis være til skade for det indre markeds funktion.”¹⁶⁰

Udtalelsen kunne lede en til at tro, at medlemsstaterne alligevel ikke har lov til at indsnævre anvendelsesområdet, da undtagelserne skal have præcist samme indhold i alle medlemsstaterne. Men det må have formodningen imod sig, at Domstolens præmisser er selvmodsigende. Hvis de foregående præmisser skal have nogen betydning, er udtalelsen derfor nok snarere udtryk for, at medlemsstaterne blot skal holde sig inden for undtagelsernes grænser, så direktivet anvendes i EU på en sammenhængende måde. Det er således meget muligt, at EU-Domstolen blot henviser til, at undtagelsernes »øvre« grænse skal anvendes på en sammenhængende måde, og at de forhold, der har stor betydning for det indre markeds funktion – såsom privatkopiering fra ulovlig kilde – derudover udgør en del af undtagelsernes rammer.

Ud fra en sådan fortolkning må medlemsstaterne kunne indsnævre anvendelsesområdet på den måde, de finder bedst, så længe indsnævringerne ikke påvirker det indre marked væsentligt og i øvrigt holder sig inden for de øvrige grænser, EU-retten måtte opstille.

159. Se formentlig i samme retning generaladvokat Cruz Villalóns forslag til afgørelse i C-435/12 (ACI Adam), præmis 49-53.

160. C-435/12 (ACI Adam), præmis 34-35.

I den efterfølgende **Deckmyn**-sag¹⁶¹ blev EU-Domstolen bedt om at fortolke begrebet »parodi« i artikel 5, stk. 3, litra k), der tillader brug i forbindelse med karikatur, parodi eller pastiche.

Domstolen konstaterede, at der var tale om et EU-retligt begreb, der skulle undergives en ensartet fortolkning i EU.¹⁶² At litra k) er fakultativ ændrede ikke på det.¹⁶³ EU-Domstolen afgrænsede herefter parodi-begrebets kriterier, og fastslog bl.a. at det ikke forudsatte, at en række kriterier, som den forelæggende ret havde spurgt ind til, var opfyldt. Disse kriterier var navnlig, om en parodi skal have sin egen originale karakter, skal kunne tilskrives en anden end ophavsmanden til originalværket, skal ramme originalværket eller skal angive kilden til det parodierede værk.¹⁶⁴

Der er næppe nogen tvivl om, at medlemsstaterne ikke må definere »parodi«-begrebet anderledes nationalt.¹⁶⁵ Det følger allerede af, at det er et EU-retligt begreb, som af hensyn til EU-rettens autonomi skal fortolkes ensartet i medlemsstaterne. Hvis medlemsstaterne indfører en regel, som tillader »parodier«, skal de derfor afgrænse begrebet »parodi« efter EU-Domstolens kriterier.

Men det synes p.d.a.s. ikke helt uden for rækkevidde, at medlemsstaterne f.eks. nationalt forbyder parodier, hvor den parodierende har et direkte kommercielt formål og kan substituere originalværket på dettes potentielle marked, hvis det ikke fremstår som en definition af begrebet, men som en supplerende betingelse. EU-Domstolen udtaler, at de nationale domstole kun må anvende undtagelsen, hvor der er en rimelig balance mellem ophavsmanden og brugeren. Idet de nationale domstole ifølge dommen ikke er forpligtede til at konsultere EU-Domstolen om, hvornår der er en rimelig balance, må medlemsstaterne være overladt en skønsmargin mht. afgrænsningen heraf. Denne skønsmargin kan muligvis også udøves af lovgiver til på forhånd at fastsætte bestemmelser om, hvornår denne rimelige balance ikke er opfyldt, såfremt præciseringen virkelig kan begrundes i en balanceafvejning.

Under alle omstændigheder handlede dommen alene om undtagelsens »øvre« grænse, idet spørgsmålet til EU-Domstolen var, om *litra k)* krævede de omtvistede betingelser opfyldt. EU-Domstolen tog således ikke i dommen udtrykkeligt stilling til, om medlemsstaterne skulle have adgang til at fastsætte andre supplerende betingelser, så længe de ikke derved ændrer definitionen

161. C-201/13 (Deckmyn).

162. C-201/13 (Deckmyn), præmis 14-15.

163. C-201/13 (Deckmyn), præmis 16.

164. C-201/13 (Deckmyn), præmis 21.

165. Se i samme retning *Schovsbo, Rosenmeier & Salung Petersen: Immaterialret*, s. 297 f.

af, hvad der er en »parodi«. Det er i øvrigt som tilsvarende nævnt under *Painer* ovenfor muligt, at der sammenlignet med andre undtagelser i direktivet er en mindre adgang for medlemsstaterne til at indsnævre undtagelsen i litra k), idet denne ligesom litra d) er begrundet i væsentlige ytringsfrihedsmæssige hensyn.

Samlet synes *Deckmyn* derfor ikke at kunne tages til indtægt for, at medlemsstaterne helt generelt skulle være forhindrede i at indsnævre undtagelserne i direktivet.¹⁶⁶

Eugen Ulmer¹⁶⁷ handlede bl.a. om artikel 5, stk. 2, litra c), der tillader »særlige reproduktionshandlinger« foretaget af biblioteker, uddannelsesinstitutioner, museer eller arkiver, og om artikel 5, stk. 3, litra n), der tillader de nævnte institutioner at overføre eller tilrådighedsstille værker ved terminaler (computere mv.) på stedet.

Et af spørgsmålene i sagen var, om medlemsstaterne med hjemmel i litra n), kunne tillade de nævnte institutioner at digitalisere deres værker, hvis nødvendigt for at stille dem til rådighed ved terminalerne.¹⁶⁸ Det kunne de ikke.¹⁶⁹ Derimod kunne litra c), i sammenhæng med litra n), bruges, under forudsætning af, at artikel 5, stk. 5 var overholdt.¹⁷⁰ I den forbindelse bemærkede EU-Domstolen bl.a., at:

“I den foreliggende sag skal det fastslås, at inden for rammerne af den relevante nationale lovgivning tages der behørigt hensyn til betingelserne fastsat i nævnte direktivs artikel 5, stk. 5, da det for det første følger af UrhG's § 52b, at de offentligt tilgængelige bibliotekers digitalisering af værker ikke må medføre, at antallet af hvert værk stillet til rådighed for brugerne ved dertil indrettede terminaler overstiger antallet af værker, som disse biblioteker har erhvervet i et analogt format.”¹⁷¹

For det andet var der fastsat et krav om kompensation, hvilket i lyset af den udtrykkelige kompetence hertil i direktivets 36. betragtning ikke er interessant. Men et kriterie om, at tilrådighedsstillelsen af de digitaliserede værker ikke måtte overstige antallet af værker, som bibliotekerne havde erhvervet i analogt format, findes hverken i artikel 5, stk. 2, litra c), eller artikel 5, stk. 3, litra n). Domstolen gav derfor igen udtryk for, at tre-trins-testen i artikel

166. Se vistnok anderledes *Linkis: Dansk Ophavsrets Fleksibilitet*, s. 62 og 159, om end med et vist forbehold s. 160 i petit.

167. C-117/13 (Eugen Ulmer).

168. C-117/13 (Eugen Ulmer), præmis 22, spørgsmål 2.

169. C-117/13 (Eugen Ulmer), præmis 40.

170. C-117/13 (Eugen Ulmer), præmis 44-49.

171. C-117/13 (Eugen Ulmer), præmis 48, 1. pkt.

4. InfoSoc-direktivets harmonisering

5, stk. 5, kan bruges til nationalt at indsnævre eller præcisere anvendelsesområdet for de fakultative undtagelser i direktivet, med det formål at sikre, at den er overholdt.

Copydan Båndkopi¹⁷² handlede om artikel 5, stk. 2, litra b), der tillader privatkopiering, herunder om begrebet »rimelig kompensation«.

Den danske domstol spurgte bl.a., om det var foreneligt med direktivet at opkræve afgift for privatkopiering fra tredjemands dvd, cd, MP3-afspiller, computer eller lignende.¹⁷³

EU-Domstolen udtalte indledningsvist om det, at anvendelsesområdet for litra b) er afgrænset igennem tre elementer:

“[...] Der er tale om for det første genstanden for reproduktionen, for det andet den person, der foretager denne, og for det tredje reproduktionen i sig selv.”¹⁷⁴

Der skal for det første skal være tale om et »værk«, som ikke er forfalsket eller piratkopieret. Dernæst, skal det være en fysisk person, der kopierer, til privat brug og til formål, der hverken direkte eller indirekte er kommercielle. Endeligt skal kopieringen ske til et medium, hvorpå det beskyttede værk kan være reproduceret, dvs. et hvilket som helst medium.¹⁷⁵

Herefter påpegede Domstolen i præmis 86, at litra b) ikke siger noget om kendetegnene ved de »anordninger«, hvorfra eller ved hjælp af hvilke kopierne fremstilles. Navnlig siger den ikke noget om

“[...] den retlige art af den forbindelse der – såsom ejendomsretten – kan forene den fysiske person, som foretager den private reproduktion, og den anordning, som bruges af denne.”¹⁷⁶

Domstolen bemærkede derefter, at undtagelsen skulle undergives en indskrænkende fortolkning.¹⁷⁷ Men også, at direktivet

“[...] kun [har] til formål at harmonisere visse aspekter af ophavsretten [...]. Da der i direktivet ikke blev nævnt de kendetegn og særegenheder, som er anført i denne doms præmis 86, var EU-lovgiver af den opfattelse, at disse ikke var relevante for det formål, som denne lovgiver forfulgte med sin delvise harmonisering.”¹⁷⁸ (fremhævet her).

172. C-463/12 (Copydan Båndkopi).

173. C-463/12 (Copydan Båndkopi), præmis 16, spørgsmål 1, litra e).

174. C-463/12 (Copydan Båndkopi), præmis 81.

175. C-463/12 (Copydan Båndkopi), præmis 82-85.

176. C-463/12 (Copydan Båndkopi), præmis 86.

177. C-463/12 (Copydan Båndkopi), præmis 87.

178. C-463/12 (Copydan Båndkopi), præmis 88.

Derfor henhørte spørgsmålet om ejendomsretten til anordningen ikke under afgrænsningen af litra b)'s anvendelsesområde i direktivet. Artikel 5, stk. 5, ændrede ikke herpå.¹⁷⁹ Direktivet var derfor ikke til hinder for en national ordning, der fastsatte rimelig kompensation for kopiering af værker fra eller ved hjælp af en anordning, der tilhører tredjemand.¹⁸⁰

Selvom præmisserne er lidt kluntet formulerede, synes EU-Domstolen at udtrykke den opfattelse, at spørgsmålet ikke var relevant for EU-lovgiver, og at det derfor var overladt til medlemsstaterne at tage stilling til det.

Det kunne indvendes, at *ACI Adam* modsiger en sådan fortolkning, da spørgsmålet om kopiering fra ulovlig kilde, som blev behandlet deri, ikke umiddelbart er reguleret i direktivet, og derfor burde være overladt til medlemsstaterne. Men en sådan antagelse er tilsyneladende ifølge præmis 82 i *Copydan Båndkopi* forkert, da spørgsmålet om ulovlige kilder netop er omfattet af det første element, der fastlægger artikel 5, stk. 2, litra b)'s anvendelsesområde, nemlig »genstanden for reproduktionen«. Man kan da undre sig over, at kildens *lovlighed* falder under »genstanden for reproduktionen«, mens *ejendomsretten* til kilden ikke gør. Men det synes Domstolen at lægge til grund.

Copydan Båndkopi er derfor formentlig udtryk for, at forhold, der ikke er omtalt i direktivet, ikke var relevante for harmoniseringen og derfor kan reguleres af medlemsstaterne. F.eks. må *omfanget* af privatkopieringen, som ikke er reguleret i direktivet, derfor være overladt til medlemsstaternes regulering.

Samlet må det konstateres, at EU-Domstolens praksis giver et lidt broget billede. Der synes dog samlet set at være en ikke ubetydelig overvægt for, at medlemsstaterne gerne må indsnævre undtagelserne i en vis grad, og således for, at de har en materiel implementeringskompetence.

4.2.2.4. Litteratur

Den juridiske litteratur om emnet er sparsom. Der synes dog at være en tendens til, at litteraturen før udviklingen af EU-Domstolens praksis på området har tillagt medlemsstaterne større frihed under direktivet¹⁸¹ end efter Domstolens praksis¹⁸². Men en generel behandling af spørgsmålet efter Domsto-

179. C-463/12 (*Copydan Båndkopi*), præmis 89-90.

180. C-463/12 (*Copydan Båndkopi*), præmis 91.

181. Hugenholtz, m.fl.: *The recasting of Copyright*, s. 66, Hugenholtz & Senfileben: *In search of flexibilities*, s. 2, 14 ff. og 29, og Walter & von Lewinski: *European Copyright Law*, § 11.5.9 f., s. 1021 f., og § 11.5.79, s. 1061.

182. Rosati: *Copyright in the EU*, s. 419 og 424 ff., Rosati: *Just a laughing matter?*, s. 521 f., Stamatoudi & Torremans: *EU Copyright Law* § 11.77, s. 449, § 11.86, s. 455 f., se dog anderledes samme i § 11.89, s. 457, Renda, m.fl.: *Ex-Post impact assessment*, s. 79 ff. og Linkis: *Dansk Ophavsrets Fleksibilitet*, s. 62, 66 og 159 f.

4. InfoSoc-direktivets harmonisering

lens praksis er tilsyneladende kun sket hos *Rosati*, der som nævnt indtager det synspunkt, at direktivet efterlader en næsten forsvindende lille implementeringskompetence,¹⁸³ og *Linkis*, der vistnok har nogenlunde samme opfattelse.¹⁸⁴

Rosati mener tilsyneladende, at medlemsstaterne alene har kompetence i to tilfælde.

For det første, hvor en undtagelse i direktivet indeholder ordet »eller« imellem to tilsyneladende adskillelige brugsformer, kan medlemsstaterne vælge imellem forskellige alternativer.¹⁸⁵ F.eks. lyder artikel 5, stk. 3, litra e):

“Medlemsstaterne kan indføre undtagelser fra eller indskrænkninger i de rettigheder, der er nævnt i artikel 2 og 3, i følgende tilfælde:
[...]

- e) hvis der er tale om anvendelse, der sker af hensyn til den offentlige sikkerhed *eller* med henblik på en korrekt gennemførelse *eller* referering af administrative, parlamentariske *eller* retslige procedurer.” (fremhævet her).

Det er dog ikke alle undtagelser, med ordet »eller«, der ifølge *Rosati* overlader medlemsstaterne at vælge imellem flere muligheder. Nogle undtagelser eksemplificerer således blot mulige brugsformer såsom artikel 5, stk. 3, litra m),¹⁸⁶ som handler om anvendelse:

“[...] af et kunstværk i form af en bygning *eller* i en tegning *eller* plan vedrørende en bygning med henblik på genopbygning af bygningen [...]”. (fremhævet her).

For det andet er artikel 5, stk. 2, litra c), der tillader »særlige reproduktions-handlinger« foretaget af visse institutioner, ifølge *Rosati* udtryk for kompetencetildeling til medlemsstaterne.¹⁸⁷

At sidstnævnte er tilfældet, synes der ikke at være tvivl om. Det fremgår som nævnt ovenfor udtrykkeligt af forarbejderne til direktivet. At førstnævnte skulle være tilfældet er derimod mindre oplagt. Det kan ikke fuldstændigt afvises, men der synes ikke at være nogen støtte i hverken direktivet, forarbejder eller Domstolens praksis for det.

183. *Rosati*: *Copyright in the EU*, s. 419 og 424 ff.

184. *Linkis*: *Dansk Ophavsrets Fleksibilitet*, s. 62 f. og 159 ff.

185. *Rosati*: *Copyright in the EU*, s. 425.

186. *Rosati*: *Copyright in the EU*, s. 424.

187. *Rosati*: *Copyright in the EU*, s. 424.

Rosati's afvisning af en implementeringskompetence baseres primært på de ovenfor omtalte sager *DR og TV2 Danmark* samt *Padawan*. Forfatteren mener, at det af disse – særligt førstnævnte – fremgår, at medlemsstaterne kan vælge, om de vil implementere en undtagelse fra direktivet, men at de herefter skal anvende den materielt som i direktivet.¹⁸⁸ Som det er vist ovenfor, er der visse holdepunkter for at læse dommene således. Men det synes p.d.a.s. ikke oplagt. Det må i den forbindelse tages i betragtning, at andre afgørelser fra EU-Domstolen peger i retning af, at medlemsstaterne gerne må implementere undtagelserne med et snævrere anvendelsesområde. Det samme gør sig gældende for visse generaladvokatforslag. I betragtning af, at *Rosati* ikke har inddraget disse andre afgørelser og forslag til afgørelser, og i øvrigt heller ikke direktivets forarbejder, er det nok begrænset, hvor stor vægt, der kan lægges på den konklusion, forfatteren når, om at direktivet er totalharmoniserende.

Også *Linkis* er af den opfattelse, at medlemsstaterne ikke kan implementere undtagelserne med et snævrere anvendelsesområde. På trods af generaladvokat V. Trstenjaks forslag til afgørelse i *Painer*-sagen, hvor det fremgik, at medlemsstaterne – ud fra *det mindre i det mere*-betragtninger – kan implementere undtagelserne delvist,¹⁸⁹ mener *Linkis*, at det kan udledes af *Deckmyn*-dommen, at direktivundtagelserne er en slags »take it or leave it-hjemler«, således at medlemsstaterne kan vælge, om de vil implementere en undtagelse, men at de herefter skal implementere den uden materielle ændringer.¹⁹⁰

Linkis tager dog et lille forbehold for den situation, hvor medlemsstaterne implementerer undtagelserne med et smallere anvendelsesområde igennem andre begreber, end dem direktivet anvender. Her kan der ifølge forfatteren muligvis eksistere en vis kompetence.¹⁹¹

Linkis diskuterer i øvrigt ikke som *Rosati* spørgsmålet om, hvorvidt medlemsstaterne – i det mindste – kan vælge imellem flere valgmuligheder, når undtagelserne indeholder ordet »eller«, ligesom spørgsmålet om artikel 5, stk. 2, litra c), heller ikke inddrages.

Linkis synes at basere det meste af sin argumentation på *Deckmyn*. Idet dommen, som nævnt ovenfor, næppe skal fortolkes som en fuldstændig afvisning af en materiel implementeringskompetence for alle direktivets undtagelser i artikel 5, stk. 2 og 3, synes forfatterens argumentation ikke helt overbe-

188. *Rosati*: *Copyright in the EU*, s. 425 f.

189. Generaladvokat V. Trstenjaks forslag til afgørelse i C-145/10 (*Painer*), præmis 147-150, som omtales i *Linkis*: *Dansk Ophavsrets Fleksibilitet*, s. 61 f. og 159.

190. *Linkis*: *Dansk Ophavsrets Fleksibilitet*, s. 61 f. og 159 f.

191. *Linkis*: *Dansk Ophavsrets Fleksibilitet*, s. 62 og 161.

4. InfoSoc-direktivets harmonisering

visende. EU-Domstolen tager i dommen alene stilling, om medlemsstaterne kan definere begrebet »parodi« i direktivet, samt – efter at have konstateret, at det ikke er tilfældet – hvilket indhold dette begreb har. Derimod tager Domstolen f.eks. ikke stilling til, om medlemsstaterne igennem kriterier, der ikke er relevante for begrebet »parodi«, kan give undtagelsen et smallere anvendelsesområde i medlemsstaten, end den har i direktivet. Derudover må det tages i betragtning, at parodi-undtagelsen er begrundet i væsentlige ytrings-frihedsmæssige hensyn, og at hensynene bag undtagelsen således adskiller sig ikke uvæsentligt fra mange af de andre undtagelser i direktivet. Det er derfor ikke utænkeligt, at parodi-undtagelsen overlader medlemsstaterne et betydeligt mindre rum for indsnævring end de andre undtagelser i direktivet, som ikke er baseret på samme hensyn, og allerede derfor har dommen i *Deckmyn* formentlig en begrænset rækkevidde. Idet der i forfatterens diskussion ikke inddrages de mange andre relevante retskilder, der findes, herunder de ovenfor omtalte domme, forarbejder mv., synes det begrænset, hvor stor vægt, der kan lægges på den konklusion, forfatteren når.

4.2.2.5. Diskussion og sammenfatning

Der er nok ikke den store tvivl om, at i hvert fald artikel 5, stk. 2, litra c), overlader medlemsstaterne kompetence. Men derudover er det ikke helt klart, hvad medlemsstaterne må. Retskilderne peger både i retning af et mål om at hindre forskelle og i retning af et synspunkt om, at direktivet ikke totalharmoniserer undtagelserne helt.

De kilder, der kunne pege i retning af totalharmonisering, er omgærdet af nogen usikkerhed om, hvorvidt det overhovedet er sådan, de skal forstås. 4. pkt. i 32. betragtning er som nævnt muligvis blot udtryk for en tilskyndelse til medlemsstaterne om at anvende reglerne ensartet, hvilket da også synes at være EU-Domstolens opfattelse i *Padawan*. Og hverken *Padawan*, *DR og TV2 Danmark*, *ACI Adam* eller *Deckmyn* angiver udtrykkeligt, at undtagelserne skal implementeres materielt ens, selvom en smule kan synes at tale for at forstå *DR og TV2 Danmark* sådan.

De kilder, der kunne pege i retning af minimumsharmonisering, er noget klarere. 5. og 6. pkt. i 31. betragtning og 3. og 4. pkt. i 44. betragtning angiver, at undtagelsernes definition alene »i en vis grad« skal harmoniseres, og at medlemsstaterne bør kunne indsnævre undtagelserne yderligere i forbindelse med nye udnyttelsesformer. Derudover kan det synes ubegrundet, at artikel 5, stk. 2, litra c), skulle overlade en materiel implementeringskompetence, mens alle direktivets øvrige undtagelser i artikel 5, stk. 2 og 3, skal implementeres uden materielle ændringer. I samme retning synes artikel 5, stk. 4, og formentlig også stk. 5, at pege. Forarbejderne til direktivet er rimeligt klare.

Som nævnt anføres det udtrykkeligt om de oprindelige undtagelser i artikel 5, stk. 3, litra b)-e), at de alene opstiller minimumsbetingelser, og at det er op til medlemsstaterne, at fastlægge deres nærmere anvendelsesområde nationalt. Tilsvarende udtalelser synes at kunne findes om artikel 5, stk. 2, litra a) og b). En generel udtalelse om undtagelsernes harmoniseringsgrad peger også imod, at medlemsstaterne som følge af bl.a. subsidiaritetsprincippet bør bevare en implementeringskompetence. I *Painer* udtalte generaladvokat V. Trstenjak, at medlemsstaterne har adgang til at indsnævre undtagelserne. EU-Domstolen lod i samme sag medlemsstaterne selv definere indholdet af undtagelsen om brug »i den offentlige sikkerheds interesse«, mens Domstolen nok efterlod en mindre skønsmargen m.h.t. citatundtagelsen. I *VG Wort* udtrykker både generaladvokat Sharpston og EU-Domstolen en opfattelse af, at medlemsstaterne kan indføre undtagelserne i direktivet med et snævrere anvendelsesområde. I *ACI Adam* fremhævede EU-Domstolen sondringen mellem indsnævringer og udvidelser og lod det fremgå, at der ikke er nogen adgang til sidstnævnte men formentlig nok til førstnævnte. I *Eugen Ulmer* var den nationale indsnævring tilsyneladende ligefrem en forudsætning for direktivkonformiteten, og i *Copydan Båndkopi* fremgik det, at uregulerede spørgsmål ikke var relevante for harmoniseringen.

I lyset af alle disse retskilder, der peger imod minimumsharmonisering, og i betragtning af de uklarheder, der hersker om, hvordan særligt *DR* og *TV2 Danmark* skal forstås, synes det – med en ikke ubetydelig usikkerhed – muligt at konkludere følgende: Medlemsstaterne har i en vis grad adgang til at indsnævre undtagelserne i direktivet. Dette kan formentlig først og fremmest ske mht. forhold, der ikke er omfattet af de spørgsmål, et af direktivets begreber berører. F.eks. regulerer ingen af begreberne i privatkopieringsundtagelsen i artikel 5, stk. 2, litra b), spørgsmålet om kopieringens omfang. Det må derfor kunne fastsættes af medlemsstaterne selv.¹⁹² For det andet må det – i hvert fald nogle gange – kunne ske, hvor de tilfældegrupper, der er omfattet af et af direktivets begreber, indsnævres igennem et nyt nationalt begreb. F.eks. kan nævnes præmis 37 i generaladvokat Sharpstons forslag til afgørelse i *VG Wort*, hvor det anføres, at medlemsstaterne kan begrænse privatkopieringsundtagelsen til »private studier«. Det ville medføre, at ikke alle de tilfældegrupper, der falder under begrebet »privat brug« i direktivet, er omfattet af den nationale regel. M.a.o. er en række af de situationer, som er omfattet af direktivets begreb, skåret fra igennem det nye smallere nationale begreb. Derimod kan det næppe ske ved blot at give et af begreberne i direktivet en snævrere national definition. Det vil f.eks. ikke være tilladt at definere begrebet »parodi«

192. Se i samme retning *Senfleben: Copyright, Limitations and the three-step test*, s. 264.

4. InfoSoc-direktivets harmonisering

anderledes i Danmark end i direktivet. Det vil næppe heller kunne ske, hvor den rimelige balance, direktivet forsøger at finde, kompromitteres, idet f.eks. ytringsfrihedshensyn begrænses uden meget stærke grunde.

At medlemsstaterne skulle have denne kompetence synes også at kunne forenes med EU-Domstolens fortolkningsmønster. Selvom EU-Domstolen søger målrettet imod at sikre det indre markeds funktion,¹⁹³ lægger EU-Domstolen også vægt på at sørge for, at der sikres et højt beskyttelsesniveau for rettighedshaverne omfattet af InfoSoc-direktivet.¹⁹⁴ Dette høje beskyttelsesniveau er de nationale indsnævringer befordrende for.

Men det må formodes, at medlemsstaterne ved udøvelsen af kompetencen skal tage de formål og hensyn, direktivet tager, i betragtning, så de ikke væsentligt hindres.¹⁹⁵ Særligt hensyn til ytrings- og informationsfriheden må antages at lægge bånd på medlemsstaternes mulighed for at indsnævre undtagelserne. Der kan i EU-Domstolens praksis om direktivet samlet identificeres følgende formål og hensyn, som formentlig kan få betydning:

At undgå påvirkning af det indre marked,¹⁹⁶

At sikre en rimelig balance ml. rettighedshaver og bruger,¹⁹⁷

At sikre de nødvendige ressourcer til skabelsesprocessen og kulturproduktion i Europa,¹⁹⁸

193. *Neergaard & Nielsen: EU-Ret*, s. 136 f., *Rasmussen: EU-ret i kontekst*, s. 173 f. og *Stamatoudi & Torremans: EU Copyright Law*, § 11.86, s. 454 f.

194. Det fremgår ligefrem af EU-Domstolens praksis, at det er direktivets primære formål. Se C-403/08 og C-429/08 (FAPL), præmis 186, C-145/10 (Painer), præmis 107, C-351/12 (OSA), præmis 23, C-355/12 (Nintendo), præmis 27, og C-419/13 (Art & Allposters), præmis 47.

195. Se i den retning C-145/10 (Painer), præmis 104 ff., og overordnet princippet om »obstacle preemption«, afsnit 2.3.2.

196. C-467/08 (Padawan), præmis 35 (om »rimelig kompensation«), C-510/10 (DR og TV2-Danmark), præmis 35-36 (om artikel 5, stk. 2, litra d)), og C-435/12 (ACI Adam), præmis 33-35 (om artikel 5, stk. 2, litra b)). Se dog også C-463/12 (Copydan Båndkopi), præmis 57 og 88, ifølge hvilke direktivet kun har til formål at harmonisere visse aspekter af ophavsretten.

197. C-467/08 (Padawan), præmis 43-49 (om »rimelig kompensation«), C-462/09 (Stichting de Thuiskopie), præmis 25 og 28 (om »rimelig kompensation«), C-145/10 (Painer), præmis 132 og 134-136 (om artikel 5, stk. 3, litra d), mht. ytringsfriheden), C-521/11 (Amazon.com International Sales), præmis 25, 28, 30, 33 og 36 (om »rimelig kompensation«), C-360/13 (PRCA), præmis 24 (om artikel 5, stk. 1), C-201/13 (Deckmyn), præmis 26 (om artikel 5, stk. 3, litra k)), og C-117/13 (Eugen Ulmer), præmis 31 (om artikel 5, stk. 3, litra n)).

198. C-521/11 (Amazon.com International Sales), præmis 52 (om »rimelig kompensation«).

At sikre et højt beskyttelsesniveau¹⁹⁹ – hvilket er direktivets »primære formål«, ²⁰⁰

At tage hensyn til de grundlæggende rettigheder,²⁰¹

At muliggøre og sikre nye teknologiers udvikling og funktion,²⁰²

At sikre ophavsmændenes retssikkerhed,²⁰³

At sikre ophavsmænd et passende vederlag,²⁰⁴ og

At sikre overholdelse af tre-trins-reglen.²⁰⁵

Derudover har EU-Domstolen bemærket, at generelle principper i EU-retten skal overholdes, herunder:

Almindelige EU-retlige principper,²⁰⁶

Ligebehandlingsprincippet,²⁰⁷

Proportionalitetsprincippet,²⁰⁸

199. C-462/09 (Stichting de Thuiskopie), præmis 32 (om »rimelig kompensation«), C-277/10 (Luksan), præmis 66 (om rettighedssubjektet for brugsrettigheder til et filmværk), og C-314/12 (UPC Telekabel Wien), præmis 31 (om artikel 8, stk. 3).

200. C-403/08 og C-429/08 (FAPL), præmis 186 (om artikel 3, stk. 1, »overføring til almenheden«), C-145/10 (Painer), præmis 107 (om artikel 5, stk. 3, litra e)), C-351/12 (OSA), præmis 23 (om artikel 3, stk. 1, »overføring til almenheden«), C-355/12 (Nintendo), præmis 27 (om artikel 6, »effektive tekniske sikkerhedsforanstaltninger), og C-419/13 (Art & Allposters), præmis 47 (om artikel 4, stk. 2, konsumtion).

201. C-277/10 (Luksan), præmis 68-70 (om indgreb i ejendomsretten), C-510/10 (DR og TV2-Danmark), præmis 57 (om friheden til at oprette og drive egen virksomhed), C-314/12 (UPC Telekabel Wien), præmis 44-46 (om artikel 8, stk. 3), og C-201/13 (Deckmyn), præmis 25 og 27 (om ytringsfriheden mht. artikel 5, stk. 3, litra k)). Se herved også artikel 51, stk. 1, 1. pkt., i Den Europæiske Unions charter, der finder anvendelse, da medlemsstaterne implementerer direktivet.

202. C-457/11-C-460/11 (VG Wort), præmis 71 (om artikel 5, stk. 3, litra a)), og C-360/13 (PRCA), præmis 24 (om artikel 5, stk. 1).

203. C-5/08 (Infopaq I), præmis 59, (om fortolkning af direktivet i lyset af kravet om retssikkerhed), og C-145/10 (Painer), præmis 108 (om artikel 5, stk. 3, litra e)).

204. C-462/09 (Stichting de Thuiskopie), præmis 32 (om »rimelig kompensation«).

205. C-5/08 (Infopaq I), præmis 58, (om fortolkning af direktivet i lyset af artikel 5, stk. 5), C-462/09 (Stichting de Thuiskopie), præmis 33 (om »rimelig kompensation« som sikring af overholdelse af tre-trins-reglen), C-145/10 (Painer), præmis 110 (om artikel 5, stk. 3, litra e)), og C-435/12 (ACI Adam), præmis 38 (om artikel 5, stk. 2, litra b)).

206. C-145/10 (Painer), præmis 105.

207. C-463/12 (Copydan Båndkopi), præmis 31-39.

208. C-145/10 (Painer), præmis 105.

4. InfoSoc-direktivets harmonisering

Indskrænkende fortolkning af undtagelser,²⁰⁹ og
Sikring af reglers effektive virkning²¹⁰.

Hvis ovenstående lægges til grund har direktivets fakultative undtagelser ikke generelt karakter af »field preemption«. Derimod må de rubriceres under en kombination af »rule preemption« og »obstacle preemption«, idet medlemsstaterne ikke må gå ud over direktivets »øvre« grænse som fastlagt af betingelserne og direktivets (mere abstrakte) »nedre« grænse som fastlagt af direktivets formål. Undtagelserne vil derfor skulle placeres under nr. 3 i figuren omtalt indledningsvist i afsnit 4.2. Hvordan denne »nedre« grænse nærmere skal afgrænses, og hvornår medlemsstaterne således træder uden for denne, er dog noget uklart. Det er med de eksisterende retskilder svært at sige noget konkret om, hvornår en indsnævring af en undtagelse vil være i konflikt med direktivet, ud over det anførte, at medlemsstaterne skal holde sig inden for direktivets rammer, formål og hensyn. Medlemsstaterne må nok foretage et skøn, som i sidste ende kan prøves ved EU-Domstolen.

Afslutningsvist skal det fremhæves, at det på ingen måde er utænkeligt, at EU-Domstolen i fremtiden i sin søgen mod ensartethed afsiger en eller flere domme, der i langt højere udstrækning end her antaget går imod »field preemption«. Men som tingene ser ud nu, synes det anførte at være mest sandsynligt.

209. C-5/08 (Infopaq I), præmis 56, C-403/08 og C-429/08 (FAPL), præmis 162, C-145/10 (Painer), præmis 109, C-302/10 (Infopaq II), præmis 27, C-277/10 (Luksan), præmis 101, C-435/12 (ACI Adam), præmis 22-23 og 30, C-360/13 (PRCA), præmis 23, og C-201/13 (Deckym), præmis 22.

210. C-403/08 og C-429/08 (FAPL), præmis 163 og i en vis grad 179; C-145/10 (Painer), præmis 133, C-201/13 (Deckym), præmis 23, og C-117/13 (Eugen Ulmer), præmis 32.

5. KONFLIKTER

5.1. Konflikter med de obligatoriske undtagelser

Artikel 4, stk. 2, er som nævnt ovenfor totalharmoniserende. Undtagelsen er implementeret i OPHL § 19, stk. 1, 1. pkt.¹ Danmark synes at have implementeret den korrekt.

Artikel 5, stk. 1, må som nævnt antages også at være totalharmoniserende. Undtagelsen er implementeret i OPHL § 11 a.² Det er dog mindre åbenlyst, at denne er implementeret korrekt.

Bestemmelsen tillader fremstilling af midlertidige kopier under nogle ret tekniske betingelser, når eksemplarfremsstillingerne:

“[...] udelukkende har til formål at muliggøre

- a) en mellemmands transmission i et netværk mellem tredjemænd, eller
- b) en lovlig brug

af et værk [...]”

Den danske lovgiver har implementeret reglen med et krav om lovligt forlæg, som ikke udtrykkeligt findes i direktivet.³

F.s.v.a. litra a) om *mellemmands transmissioner* er det indledningsvist relevant at undersøge, om der i artikel 5, stk. 1, litra a), på trods af manglende udtrykkelig benævnelse herom i ordlyden, alligevel findes et krav om lovligt forlæg.

EU-Domstolen har i *ACI Adam*⁴ fastslået, at der gælder et krav om lovligt forlæg for artikel 5, stk. 2, litra b), om privatkopiering, og i *Hewlett-Packard*

1. FT 2002-03 Till. A, s. 248 og s. 308, 2. sp., under Art. 4, stk. 2.
2. FT 2002-03 Till. A, s. 241, 2. sp. og s. 308 f., under Art. 5, stk. 1.
3. OPHL § 11, stk. 3, som også finder anvendelse på § 11 a. Se også FT 2002-03 Till. A, s. 242, 1. sp.
4. C-435/12 (*ACI Adam*), præmis 41.

5. Konflikter

*Belgium*⁵ har Domstolen fastslået, at kravet også gælder artikel 5, stk. 2, litra a), om såkaldt reprografi. Domstolen begrundede bl.a. disse konklusioner i, for det første, at det ville tilskynde til handel med ulovlige kopier, hvis det var muligt at bruge privatkopierings- eller reprografiundtagelsen sammen med ulovlige kopier.⁶ For det andet, at der var et behov for at undgå at rettighedshaverne påføres en uberettiget skade.⁷ Tilsvarende betragtninger kom til udtryk i *Stichting Brein*⁸ om artikel 5, stk. 1, litra b), hvor der i øvrigt yderligere blev lagt vægt på, at brugeren var bekendt med, at der var tale om ulovligt forlæg.⁹

Idet artikel 5, stk. 2, litra a) og b), og i nogen grad artikel 5, stk. 1, litra b), indeholder et krav om lovligt forlæg, kunne man umiddelbart mene, at det var nærliggende, hvis også artikel 5, stk. 1, litra a), indeholdt et krav om lovligt forlæg. Men det er ikke oplagt. Der er nemlig væsentlige forskelle imellem artikel 5, stk. 1, litra a), og artikel 5, stk. 1, litra b), og stk. 2, litra a) og b). Det vil næppe tilskynde til handel med ulovlige kopier, at mellemmand ikke foretager en ophavsretskrænkelse, selv hvis den transmission, som vedkommendes tjenester muliggør, er opstået på baggrund af et ulovligt forlæg. Og der er ikke et behov for igennem artikel 5, stk. 1, litra a), at undgå, at rettighedshaverne påføres en uberettiget skade, idet dette behov allerede er imødekommet igennem artikel 8, stk. 3, som bestemmer, at rettighedshavere skal kunne kræve nedlagt forbud over for mellemmand, hvis tjenester anvendes af tredjemand til at krænke ophavsrettigheder. Af direktivets 59. betragtning fremgår det i den forbindelse, at:

“Denne mulighed [for at få nedlagt forbud] bør foreligge, uanset om mellemmandens handlinger er undtaget i henhold til artikel 5.”

Og Rådets Fælles Holdning uddyber: Artikel 8, stk. 3, har til formål at muliggøre nedlæggelse af forbud mod mellemmand, hvis tjenester anvendes af tredjemænd til at krænke rettigheder,

5. C-572/13 (Hewlett-Packard Belgium), præmis 58-64.

6. C-435/12 (ACI Adam), præmis 39, og C-572/13 (Hewlett-Packard Belgium), præmis 60.

7. C-435/12 (ACI Adam), præmis 40, og C-572/13 (Hewlett-Packard Belgium), præmis 61.

8. C-527/15 (Stichting Brein), præmis 70, som omtales nærmere nedenfor.

9. C-527/15 (Stichting Brein), præmis 69.

“[...] selv når de pågældende [mellemmænds] handlinger falder ind under undtagelsen i artikel 5, stk. 1.”¹⁰

Det er således allerede uden om artikel 5, stk. 1, litra a), sikret, at rettighedshaverne ikke påføres en uberettiget skade, og derfor må det antages, at der ikke er samme behov for, at artikel 5, stk. 1, litra a), indeholder et krav om lovligt forlæg, som artikel 5, stk. 1, litra b), og stk. 2, litra a) og b).

Den danske lovgiver begrundende det danske krav om lovligt forlæg for mellemmænds transmissioner i, at et sådant krav er “[...] i overensstemmelse med direktivets art. 8, stk. 3, og betragtning 59 [...]”¹¹ Men det er næppe rigtigt. Som det er fremgået, undtager artikel 5, stk. 1, litra a), nemlig krænkende eksemplarfremstillinger, og overlader det herefter til artikel 8, stk. 3, at sikre nedlæggelse af forbud uden om artikel 5, stk. 1.¹² Artikel 5, stk. 1, er således uafhængig af muligheden for efter artikel 8, stk. 3, at få nedlagt forbud. Det må derfor formodes, at medlemsstaterne ikke med henvisning til artikel 8, stk. 3, kan ændre anvendelsesområdet for artikel 5, stk. 1, litra a), og indsætte et krav om lovligt forlæg, som ikke følger af artikel 5, stk. 1, litra a).

Det er derfor formentlig i strid med direktivet, at OPHL § 11, stk. 3, opstiller et krav om lovligt forlæg for mellemmænds transmissioner i § 11 a.¹³

Når der er tale om litra b) om *lovlig brug* antager *Rosenmeier*, at kravet om lovligt forlæg er foreneligt med direktivet.¹⁴ Det er dog tvivlsomt.

Det antages tilsyneladende det anførte sted, at »lovlig brug« er det samme som lovligt forlæg. Men det er ikke rigtigt. En brug i artikel 5, stk. 1, litra b)’s forstand er nemlig ifølge direktivets 33. betragtning »lovlig«, når:

“[...] den er godkendt af rettighedshaveren, eller når den ikke er undergivet lovmæssige restriktioner.”

10. Rådets Fælles Holdning Nr. 48/2000, Rådets Begrundelse, pkt. 49. Det er en fejl, at der i den danske oversættelse står “[...] de pågældende *tredjemænds* handlinger [...]” (fremhævet her). Se den engelske, tyske og svenske version af Rådets Fælles Holdning. I citatet ovenfor er »tredjemænd« derfor udbyttet med »mellemmænd«, som er det rigtige ord.
11. FT 02-03 Till. A, s. 242, 1. sp.
12. Se i den forbindelse også *Walter & von Lewinski: European Copyright Law* § 11.5.18, s. 1026, som skriver, at mellemmænd ikke begår en krænkelse, selv hvor transmissionen er ulovlig.
13. Se for samme resultat, men med en lidt anderledes begrundelse, *Schovsbo, Rosenmeier & Salung Petersen: Immaterialret*, s. 245. Se også de svenske forarbejder i Prop. 2004/05-110, s. 97, hvor det anføres, at det ikke kan komme på tale at indsætte et krav om lovligt forlæg i den tilsvarende svenske bestemmelse.
14. *Schovsbo, Rosenmeier & Salung Petersen: Immaterialret*, s. 245.

5. Konflikter

Det centrale er derfor som udgangspunkt ikke, om det eksemplar eller den tilgængeliggørelse, eksemplarfremsstillingen tager *afsæt i*, er fremstillet eller foretaget på lovlig vis. Derimod er det, om den tilsigtede *brug* – dvs. det formål, den midlertidige eksemplarfremsstilling skal hjælpe med at realisere – enten (1) er tilladt af rettighedshaveren, (2) ikke er genstand for en ophavsretlig eneret (eller en anden restriktion)¹⁵ eller (3) er undtaget igennem

15. Ifølge C-403/08 og C-429/08 (FAPL), præmis 171, og C-302/10 (Infopaq II), præmis 44, kan »restriktionerne« være såvel EU-retlige som nationale. »Restriktionerne« skal m.a.o. ikke nødvendigvis have sit grundlag i EU-regulering, men kan være udelukkende nationale.

Det fremgår tilsyneladende af FT 2002-03 Till. A, s. 242, 2. sp., at Kulturministeriet ved implementeringen af direktivet havde den opfattelse, at en »restriktion« i 33. betragtnings forstand udgør en ophavsretlig eneret. Det virker også nærliggende, men det er muligt, at begrebet skal fortolkes bredere end det, således at det også omfatter andre regler, der begrænser lovligheden af den tilsigtede brug. I C-403/08 og C-429/08 (FAPL) var der i Det Forenede Kongerige indført en national regulering om, at import, salg og anvendelse på det nationale område af udenlandske satellit-dekoderanordninger, som gav adgang til satellitudsendelsestjenester med oprindelse i en anden medlemsstat, var forbudt, se præmis 86. Den nationale regulering var dog i strid med TEUF artikel 56, se præmis 125. EU-Domstolen bemærkede under gennemgangen af begrebet »lovlig brug« i artikel 5, stk. 1, at en modtagelse af en TV-udsendelse – som følge af dommens præmisser om den nationale regulering manglende lovlighed – skal: "[...] anses for lovlig [dvs. i artikel 5, stk. 1's, forstand] for så vidt angår udsendelser med oprindelse i en anden medlemsstat end Det Forenede Kongerige, når denne gennemføres ved hjælp af en udenlandsk dekoderanordning." (præmis 171, 2. pkt.) Der synes heraf modsætningsvist at kunne sluttes, at den nationale strafferetlige regulering i sagen havde kunnet udgøre en »restriktion« i 33. betragtnings forstand, såfremt den ikke havde været i strid med TEUF artikel 56. M.a.o. kan en rent national strafferetlig begrænsning af en brugs lovlighed således tilsyneladende udgøre en »restriktion«. Derved vil begrebet »lov-mæssige restriktioner« ikke være begrænset til rent ophavsretlige enerettigheder, men vil kunne udstrækkes til andre lovmæssige begrænsninger af den påtænkte brugs lovlighed. Man kunne ud fra en sådan betragtning mene, at kravet om lovligt forlæg så blot kan betegnes som en »restriktion«. Men det er ikke korrekt. Kravet om lovligt forlæg angår ikke den tiltænkte *brug* af værket men derimod den *midlertidige eksemplarfremsstilling*. Der er således ikke tale om en restriktion i forhold til den brug, den midlertidige eksemplarfremsstilling skal muliggøre, men derimod en restriktion i forhold til selve den midlertidige eksemplarfremsstilling.

undtagelsesregler.¹⁶ Derudover er det tilsyneladende et krav, at betingelserne i artikel 5, stk. 5, er opfyldt.¹⁷

Når der er tale om (1) brug, der er tilladt af rettighedshaveren, vil det bero på en fortolkning af tilladelsen, om brugen betinges af lovligt forlæg. I de fleste tilfælde, vil det nok være tilfældet. Men det relevante kriterie er altså, om *aftalen* faktisk omfatter den konkrete form for brug. At opstille kravet om lovligt forlæg uafhængigt af aftalens indhold er derfor næppe rigtigt. Hvis aftalen f.eks. tillader offentlig fremførelse af en film på en storskærm under forudsætning af, at filmen ikke er en piratkopi, vil fremførelse af en piratkopi ikke være »lovlig brug«, da fremførelsen ikke er omfattet af aftalen og dermed ikke er tilladt af rettighedshaveren. De midlertidige eksemplarfrestillinger, der sker i filmfremvisningsudstyret, er derfor ulovlige. Men kravet om lovligt forlæg beror altså på *aftalen*, ikke artikel 5, stk. 1, litra b), generelt.

Hvis brugen (2) er »lovlig« som følge af, at den slet ikke er undergivet en ophavsretlig eneret (eller andre restriktioner), vil der som udgangspunkt ikke gælde noget krav om lovligt forlæg. Som eksempel kan nævnes en families private brug af deres computer. Den overføring, der sker på computerskærmen sker ikke for almenheden og er derfor ikke underlagt en eneret (og er næppe heller underlagt andre restriktioner).¹⁸ Hvis computeren f.eks. bruges til at surfe på internettet, og der derved ved et tilfælde tilgås materiale, der er lagt ud på internettet uden rettighedshavernes samtykke, vil den eneste ophavsretligt relevante handling for familien være den midlertidige eksemplarfrestilling i computerens RAM-lager. Men da *fremførelsen (overføringen)* i familieregi ikke er undergivet en eneret (eller andre restriktioner), er brugen som udgangspunkt »lovlig«. Derfor undtager artikel 5, stk. 1, litra b), den midlertidige eksemplarfrestilling, der foretages for at muliggøre fremførelsen, uanset forlæggets karakter.¹⁹

Når brugen (3) er baseret på en undtagelse, kan et krav om lovligt forlæg ligesom under (1) også komme på tale. Hvis der f.eks. ved download først fremstilles en midlertidig kopi i en computers RAM-hukommelse, som derefter permanent gemmes på computerens harddisk efter privatkopierings-

16. Se i samme retning EFT C 150 af 28.5.1999, ændring 33, som Rådet i sin Fælles Holdning, nr. 48/2000, baserede den citerede definition på, Rådets Begrundelse, pkt. 17. Se også C-403/08 og C-429/08 (FAPL), præmis 169-172, og C-302/10 (Infopaq II), præmis 43-45, FT 02-03 Till. A, s. 242, 2. sp., de svenske forarbejder i Prop. 2004/05-110, s. 95, og *Walter & von Lewinski: European Copyright Law* § 11.5.19, s. 1026.

17. Se således C-527/15 (Stichting Brein), præmis 69-71, og nedenfor.

18. C-403/08 og C-429/08 (FAPL), præmis 171, om privat brug af et TV.

19. Se dog nedenfor om C-527/15 (Stichting Brein).

5. Konflikter

reglen i artikel 5, stk. 2, litra b), vil brugen – dvs. *privatkopieringen* – kun være lovlig, hvis den foretages på grundlag af et lovligt forlæg.²⁰ Da privatkopieringsundtagelsen ikke kan bruges på ulovlige forlæg vil sådan kopiering derfor ikke udgøre en »lovlig brug« i artikel 5, stk. 1, litra b)’s forstand. Den midlertidige kopi i RAM’en er derfor ikke fremstillet for at muliggøre en »lovlig brug« og er derfor ikke lovlig.²¹ Men kravet om lovligt forlæg får altså kun en indirekte betydning for artikel 5, stk. 1, litra b), da kravet gælder for artikel 5, stk. 2, litra b).

Som nævnt gælder der dog tilsyneladende et *yderligere* krav for, at en brug er omfattet af artikel 5, stk. 1, litra b). Således skal betingelserne i artikel 5, stk. 5, også være opfyldt, for at artikel 5, stk. 1, litra b), kan finde anvendelse. Det synes at fremgå af EU-Domstolens dom af 26. april 2017 i sag C-527/15 (Stichting Brein), præmis 59-72.

Sagen handlede om salg af en medieafspiller, der kunne kobles til en TV-skærm, og som gav mulighed for at streame ophavsretligt beskyttet materiale fra websteder, hvor dette materiale blev udbudt uden rettighedshavernes tilladelse. To af de præjudicielle spørgsmål i sagen handlede om, hvorvidt fremstilling af midlertidige eksemplarer som led i sådan streaming foretaget af en slutbruger ved hjælp af afspilleren var omfattet af InfoSoc-direktivets artikel 5, stk. 1 og 5.

EU-Domstolen konstaterede, at det relevante spørgsmål i sagen var, om fremstillingen udelukkende havde til formål at muliggøre en lovlig brug.²² Da brugen ikke var tilladt af rettighedshaverne, var spørgsmålet herefter, om eksemplar fremstillingen havde til hensigt at muliggøre en brug af værker, der ikke var undergivet restriktioner, idet EU-Domstolen i den forbindelse bemærkede, at bedømmelsen af sidstnævnte skulle tage hensyn til, at artikel 5, stk. 1, litra b), kun finder anvendelse, når betingelserne i artikel 5, stk. 5, er opfyldte.²³ EU-Domstolen henviste dernæst til omstændighederne i C-403/08 og C-429/08 (FAPL), præmis 170-172, om den overføring, der sker, når man ser TV under private rammer, og C-302/10 (Infopaq II), præmis 44-45, om udarbejdelse af resuméer til avisartikler. I begge sager havde brugen ikke været undergivet restriktioner.²⁴ Herefter udtalte EU-Domstolen følgende:

20. C-435/12 (ACI Adam), præmis 41, C-463/12 (Copydan Båndkopi), præmis 75-76, og C-572/13 (Hewlett-Packard Belgium), præmis 57.

21. Et tilsvarende eksempel findes i *Walter & von Lewinski: European Copyright Law* § 11.5.19, s. 1026.

22. C-527/15 (Stichting Brein), præmis 64.

23. C-527/15 (Stichting Brein), præmis 66, jf. præmis 63.

24. C-527/15 (Stichting Brein), præmis 67 og 68.

5.1. Konflikter med de obligatoriske undtagelser

“69. Det må derimod under omstændigheder som de i hovedsagen omhandlede, og navnlig henset til indholdet af den i denne doms præmis 18 nævnte reklame, der blev gjort for den omhandlede medieafspiller, og den omstændighed, der er nævnt i denne doms præmis 52, at den væsentligste tillokkelse for de potentielle købere ved denne medieafspiller består i de omhandlede præinstallerede add-ons, fastslås, at det i princippet er på velovervejede vis og med viden om omstændighederne, at en køber af en sådan medieafspiller får adgang til et gratis og ikke tilladt tilbud om beskyttede værker.

70. Det må ligeledes fastslås, at midlertidige reproduktionshandlinger af ophavsretligt beskyttede værker på en medieafspiller som den i hovedsagen omhandlede ved hjælp af streaming fra et websted tilhørende tredjemand, hvor dette værk tilbydes uden rettighedshavernes tilladelse, i princippet er af en sådan art, at de strider mod den normale udnyttelse af sådanne værker og indebærer urimelig skade for rettighedshaverens legitime interesser, fordi antallet af lovlige transaktioner vedrørende disse beskyttede værker, således som generaladvokaten har anført i punkt 78 og 79 i forslaget til afgørelse, normalt vil blive reduceret som følge deraf, hvilket uberettiget skader indehaverne af ophavsretten (jf. i denne retning dom af 10.4.2014, ACI Adam m.fl., C-435/12, EU:C:2014:254, præmis 39).”

På den baggrund fandt EU-Domstolen, at de midlertidige eksemplarfremsstillinger i sagen ikke opfyldte de betingelser, der var anført i artikel 5, stk. 1 og 5.

Umiddelbart er det ikke klart, om det var EU-Domstolens opfattelse, at den konkrete brug – en slutbrugers streaming af materiale, der var lagt ulovligt ud på internettet, og med fuldt kendskab til dette²⁵ – var undergivet en *restriktion*, og at dette fulgte af en fortolkning af dette begreb i lyset af artikel 5, stk. 5, eller om resultatet fulgte direkte af *artikel 5, stk. 5*, forstået som et supplerende krav til betingelserne i artikel 5, stk. 1. På trods af, at EU-Domstolen i præmis 66 nævnte, at spørgsmålet til prøvelse var, om den konkrete brug var undergivet restriktioner, synes den mest nærliggende fortolkning at være sidstnævnte, idet EU-Domstolen ikke redegjorde nærmere for, at brugen i sagen faktisk var underlagt nogen restriktioner. EU-Domstolen fastslog således ikke, at brugen var undergivet f.eks. en ophavsretlig enerettighed, et strafferetligt forbud el.lign. Det fremgår dermed ikke, hvorfor *brugen* i den konkrete sag skulle være forbudt – altså, hvorfor det skulle være forbudt for en slutbruger at foretage streaming fra websteder, hvor materialet er lagt ud uden rettighedshaverens tilladelse, når der altså ikke henses til de midlertidige eksemplarfremsstillinger, som netop har til formål at muliggøre denne brug. Derimod synes EU-Domstolen alene at forholde sig til spørgsmålet

25. Det kan nok ligesom i C-403/08 og C-429/08 (FAPL), præmis 171, som handlede om anvendelse af en udenlandsk satellit-dekoderboks, der kunne sluttes til et TV, lægges til grund, at brugen omfatter, for det første, *opfangning* af materialet og, for det andet, *visualisering* af dette.

5. Konflikter

om, hvorvidt selve *den midlertidige eksemplarfremsstilling* kunne tillades. Dommen synes således mest at fremstå som værende udtryk for, at der *supplerende* til det ovenfor nævnte krav om, at brugen skal være lovlig, gælder et krav om, at betingelserne i artikel 5, stk. 5, er opfyldt. Det er da også bedst i overensstemmelse med det i afsnit 4.1.2. anførte, hvorefter artikel 5, stk. 5, udgør en supplerende betingelse til undtagelserne i direktivet. Efter en sådan fortolkning, er det altså i visse tilfælde ifølge artikel 5, stk. 5, en betingelse, at der ikke foreligger et ulovligt forlæg. Det er i hvert fald ifølge dommen tilfældet, når brugeren er bekendt med, at der er tale om et ulovligt forlæg, og når resultatet af brugen er, at antallet af lovlige transaktioner vedrørende det beskyttede værk bliver reduceret, og at rettighedshaveren således skades. Derimod er det vel ikke åbenlyst, at det er tilfældet, når en privatperson bruger sin computer til at browse på internettet og uden viden herom kommer til at gemme et midlertidigt eksemplar af et billede på sin computer, som er lagt ud på internettet uden rettighedshaverens tilladelse.

Da begrebet »lovlig brug« i artikel 5, stk. 1, litra b), således formentlig ikke indeholder et generelt krav om lovligt forlæg, men da et sådant krav derimod tilsyneladende alene følger af artikel 5, stk. 5, i nogle særlige tilfælde, vil et helt generelt nationalt krav herom formentlig være en materiel ændring af en totalharmoniserende regels anvendelsesområde, hvilket er forbudt.

Det er derfor sandsynligt, at det også er i strid med direktivet, at OPHL § 11, stk. 3, opstiller et generelt krav om lovligt forlæg for »lovlig brug« i § 11 a, om end det ikke er åbenlyst.²⁶

Samlet må det derfor konkluderes, at artikel 5, stk. 1, formentlig ikke er implementeret korrekt i dansk ret.

5.2. Konflikter med de fakultative undtagelser

5.2.1. Indledning

InfoSoc-direktivet indeholder som nævnt udover de to obligatoriske undtagelser 20 fakultative undtagelser. De har som nævnt i afsnit 4.2.2.5. med en vis sandsynlighed ikke karakter af »field preemption« (totalharmonisering), men må snarere placeres et sted imellem »obstacle« og »rule« preemption, og kan således betegnes som en slags minimumsharmonisering. Medlemsstaterne må derfor formentlig i princippet godt indsnævre direktivets undtagelser. Der

26. Se i samme retning de svenske forarbejder i Prop. 2004/05-110, s. 97, hvor det anføres, at det ikke kan komme på tale at indsætte et krav om lovligt forlæg i den tilsvarende svenske bestemmelse.

er som nævnt dog en del usikkerhed om, præcist hvor meget og hvordan de fakultative undtagelser må indsnævres i medlemsstaterne. Det er derfor ikke muligt at give et kvalificeret bud på, om de danske regler nogen steder er i konflikt med direktivet ved at undtage for lidt.

Men da det – uanset hvor meget undtagelserne må indsnævres – i hvert fald ikke er tilladt at overskride direktivets »øvre« grænse (direktivets maksimum for, hvad der er tilladt at undtage),²⁷ undersøges i det følgende, om de danske regler nogen steder er i konflikt med denne.

5.2.2. Brugskategorier og opsamlingsreglen

Som det er fremgået ovenfor består direktivet af en række lukkede »brugskategorier«, samt en afsluttende opsamlingsregel. Sidstnævnte, artikel 5, stk. 3, litra o), tillader undtagelser, hvor (1) der er tale om et »mindre væsentligt tilfælde«, (2) undtagelsen allerede findes i national lovgivning, (3) undtagelsen kun vedrører brug i analog (dvs. ikke digital) form og (4) undtagelsen ikke berører den frie bevægelighed for varer og tjenesteydelser inden for Fællesskabet.

De danske undtagelser skal derfor enten falde inden for en af kategorierne eller opfylde betingelserne i opsamlingsreglen.

5.2.3. Undtagelser, som er forenelige med direktivets »øvre« grænse

En lang række af de danske undtagelser giver ikke anledning til bemærkninger, men synes at falde inden for direktivets »øvre« grænse. I det følgende gives en kort beskrivelse af hjemlen i direktivet.

5.2.3.1. OPHL § 16, stk. 3

Bestemmelsen tillader visse institutioner, som i deres samling har et ufuldstændigt eksemplar af et værk, at fremstille eksemplarer af de manglende dele, medmindre værket kan erhverves i almindelig handel eller hos udgiveren. Bestemmelsen falder under artikel 5, stk. 2, litra c), som tillader eksemplar fremstillinger foretaget af visse offentligt tilgængelige institutioner. Det fremgår således af litra c)'s forarbejder, at litra c) ikke nærmere fastsætter, hvilke eksemplar fremstillinger medlemsstaterne kan undtage, men at medlemsstaterne i tråd med tre-trins-testen kan undtage visse særlige former for eksemplar fremstilling, som f.eks. "[...] kopiering af værker, der ikke længere findes på markedet."²⁸

27. Se om begrebet direktivets »øvre« og »nedre« grænse afsnit 4.1.1., i.f.

28. KOM(97) 628, s. 30, pkt. 7, 1. afsnit, i.f. Se også Rådets Fælles Holdning Nr. 47/2000, Rådets Begrundelse, pkt. 25, hvorefter der tilstræbtes en mere fleksibel

5. Konflikter

5.2.3.2. OPHL § 16, stk. 4

Bestemmelsen tillader biblioteker at fremstille eksemplarer af udgivne værker, der bør være i bibliotekets samling, men som ikke kan erhverves i almindelig handel eller hos udgiveren. Bestemmelsen falder ligesom § 16, stk. 3, under artikel 5, stk. 2, litra c).²⁹

5.2.3.3. OPHL § 17, stk. 1

Bestemmelsen tillader gengivelse og spredning af eksemplarer af udgivne værker, når det er særligt bestemt til en række handicappede. Bestemmelsen falder under artikel 5, stk. 3, litra b), som tillader anvendelser til gavn for handicappede.

5.2.3.4. OPHL § 17, stk. 3

Bestemmelsen er en tvangslicensregel, der tillader gengivelse og spredning af lydoptagelser af udgivne litterære værker til brug for syns- og læsehandicappede. Bestemmelsen falder under artikel 5, stk. 3, litra b), jf. direktivets 36. betragtning om kompensation.

5.2.3.5. OPHL § 18, stk. 3

Bestemmelsen tillader fremstilling af sanghæfter i op til 300 eksemplarer til brug for deltagerne i et »møde«, hvorunder f.eks. hører folkelige møder, begravelser og generalforsamlinger.³⁰ Hvor bestemmelsen bruges i forbindelse med religiøse ceremonier eller officielle ceremonier arrangeret af en offentlig myndighed, falder den under artikel 5, stk. 3, litra g), som tillader anvendelser ved netop sådanne begivenheder. I andre tilfælde falder den under opsamlingsreglen i artikel 5, stk. 3, litra o).³¹

eksemplar fremstillingsadgang under litra c). De danske forarbejder lægger desuden op til tilbageholdenhed, se FT 2004-05 Till. A, s. 2261 f., og § 16, stk. 3, er derfor formentlig tilpas begrænset til ikke at kunne komme i konflikt med artikel 5, stk. 5.

29. Se herved KOM(97) 628, s. 30, pkt. 7, 1. afsnit, i.f. Se også Rådets Fælles Holdning Nr. 47/2000, Rådets Begrundelse, pkt. 25, hvorefter der tilstræbtes en mere fleksibel eksemplar fremstillingsadgang under litra c). Der stilles desuden efter de danske forarbejder krav om særlig interesse for det enkelte bibliotek, ligesom der lægges op til tilbageholdenhed, se FT 2004-05 Till. A, s. 2262, 1. sp., og § 16, stk. 4, er derfor formentlig tilpas begrænset til ikke at kunne komme i konflikt med artikel 5, stk. 5.

30. FT 1994-95 Till. A, s. 1350 f.

31. Fremstilling og spredning af op til 300 sanghæfter med nogle enkelte udgivne sangtekster må betegnes som et »mindre væsentlig[t] tilfælde«, og opfylder derfor betingelsen herom i litra o). Bestemmelsen har eksisteret i den nuværende form i den danske ophavsretslov siden lov nr. 395 af 14. juni 1995 (lov om ophavsret) § 18, stk. 3, og opfylder derfor betingelsen om, at undtagelsen »allerede« fandtes

5.2. Konflikter med de fakultative undtagelser

5.2.3.6. OPHL § 21, stk. 1, nr. 2

Bestemmelsen tillader offentlig fremførelse af visse værker til brug for gudstjenester og undervisning. Hvor undtagelsen bruges i forbindelse med gudstjenester, falder den under artikel 5, stk. 3, litra g), og hvor den bruges i forbindelse med undervisning, falder den under litra a), som tillader anvendelse i forbindelse med undervisning³².

5.2.3.7. OPHL § 23, stk. 2

Bestemmelsen tillader gengivelse af offentliggjorte kunstværker ved omtale af dagsbegivenheder. Bestemmelsen falder under artikel 5, stk. 3, litra c), 2. led, der tillader anvendelse af værker i forbindelse med redegørelse for dagsbegivenheder.³³

5.2.3.8. OPHL § 24, stk. 2

Bestemmelsen tillader afbildning af kunstværker, der er varigt anbragt ved en for almenheden tilgængelig plads eller vej. Bestemmelsen falder under artikel 5, stk. 3, litra h), som tillader anvendelse af værker, der er varigt anbragt på offentlige steder. Bestemmelsen er i øvrigt forenelig med tre-trins-testen, idet den alene tillader gengivelse af værker varigt placeret udenfor, og ikke tillader kommerciel udnyttelse, når værket er hovedmotivet.³⁴

5.2.3.9. OPHL § 25

Bestemmelsen tillader medtagelse af en fremførelse eller visning af et værk, som indgår i en dagsbegivenhed, i forbindelse med gengivelse af dagsbegivenheden i film, radio eller fjernsyn, i det omfang det sker som et naturligt led i gengivelsen af dagsbegivenheden. Bestemmelsen falder under artikel 5, stk. 3, litra c), 2. led.³⁵

før InfoSoc-direktivet. Bestemmelsen vedrører kun brug i analog form, dvs. på papir el.lign. og berører næppe den frie bevægelighed i EU.

32. Betingelsen i litra a) om, at der skal være tale om »anskueliggørelse i forbindelse med undervisning«, er opfyldt igennem § 21, stk. 1, nr. 2's, krav om »undervisning«. Se FT 2002-03 Till. A, s. 250, 1. sp., hvor det fremgår, at alene kundskabsformidling er omfattet.

33. Diskussionen om manglende kildeangivelse nedenfor under afsnit 5.2.4.1. vil næppe være relevant for § 23, stk. 2, idet ikke-offentlig gengivelse højst sandsynligt ikke vil falde under § 23, stk. 2, der netop handler om visse mediers omtale af dagsbegivenheder rettet mod den bredere befolkning. Dvs. brug i en kontekst, der vil være offentlig.

34. Sml. *Senfleben: Copyright, Limitations and the three step test*, s. 271 f.

35. Nedenfor i afsnit 5.2.4.1. er der omtalt en problematik om manglende krav om kildeangivelse ved gengivelse i sammenhænge, der ikke er »offentlige«. Da § 25 kun

5. Konflikter

5.2.3.10. OPHL § 25 a

Bestemmelsen tillader gengivelse af værker, der indgår i uddrag, der er givet adgang til efter § 90, stk. 3, i lov om radio- og fjernsynsvirksomhed, samt regler udstedt i medfør af § 90, stk. 5, i samme lov. Bestemmelsen falder under artikel 5, stk. 3, litra c), 2. led.³⁶

5.2.3.11. OPHL § 28

Bestemmelsen tillader gengivelse af værker i forbindelse med retssager, sager i administrative nævn o.l., samt sagsbehandling inden for offentlige myndigheder og institutioner, som henhører under Folketinget. Bestemmelsen falder under artikel 5, stk. 3, litra e), som tillader anvendelse med henblik på korrekt gennemførelse eller referering af administrative, parlamentariske eller retslige procedurer.

Retssager og sager i administrative nævn o.l. må betegnes som henholdsvis retslige og administrative »procedurer«, og opfylder således kravet herom

tillader brug i film, radio eller fjernsyn, synes det usandsynligt, at den problematik vil være relevant her.

36. Se herom L 25 fremsat den 7. oktober 2009, almindelige bemærkninger, pkt. 4.5.3.3., i.f. Bestemmelsen har til formål at implementere Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2007/65/EF af 11. december 2007 om ændring af Rådets direktiv 89/552/EØF om samordning af visse love og administrative bestemmelser i medlemsstaterne vedrørende udøvelse af tv-spredningsvirksomhed, artikel 3k (nu Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2010/13/EU af 10. marts 2010 om samordning af visse love og administrative bestemmelser i medlemsstaterne om udbud af audiovisuelle medietjenester (direktiv om audiovisuelle medietjenester), artikel 15). Betingelsen om, at der er tale om »redegørelse for dagsbegivenheder«, er opfyldt igennem kravet i lovbekendtgørelse nr. 255 af 20. marts 2014 (lov om radio- og fjernsynsvirksomhed, herefter radio- og tv-loven) § 90, stk. 3, jf. OPHL § 25 a, om, at der er tale om en »begivenhed af stor interesse for offentligheden« og kravet i § 90, stk. 4, jf. OPHL § 25 a, om, at uddraget kun anvendes i »generelle nyhedsprogrammer«. Betingelsen om, at medtagelsen af værket sker »i et omfang, som det informative formål berettiger til«, er bl.a. opfyldt igennem en bekendtgørelse, der er udstedt i medfør af radio- og tv-lovens § 90, stk. 5 (bek. nr. 106 af 28. januar 2010). Den angiver, at uddraget ikke må være »længere end, hvad informationsformålet tilsiger«, dog kun i særlige situationer mere end 90 sekunder. Se herom L 25 fremsat den 7. oktober 2009, almindelige bemærkninger, pkt. 4.5.3.2. Se også *Schønning: Ophavsretsloven med kommentarer*, s. 387 f. Betingelsen om, at »ophavsmandens navn angives«, er opfyldt igennem § 11, stk. 2, 2. pkt., og den nævnte bekendtgørelses § 6, stk. 1. Udover at have hjemmel i artikel 5, stk. 3, litra c), 2. led, er det endda muligt, at undtagelsen vil falde helt uden for InfoSoc-direktivet. Bestemmelsen er nemlig afledt af et andet EU-direktiv. Og InfoSoc-direktivet har ifølge artikel 9 og direktivets 60. betragtning ikke til formål at berøre reguleringen inden for andre parallelområder, se *Stamatoudi & Torremans: EU Copyright Law*, §§ 11.171 f., s. 517 f.

i litra e). Det fremgår om sagsbehandling inden for offentlige myndigheder og institutioner, der hører under Folketinget, af FT 1997-98 Till. A, s. 1007 f., at det alene er den kopiering, der er nødvendig for sagsbehandlingen, journaliseringen, arkiveringen o.l., der er tilladt. Bestemmelsen giver således ikke lov til at kopiere til generel brug for en myndighed eller til at medtage beskyttede værker i brochurer el.lign. Dette må antages at opfylde kravet i litra e) om, at der er tale om administrative eller parlamentariske »procedurer«.

5.2.3.12. OPHL § 31

Bestemmelsen tillader radio- og fjernsynsforetagender at optage værker til brug i deres udsendelser under forudsætning af, at foretagenderne har ret til at udsende de pågældende værker. Bestemmelsen falder under artikel 5, stk. 2, litra d), der tillader såkaldte »efemere optagelser«.³⁷

37. Betingelsen i litra d) om, at der er tale om »efemere optagelser« (dvs. midlertidige optagelser), er ikke udtrykkeligt nævnt i OPHL § 31. Det nævnes i *Schovsbo, Rosenmeier & Salung Petersen: Immaterialret*, s. 283, at det er usikkert, hvor længe optagelserne faktisk må opbevares, og at Kulturministeriet ikke har udnyttet den hjemmel, som ministeriet ifølge § 31, stk. 2, har til at fastsætte regler om det. *Schønning: Ophavsretsloven med kommentarer*, s. 414, henviser dog til, at optagelserne ifølge betænkning 1197/1990, s. 196, kun må opbevares så længe, at "[...] udsendelse – og herunder også lovlige genudsendelser – er en aktualitet." Spørgsmålet om længden skal i sidste ende afgøres af EU-Domstolen, ved fortolkning af begrebet »efemere optagelser« i direktivet. Indtil da må betingelsen antages at være opfyldt, idet forarbejder og litteraturen i det mindste antager, at der gælder et krav om midlertidig karakter. Betingelsen i litra d) om, at optagelserne er foretaget af »radio- og fjernsynsforetagender«, er opfyldt i § 31's ordlyd. Betingelsen om, at optagelserne sker »ved hjælp af egne midler«, følger af en fortolkning af § 31 i lyset af ordlyden og forarbejderne, se Højesterets begrundelse i UfR 2014.2442 H, s. 2457. Betingelsen om, at optagelserne sker til »egne udsendelser« er opfyldt af § 31's ordlyd. Betingelsen om, at det kun er tilladt at bevare optagelserne i officielle arkiver »når der er tale om optagelser af exceptionel dokumentarisk karakter«, er formentlig også opfyldt, da § 31 tilsyneladende slet ikke tillader sådan brug. Spørgsmålet om opbevaring af radio- og fjernsynsforetagenders udsendelser (dvs. ikke selve optagelserne af værkerne) i arkiver var tidligere reguleret i § 33, som blev ophævet ved Lov nr. 1440 af 22. december 2004 § 1, nr. 11. Arkivering af udsendelser med optagelserne blev her flyttet til pligtafleveringsreglen i § 16, stk. 5, se FT 2004-05 Till. A, s. 2251, 1. sp. Da reglen kun vedrører optagelse af udsendelser i forbindelse med pligtaflevering, må det antages, at reglen ikke er i strid med direktivet, der ifølge artikel 9 ikke berører nationale pligtafleveringsregler. Se også FT 2004-05 Till. A, s. 2250. Herefter er det ikke et krav, at udsendelserne har exceptionel dokumentarisk karakter. Se om foreneligheden med Bernerkonventionen af en sådan regel, FT 2004-05 Till. A, s. 2250 f. og betænkning 1197/1990, s. 201.

5. Konflikter

5.2.3.13. Parodi-undtagelsen

Ifølge litteraturen er det ikke en krænkelse at bruge et værk i en parodi.³⁸ En sådan undtagelse vil have hjemmel i artikel 5, stk. 3, litra k), der bl.a. tillader parodier.

5.2.4. Undtagelser, som er af tvivlsom forenelighed med direktivets »øvre« grænse

5.2.4.1. Kravet om kildeangivelse – OPHL §§ 13, stk. 4, 18, stk. 1, 22, 23, stk. 1, og 26

En række af direktivets undtagelser stiller krav om, at »kilden med ophavsmandens navn angives, medmindre dette viser sig umuligt«. Det gælder artikel 5, stk. 3, litra a), c), d) og f). Det er muligt, at nogle af de afledte danske undtagelser, ikke opfylder kravet tilstrækkeligt. Det gælder OPHL §§ 13, stk. 4, 18, stk. 1, 22, 23, stk. 1, og 26.

Ud over denne problemstilling er §§ 13, stk. 4, 18, stk. 1, og 22 dog formentligt forenelige med direktivets »øvre« grænse.³⁹ Derimod er der tilsyneladende andre konflikter imellem direktivet og §§ 23, stk. 1, og 26 end den her nævnte, og disse bestemmelser gennemgås derfor yderligere nedenfor. Den relevante hjemmel for § 23, stk. 1, er artikel 5, stk. 3, litra a), d) og o),⁴⁰ hvoraf kildeangivelsesproblematikken alene vil være relevant for litra a) og d). Den relevante hjemmel for § 26 er artikel 5, stk. 3, litra e) og f),⁴¹ hvoraf kildeangivelsesproblematikken alene vil være relevant for litra f).

Indledningsvist gives en kort beskrivelse af hjemmelen i direktivet for de førstnævnte bestemmelser, og herefter gennemgås problematikken om det manglende krav om kildeangivelse.

5.2.4.1.1. OPHL § 13, stk. 4

Bestemmelsen tillader lærere og elever som led i undervisningsvirksomhed at optage deres egne fremførelser af værker. Bestemmelsen kan måske finde grundlag i både artikel 5, stk. 2, litra c), om visse reproduktionshandlinger foretaget af bl.a. uddannelsesinstitutioner, og stk. 3, litra a), om bl.a. brug til anskueliggørelse i forbindelse med undervisning. I bestemmelsens forarbejder nævnes dog kun stk. 3, litra a).⁴²

38. Se Schovsbo, Rosenmeier & Salung Petersen: *Immaterialret*, s. 292 ff., og Schønning: *Ophavsretsloven med kommentarer*, s. 212 f. Se dog med forbehold for parodi-undtagelsens eksistens i dansk ret Linkis: *Dansk Ophavsrets Fleksibilitet*, s. 189.

39. Se om begrebet direktivets »øvre« og »nedre« grænse afsnit 4.1.1., i.f.

40. Se nedenfor afsnit 5.2.4.8.

41. Se nedenfor afsnit 5.2.4.12.

42. FT 2002-03 Till. A, s. 244.

I den udstrækning § 13, stk. 4, kan finde hjemmel i artikel 5, stk. 2, litra c), vil § 13, stk. 4, være forenelig med direktivet, og den nedenfor omtalte kildeangivelsesproblematik vil ikke være relevant. Pga. den skønsmargen, medlemsstaterne har mht. litra c), synes en del at tale for det.⁴³

Alene hvis § 13, stk. 4, skal finde hjemmel i artikel 5, stk. 3, litra a), vil kildeangivelsesproblematikken opstå.

5.2.4.1.2. OPHL § 18, stk. 1

Bestemmelsen, som er en tvangslicensregel, tillader fremstilling af antologier til brug i undervisning. Bestemmelsen falder under artikel 5, stk. 3, litra a), som bl.a. tillader brug i forbindelse med undervisning, og udnytter kompetencen i direktivets 36. betragtning om kompensation.⁴⁴

5.2.4.1.3. OPHL § 22

Bestemmelsen tillader citering. Bestemmelsen falder under artikel 5, stk. 3, litra d), som netop tillader citater.⁴⁵

43. Se om skønsmargenen bl.a. KOM(97) 628, s. 30, pkt. 7, 1. afsnit, Rådets Fælles Holdning Nr. 48/2000, Rådets begrundelse, pkt. 25, og *Walter & von Lewinski: European Copyright Law*, § 11.5.39, s. 1037 f.

44. Se også FT 2002-03 Till. A, s. 248, 1. sp. og s. 309, 2. sp., under Art. 5, stk. 3, litra a). Betingelsen i litra a) om, at der skal være tale om »anskueliggørelse i forbindelse med undervisning«, må være opfyldt igennem kravet i § 18, stk. 1, om, at antologien anvendes i »undervisningsvirksomhed«, idet KOM(97) 628, s. 31, pkt. 8, 2. afsnit, udtrykkeligt nævner antologier, såfremt de bruges til illustration i forbindelse med bl.a. undervisning. Betingelsen om »ikke-kommercielle formål« er opfyldt igennem § 18, stk. 2, i.f. Betingelsen om, at brugen kun kan tillades »i et omfang som [formålet] berettiger til«, må betyde, at brugen ikke må gå videre, end hvad formålet kræver. Der er formentlig i § 18 taget hensyn hertil ved, at der kun må fremstilles eksemplarer af værker, når der er gået 5 år fra udgivelsen eller offentliggørelsen af værket. Derudover ved, at der alene må anvendes »mindre dele« af værket eller værker af »ringere omfang« samt igennem kravet om, at der betales vederlag.

45. Betingelsen om, at der er tale om »citater«, er opfyldt ved begrebet »at citere« i § 22, selvom det er usikkert, om begrebet i § 22 og artikel 5, stk. 3, litra d), har samme materielle indhold. I mangel af praksis om spørgsmålet fra EU-Domstolen, er det svært at udtale sig herom. Betingelsen om, at citeringen skal ske »med henblik på formål som kritik eller anmeldelser«, er nok opfyldt igennem § 22's krav om »god skik«. Se bl.a. herom, Betænkning 1197/1990, s. 164 ff., hvor det anføres, at hovedreglen er, at citatet skal bruges i en illustrativ sammenhæng. Betingelsen om, at værket allerede skal være »gjort tilgængelig for almenheden på lovlig vis«, er opfyldt igennem § 22's krav om, at der skal være tale om et »offentliggjort værk«, sammenholdt med § 8, stk. 1's, definition heraf. Betingelsen om, at citaterne er i overensstemmelse med »god skik«, er opfyldt igennem § 22's krav om det samme, og kravet om, at citeringen »ikke går ud over, hvad det særlige formål berettiger til«,

5. Konflikter

5.2.4.1.4. Det manglende krav om kildeangivelse

Ifølge § 11, stk. 1, jf. § 3, stk. 1, skal ophavsmandens *navn* nævnes i overensstemmelse med god skik både i forbindelse med eksemplarfremsstilling og tilgængeliggørelse, når undtagelserne anvendes. Det lever formentlig op til direktivets krav. Men for *kilden* – dvs. (ud over ophavsmandens identitet) værket's titel, publiceringssted og lignende identifikationsoplysninger⁴⁶ – forholder det sig måske anderledes.

I forarbejderne lægges for flere af undtagelserne op til, at kildeangivel-seskravet er opfyldt igennem § 11, stk. 2, 2. pkt.⁴⁷ Men den kræver kun, at der sker kildeangivelse, når værket gengives *offentligt*. Og det er muligt, at nogle af de situationer, der falder under de nævnte undtagelser, ikke udgør ikke en »offentlig« brug. Hvis en folkeskolelærer f.eks. citerer et udsnit fra en bog i sit eget materiale, og efterfølgende omdeler dette til sine elever, vil der formentlig ikke være tale om en »offentlig« gengivelse, idet sådan spredning tilsyneladende antages ikke at ske til almenheden.⁴⁸

Det er dog muligt, at kravet om »offentlig« gengivelse i § 11, stk. 2, 2. pkt., slet ikke skal tillægges nogen betydning, og hvis det er tilfældet vil der ikke være nogen konflikt. 1961-loven,⁴⁹ hvor forløberen for § 11, stk. 2, 2. pkt. blev indført ved daværende § 26, stk. 2, nævnte også »offentlig« gengivelse.⁵⁰ Forarbejderne præciserede dog ikke kravet om, at gengivelsen skulle være »offentlig«, men synes derimod snarere at have indtaget den opfattelse, at kravet om kildeangivelse gjaldt generelt.⁵¹ I den forbindelse henviste forarbejderne til, at en tilsvarende bestemmelse fandtes i Bernerkonventionens artikel 10, stk. 3, som ikke forudsatte, at gengivelsen sker i »offentlig« sammenhæng. Det er derfor muligt, at ordet »offentligt« i daværende § 26, stk. 2, og nu § 11, stk. 2, 2. pkt., skal læses ud af reglen. Men det er ikke sikkert. I forarbejderne til loven, der implementerede direktivet, nævnes ordet »offentligt« nemlig i forbindelse med de enkelte undtagelser.⁵²

Hvis de danske regler kun kræver kildeangivelse ved brug i en »offentlig« sammenhæng, vil der formentlig være en konflikt med direktivet. Hvis

er opfyldt igennem § 22's krav om god skik. Sml. *Schovsbo, Rosenmeier & Salung Petersen: Immaterialret*, s. 269 ff.

46. Bet. 1197/1990, s. 124.

47. FT 2002-03 Till. A, s. 244, 2. sp., om § 13, stk. 4, s. 248, 1. sp., om § 18, stk. 1, og s. 251, 2. sp., om § 23, stk. 1.

48. Se således *Schovsbo, Rosenmeier & Salung Petersen: Immaterialret*, s. 184, jf. s. 174.

49. Lov nr. 158 af 31. maj 1961 om ophavsretten til litterære og kunstneriske værker.

50. FT 1959-60 Till. A, sp. 2662, § 26, stk. 2.

51. FT 1959-60 Till. A, sp. 2730.

52. FT 2002-03 Till. A, s. 244, 2. sp., s. 248, 1. sp., og s. 251, 2. sp.

pligten derimod gælder uafhængigt af en »offentlig« sammenhæng, vil der ikke være nogen konflikt.

5.2.4.2. OPHL § 9

Ifølge § 9, stk. 1, er:

“Love, administrative forskrifter, retsafgørelser og lignende offentlige aktstykker [...] ikke genstand for ophavsret.”

Bestemmelsen udgør vel ikke en egentlig undtagelse fra enerettighederne, idet den i stedet fritager de nævnte aktstykker fra ophavsrettens genstand. Den har dog en funktion, der ligner, og inddrages derfor her.

Om noget er genstand for ophavsret, er ifølge EU-Domstolen afhængigt af, om det udgør ophavsmandens egen intellektuelle frembringelse.⁵³ Der er ingen andre kriterier.⁵⁴ Det er derfor i strid med de principper, de ophavsretlige direktiver opstiller, at § 9, stk. 1, undtager de nævnte aktstykker fra ophavsrettens genstand.⁵⁵

Det er et andet spørgsmål, om *enerettighederne* faktisk også udstrækkes til noget, der falder inden for ophavsretten.⁵⁶

53. Se bl.a. C-5/08 (Infopaq I), præmis 37, C-393/09 (BSA), præmis 45-46, C-403/08 og C-429/08 (FAPL), præmis 96-98 og C-145/10 (Painer), præmis 87. Se i samme retning C-355/12 (Nintendo), præmis 23.

54. Se om databasedirektivet, C-604/10 (Football Dataco), præmis 40. Principperne heri finder også anvendelse på InfoSoc-direktivet, se i den retning C-5/08 (Infopaq I), præmis 35-37. Se også direktivets 20. betragtning, hvorefter direktivet bygger på de principper, der er udviklet i de tidligere ophavsretlige direktiver, herunder databasedirektivet.

55. At der i Bernerkonventionens artikel 2, stk. 4, er hjemmel til, at medlemsstaterne selv kan bestemme, om »officielle tekster på lovgivningens, administrationens og retsplejens område« skal være genstand for ophavsret, ændrer ikke herpå. EU-Domstolen har i C-277/10 (Luksan), præmis 62-64, og C-510/10 (DR og TV2 Danmark), præmis 31, understreget, at EU-lovgiver ved at vedtage bl.a. InfoSoc-direktivet har udtømt medlemsstaternes kompetence i henhold til Bernerkonventionen til at vedtage regler, der modsiger direktivet. Danmark kan derfor ikke påberåbe sig Bernerkonventionens artikel 2, stk. 4, for at undtage de i artiklen nævnte værker fra ophavsrettens genstand.

56. Hvis offentlige aktstykker ikke faldt inden for ophavsrettens genstand, ville InfoSoc-direktivet slet ikke finde anvendelse på dem. At medlemsstaterne ifølge direktivet måtte have mulighed for at indskrænke enerettighederne er derfor ikke ensbetydende med, at medlemsstaterne må skrive sådanne aktstykker helt ud af ophavsretten. Se om sonderingen også *Linkis: Dansk Ophavsrets Fleksibilitet*, s. 213.

5. Konflikter

Spørges der således i stedet, om der kan laves en generel undtagelse for normative retsakter, som fritager dem fra enerettighederne, kan der konstateres følgende. Der findes en vis hjemmel i direktivets artikel 5, stk. 3, litra e), 2. led. Den tillader undtagelser fra eller indskrænkninger i enerettighederne:

“[...] med henblik på en korrekt gennemførelse eller referering af administrative, parlamentariske eller retslige procedurer [...]”.

Men det er ikke sikkert, at de omtalte aktstykker er omfattet, når de ikke bruges i en konkret sag ved administrationen, parlamentet eller retlige organer. *Walter og von Lewinski* antager således tilsyneladende, at sådan brug er et krav.⁵⁷ Her anføres det desuden, at begrebet »referering« (på engelsk »reporting«) formentlig kun omfatter redegørelse for procedurerne som dagsbevisenheder.⁵⁸ Antagelserne er dog tilsyneladende ikke baseret på andet end forfatternes egne overvejelser.

Medlemsstaterne har ifølge EU-Domstolen en vid skønsmargen til at fastlægge indholdet af litra e)'s første led (om den offentlige sikkerhed).⁵⁹ Med henvisning til denne synes det nærliggende, at medlemsstaterne også har en vis margen til at regulere spørgsmålet i litra e)'s andet led om rettighedernes udstrækning for administrative, parlamentariske og retslige procedurer. Generel anvendelse af aktstykker, som er frembragt af offentlige organer, og som har til hensigt at fungere normativt i medlemsstaten,⁶⁰ må karakteriseres som spørgsmål, der ligger i kernen af medlemsstatens egne interne forhold, og det må derfor formodes, at medlemsstaterne til en vis grad selv kan bestemme, under hvilke omstændigheder sådanne akter skal kunne bruges. Derudover må det have formodningen imod sig, at EU-lovgiver har ønsket at hindre udbredelsen af de nationale regler til borgerne, så de kan gøre sig bekendt med de rettigheder og pligter, der påhviler dem; så meget desto mere, når mange nationale regler implementerer EU-retsakter, og hindringer derfor kunne skade EU-retts effektive virkning.

Med henvisning til disse forhold, synes det rimeligt at antage, at artikel 5, stk. 3, litra e), 2. led, ikke skal fortolkes ligeså restriktivt og indskrænkende, som de andre undtagelser i direktivet. Der er ingen andre undtagelser i di-

57. Se *Walter & von Lewinski: European Copyright Law*, § 11.5.59, s. 1050, jf. § 9.6.33, s. 735, om at der skal være tale om en konkret sag.

58. *Walter & von Lewinski: European Copyright Law*, § 11.5.60, s. 1051.

59. C-145/10 (Painer), præmis 101-103.

60. Alene aktstykker af normativ karakter er omfattet af bestemmelsen, jf. Ufr 1995.782 V, *Schovsbo, Rosenmeier & Salung Petersen: Immaterialret*, s. 88, og *Schønning: Ophavsretsloven med kommentarer*, s. 242 f.

rektivet, som kan hjemle den nævnte brug,⁶¹ og det kan potentielt hindre de nationale retssystemers effektive virkning, hvis litra e), 2. led, ikke omfatter de nævnte aktstykker.

Det fremgår ganske vist af Kommissionens oprindelige direktivforslag, at litra e) ikke er baseret på en hjemmel i Bernerkonventionen,⁶² som netop i artikel 2, stk. 4, indeholder en hjemmel til at regulere beskyttelsesniveauet for de nævnte aktstykker. Ud fra den vinkel kunne man mene, at litra e), 2. led, ikke skal fortolkes ud fra hjemlen i Bernerkonventionen, og derfor ikke indeholder en hjemmel for generel anvendelse af de nævnte aktstykker. Men det er nok et noget spinkelt grundlag at basere en afvisning af spørgsmålet på, og det synes da heller ikke alene på baggrund af dette at være udelukket, at litra e) skulle kunne fortolkes på en måde, som ikke udelukker generel anvendelse af de nævnte aktstykker fra sit anvendelsesområde. Navnlig ikke, fordi litra e) senere blev ændret indholdsmæssigt under lovgivningsprocessen.⁶³

I det tilfælde at en fortolkning af artikel 5, stk. 3, litra e), 2. led, faktisk vil føre til, at generel anvendelse af de nævnte aktstykker falder uden for anvendelsesområdet, er det muligt, at der kan findes en vis hjemmel i direktivet på anden vis. Artikel 9 og direktivets 60. betragtning, som holder en række parallelt regulerede forhold uden for direktivets anvendelsesområde, giver således måske mulighed for at fastlægge nationale regler om brug af normative retsakter helt uden om direktivet. Artikel 9 og direktivets 60. betragtning nævner ganske vist ikke udtrykkeligt normative retsakter, som forhold, der holdes uden for direktivet. Men artikel 9 og 60. betragtning er ikke udtømmende.⁶⁴

Bestemmelsen bør omskrives til en regulær undtagelse, snarere end en regel, der angår ophavsrettens genstand. Det synes med en vis sandsynlighed at kunne antages, at direktivet ikke er til hinder for en undtagelse, der angiver, at offentlige normative retsakter kan kopieres og tilgængeliggøres frit, om end det ikke er helt klart.

5.2.4.3. OPHL § 12

Bestemmelsen tillader under en lang række betingelser kopiering til privat brug og falder generelt under artikel 5, stk. 2, litra b), som netop handler om

61. Artikel 5, stk. 3, litra o), kan i princippet ikke bruges, idet en undtagelse om brug af de nævnte aktstykker ikke opfylder betingelsen om allerede at eksistere forud for direktivet.

62. KOM(97) 628, s. 31, pkt. 9.

63. EFT C 150 af 28.5.1999, ændring 45.

64. Se *Stamatoudi & Torremans: EU Copyright Law* § 11.172, s. 518, og *Walter & von Lewinski: European Copyright Law* § 11.9.1., s. 1093.

5. Konflikter

privatkopiering. Bestemmelsen overskrider dog på nogle punkter direktivets »øvre« grænse.⁶⁵

EU-Domstolen har i *Hewlett-Packard Belgium* udtalt, at artikel 5, stk. 2, litra b), ikke kan danne grundlag for en privatkopieringsregel, som omfatter trykte noder, medmindre kopieringen alene sker:

“[...] i visse begrænsede og enkeltstående tilfælde, [...] hvor den skade, som denne reproduktion vil påføre rettighedshaverne, er minimal [...]”⁶⁶

§ 12 indeholder ingen sådan betingelse, men omfatter tilsyneladende noder i samme omfang som andre analoge værker. Medlemsstaterne har ganske vist en vis skønsmargen mht. afgrænsningen af, hvornår skaden er »minimal«,⁶⁷ og § 12 indeholder allerede en betingelse om, at der alene må laves »enkelte eksemplarer« af det enkelte værk.⁶⁸ Men det er vel p.d.a.s. tvivlsomt, om det kan forenes med dommen, at der kan kopieres til venner, medlemmer i klubber o.l.,⁶⁹ og at der ikke sondres mellem, om værket er tilgængeligt på markedet eller ej, og således, om kopieringen er begrundet i et ønske om at undgå at betale for brugen af værket eller et ønske om blot at få adgang til det. Selvom det ikke er tilladt at lave hundredevis af kopier, kan kopieringen antage en vis omfattende karakter, der må antages at kunne skade rettighedshaverens interesser; særligt når der ikke er nogen kompensationsordning for kopieringen.⁷⁰

Det må derfor antages, at § 12 er i konflikt med direktivet ved at tillade analog kopiering af noder i for vidt omfang.

Ifølge direktivet må formålet med kopieringen derudover hverken være direkte eller indirekte kommercielt. Ligeledes skal kopieringen foretages af en fysisk person, hvorunder dog også hører tredjemands medhjælp.⁷¹ Juridiske personer kan ikke få kopieret materiale ifølge § 12.⁷² Men det fremgår af forarbejderne til § 12, at *ansatte* må:

65. Se om begrebet direktivets »øvre« og »nedre« grænse afsnit 4.1.1., i.f.

66. For citatet, se C-572/13 (*Hewlett-Packard Belgium*), præmis 56. Se herudover præmis 51-56.

67. C-463/12 (*Copydan Båndkopi*), præmis 61.

68. Af FT 1994-95 Till. A, s. 1338, 2. sp., fremgår det, at der heri ikke ligger et bestemt antal kopier, men at der skal tages hensyn til værkets sårbarhed for kopiering.

69. FT 1994-95 Till. A, s. 1338, 1. sp.

70. En sådan kompensationsordning ville i øvrigt være i strid med InfoSoc-direktivet, se C-572/13 (*Hewlett-Packard Belgium*), præmis 55.

71. Se Rådets Fælles Holdning Nr. 48/2000, pkt. 24, 2. led, som ikke blev fraveget ved Europa-Parlamentets senere ændringsforslag, trods ændring af artikel 5, stk. 2, litra b)'s ordlyd, se A5-0043/2001, Begrundelse, pkt. 12, og KOM(2001) 170, pkt. 3.2.

72. FT 1994-95 Till. A, s. 1337 f.

5.2. Konflikter med de fakultative undtagelser

“[...] kopiere tidsskriftartikler og andet til sig selv og til brug i deres sagsbehandling samt til brug for enkelte kolleger.”⁷³

Det er imidlertid noget tvivlsomt, om den slags brug vil kunne karakteriseres som »privat brug« og være til »formål, der hverken direkte eller indirekte er kommercielle«. ⁷⁴

Walter og von Lewinski mener ikke, at arbejdsmæssig brug er omfattet af litra b). De anfører derimod, at der skal sondres mellem »personlig brug« og »privat brug«. Alene de aktiviteter, der foregår i den private sfære er ifølge forfatterne omfattet. ⁷⁵ Det stemmer udmærket overens med princippet om indskrænkende fortolkning af direktivets undtagelser og tre-trins-reglen i artikel 5, stk. 5. ⁷⁶ Hvis det er muligt for arbejdsgivere at lade de ansatte fremstille eksemplarer til brug i udførelsen af deres opgaver for arbejdsgiveren, kan arbejdsgiveren indirekte nyde fordel af privatkopieringsreglen ved ikke at skulle afholde udgifter til indkøb af de kopierede materialer.

Derudover nævnes i forarbejderne, at alle statslige og kommunale myndigheder og institutioner kan fremstille kopier med hjemmel i § 12, stk. 1, da der ikke her er tale om erhvervsvirksomhed. ⁷⁷ Det er også noget tvivlsomt, om det vil falde under begrebet »privat brug«. ⁷⁸

73. FT 1994-95 Till. A, s. 1338, 2. sp. Synspunktet er tilsyneladende opretholdt i forarbejderne til implementeringsloven, der ikke mener, at det vil have karakter af erhvervsmæssig brug, se FT 2002-03 Till. A, s. 243, 2. sp., hvor det fremgår, at: ”Privatkopieringsreglen giver dog fortsat adgang til, at en ansat i en erhvervsvirksomhed kan kopiere til brug for sig selv og andre, som den pågældende har et personligt bånd til, herunder enkelte kolleger.”

74. Se sparsom omtale af sidstnævnte i A5-0043/2001, ændringsforslag 5 og Begrundelse, pkt. 12, EFT C 276 af 1.10.2001, ændring 5, og KOM(2001) 170, pkt. 3.2, jf. Rådets Fælles Holdning Nr. 48/2000, pkt. 23.

75. *Walter & von Lewinski: European Copyright Law* § 11.5.31, s. 1032 f. Se for anvendelse af begrebet »private sfære« også KOM(97) 628, s. 29, pkt. 6, 2. afsnit.

76. Se om de internationale tre-trins-regler *Senfleben: Copyright, Limitations and the three step test*, s. 162 og 203, hvor det anføres, at en »privat«-kopieringsundtagelse, der omfatter intern brug i virksomheder, er i strid med tre-trins-testens krav om, at der skal være tale om »visse specielle tilfælde«. Allerede af den grund kan Danmark formentlig ikke opretholde en ordning, hvor ansatte må kopiere materiale til »personlig« brug internt på arbejdspladsen.

77. FT 2002-03 Till. A, s. 243, 2. sp.

78. En undtagelse for »privat« (intern) brug i offentlige myndigheder o.l. er ifølge *Senfleben* i strid med de internationale tre-trins-reglers krav om, at der skal være tale om »visse specielle tilfælde«; et krav som genfindes i InfoSoc-direktivets artikel 5, stk. 5. Se *Senfleben: Copyright, Limitations and the three step test*, s. 162 og 203.

5. Konflikter

OPHL § 12 er derfor formentlig også i strid med direktivet ved at tillade kopiering til arbejdsmæssig brug.

5.2.4.4. OPHL § 15

Ifølge bestemmelsen kan en række sociale institutioner:

“[...] til kortvarig brug for institutionens beboere m.fl. foretage optagelser af værker, der udsendes i radio eller fjernsyn, såfremt det ikke sker i erhvervsøjemed. Sådanne optagelser må kun udnyttes inden for den pågældende institution.”

Bestemmelsen falder under artikel 5, stk. 2, litra e), der tillader sociale institutioner med ikke-kommercielle formål at optage radio- og fjernsynsudsendelser.⁷⁹ Ifølge direktivet er der krav om, at rettighedshaverne modtager rimelig kompensation. En sådan ordning er der dog ikke i Danmark. Kulturministeriet mente ved implementeringen af direktivet, at bestemmelsen ifølge direktivets 35. betragtning⁸⁰ ikke ville forudsætte kompensationsbetaling, da skaden på rettighedshaverne som følge af den tilladte brug var minimal.⁸¹

En sådan argumentation synes dog fejlagtig, når den danske regel gives stort set samme anvendelsesområde som undtagelsen i direktivet. Også selvom medlemsstaterne har en skønsmargen mht. afgrænsningen af, hvornår en skade er »minimal«. ⁸² Kulturministeriet pegede på, at § 15 kun gælder »kortvarig brug« og »ikke-erhvervsmæssig« brug.⁸³ Men sidstnævnte er et krav ifølge direktivet, og kan derfor næppe begrunde at skaden skulle være minimal, da det isoleret set ville gøre kravet om kompensation illusorisk. Heller ikke kravet om »kortvarig brug« i § 15 kan begrunde, at skaden skulle være mindre efter den danske regel end under litra e)’s anvendelsesområde. Rådets Fælles Holdning Nr. 48/2000 fremhæver nemlig samme formål – tidsforskydning – for at muliggøre, at de personer, der opholder sig på institutionerne, kan:

“[...] se eller høre deres foretrukne programmer, selv om de udsendes på et tidspunkt, som ikke er foreneligt med de pågældende institutioners normale arbejdsgang.”⁸⁴

79. Se også FT 2002-03 Till. A, s. 245, 1. sp.

80. Sidste punktum i 35. betragtning lyder: ”I visse situationer, hvor skaden for rettighedshaveren er minimal, bør der ikke være betalingspligt.”

81. FT 2002-03 Till. A, s. 245, 2. sp.

82. C-463/12 (Copydan Båndkopi), præmis 61.

83. FT 2002-03 Till. A, s. 245, 2. sp.

84. Citatet er hentet fra Rådets Fælles Holdning Nr. 48/2000, Rådets begrundelse, pkt. 28. Se også *Walter & von Lewinski: European Copyright Law*, § 11.5.44, s. 1040 f., som ligeledes anfører, at litra e) er begrundet i ønsket om at muliggøre tidsforskyd-

Der synes derfor ikke at være grundlag for at undlade at tilknytte § 15 en kompensationsordning, og § 15 er derfor i konflikt med direktivet.

5.2.4.5. OPHL § 16, stk. 2

Ifølge § 16, stk. 2, kan en række offentlige institutioner lave kopier i sikkerheds- og beskyttelsesøjemed. Det omfatter ifølge forarbejderne kopier for at skåne værker mod ødelæggelse eller for at sikre værkerne i tilfælde af, at originalerne skulle gå tabt. Derudover omfatter det kopiering til et nyt medie eller format, hvis det aktuelle er ved at blive forældet.⁸⁵

Bestemmelsen falder under artikel 5, stk. 2, litra c). Kopiering for at skåne og bevare værker er i overensstemmelse med direktivet.⁸⁶ Derimod er det tvivlsomt, om den del af § 16, stk. 2, der angår kopiering til et nyt medie eller format, er forenelig med direktivet.

Litra c) tillader ikke brug, der medfører økonomiske eller kommercielle fordele. Og muligheden for at skifte til et nyt format uden at skulle betale indebærer vel en økonomisk fordel. I den retning peger også, at undtagelserne skal fortolkes indskrænkende.

P.d.a.s. kan anføres, at immaterialrettens særlige genstand ifølge Domstolen ikke er at garantere rettighedshaveren mulighed for at gøre krav på det størst mulige vederlag, men kun et »passende vederlag«.⁸⁷ Man kan mene, at rettighedshaveren har fået sit »passende vederlag«, når institutionen har købt værket på det oprindelige format, da køb af værket på det nye format reelt ikke vil indebære betaling for værket, men kun for formatet. I hvert fald i den udstrækning det nye format ikke giver en bedre oplevelse af værket igennem f.eks. højere pixelopløsning eller bedre lyd kvalitet. At rettighedshaverens vederlagskrav skulle afhænge af teknologiens tilfældige udvikling og således indebære betaling, hver gang et nyt format ser dagens lys, forekommer ud fra en retspolitisk synsvinkel tvivlsomt. Spørgsmålet bør forelægges EU-Domstolen.

Digitalisering af hele institutionens samling, fordi det analoge medie er ved at blive forældet, er dog under alle omstændigheder uforeneligt med di-

ning. Se om tidsforskydning ift. § 15, FT 1994-95 Till. A, s. 1345, 1. sp., og s. 1346, 1. sp., og *Schønning: Ophavsretsloven med kommentarer*, s. 307.

85. FT 2004-05 Till. A, s. 2261, 2. sp. Se herom også *Schønning: Ophavsretsloven med kommentarer*, s. 312 f.

86. Sådan kopiering fremhæves eksplicit i Rådets Fælles Holdning Nr. 48/2000, Rådets begrundelse, pkt. 25, og var også nævnt af både Europa-Parlamentet i EFT C 150 af 28.5.1999, ændringsforslag 38, og i Kommissionens ændrede forslag, KOM(1999) 250, s. 3, 8 og 22.

87. Se bl.a. C-403/08 og C-429/08 (FAPL), præmis 108, med henvisning til bl.a. Info-Soc-direktivets betragtning 10.

5. Konflikter

rektivet.⁸⁸ Det er derimod muligt, at det vil være tilladt at digitalisere visse værker for at kunne tilgængeliggøre dem efter § 16 a, stk. 1, som muliggør tilrådighedsstillelse på stedet ved de samme institutioner.⁸⁹ Dog kun hvis digitaliseringen sker med en vis tilbageholdenhed.⁹⁰ Det er p.d.a.s. ikke helt klart, om sådan kopiering fra et analogt til et digitalt medie eller format overhovedet er omfattet af § 16, stk. 2.⁹¹

Samlet er det altså usikkert, om § 16, stk. 2, er i strid med direktivet, og spørgsmålet om kopiering for at skifte medie eller format bør derfor forelægges EU-Domstolen.

5.2.4.6. OPHL § 16 a, stk. 1

Bestemmelsen tillader, at de samme institutioner som nævnt ovenfor under § 16, stk. 2, gør offentliggjorte værker tilgængelige for enkeltpersoner på stedet til personligt gennemsyn eller studium ved hjælp af teknisk udstyr. Artikel 5, stk. 3, litra n), danner grundlag for reglen.⁹²

Ifølge litra n) må tilgængeliggørelsen kun ske:

“[...] med henblik på forskning eller privat studium [...]”

Ifølge § 16 a, stk. 1, er det relevante område:

“[...] personligt gennemsyn eller studium [...]”

Walter og von Lewinski antager, at litra n) kun omfatter tilegnelse af viden og ikke underholdning.⁹³ Men det er ikke helt klart, om en sådan restriktion også gør sig gældende for § 16 a, stk. 1, der omfatter »personligt gennemsyn«. F.eks. nævner *Schønning* med henvisning til en vejledning fra Statens Bibliotekstjeneste, at § 16 a, stk. 1, hjemler adgang til brug af computerspil,⁹⁴ som vel – uden for helt ekstraordinære tilfælde – næppe har anden funktion end underholdning. Forarbejderne til § 16 a, stk. 1, synes heller ikke at tage

88. Se i den retning C-117/13 (Eugen Ulmer), præmis 45.

89. § 16 a, stk. 1, tillader ikke eksemplarfremsstilling, men kan godt bruges til at tilrådighedsstille kopier fremstillet efter § 16, stk. 2, se FT 2004-05 Till. A, s. 2263, 2. sp.

90. Se C-117/13 (Eugen Ulmer), præmis 46-49.

91. Forarbejderne (FT 04-05 Till. A, s. 2261, 2. sp.) er ikke klare omkring spørgsmålet.

92. FT 2002-03 Till. A, s. 250, 2. sp., og FT 2004-05 Till. A, s. 2254.

93. *Walter & von Lewinski: European Copyright Law* § 11.5.70, i.f., s. 1056.

94. *Schønning: Ophavsretsloven med kommentarer*, s. 320. Se herved SBT-Vejledningen, s. 1.

forbehold for brug i underholdningsøjemed.⁹⁵ Det er således muligt, at definitionen under § 16 a, stk. 1, er bredere end litra n). Om litra n) faktisk udelukker underholdning, bør i sidste ende afklares af EU-Domstolen. Men det må formodes, at være tilfældet, idet der næppe er plads til sådan brug efter ordlyden i litra n), og der er derfor formentlig en konflikt imellem § 16 a, stk. 1, og litra n).

Derudover er det en betingelse ifølge litra n), at der er tale om værker, som institutionerne har »i deres samlinger«.⁹⁶ Betingelsen findes ikke i § 16 a, stk. 1, som generelt tillader tilgængeliggørelse af »offentliggjorte værker«, herunder værker på internettet.⁹⁷ Det beror tilsyneladende på en antagelse i forarbejderne om, at kun tilgængeliggørelse af materiale, som ligger på institutionens egne servere, vil udgøre en overføring. Gengivelse på en skærm af materiale, som ligger på internettet, udgør derimod ifølge forarbejderne en direkte offentlig fremførelse, som ikke er harmoniseret, og derfor ikke kræver forenlighed med direktivets undtagelser.⁹⁸

Forarbejdernes antagelse er dog ikke rigtig. Der kan ikke være nogen tvivl om, at gengivelse på en skærm vil være en overføring.⁹⁹ Det er p.d.a.s. tvivlsomt, om det vil være en overføring til *almenheden*, da gengivelse på en skærm for en enkelt person ad gangen måske ikke vil opfylde kravet om, at der er tale om en større ubestemt kreds af potentielle modtagere.¹⁰⁰ EU-Domstolen har dog ikke taget stilling til spørgsmålet endnu, så det er endnu usikkert, om sådan overføring sker til en almenhed.

At det vil udgøre en overføring til almenheden at tilføre de offentligt tilgængelige computere internetadgang, er også muligt, da almenheden herved får adgang til værker, de i princippet ikke ellers har adgang til.¹⁰¹ Men heller ikke dette spørgsmål er afklaret af EU-Domstolen endnu.

95. FT 2004-05 Till. A., s. 2254 f. og s. 2263, 2. sp.

96. Se også *Walter & von Lewinski: European Copyright Law* § 11.5.70, s. 1056.

97. Se FT 2004-05 Till. A., s. 2263, 2. sp.

98. FT 2002-03 Till. A., s. 250, 2. sp., i.f.

99. C-403/08 og C-429/08 (FAPL), præmis 196.

100. Se om almenhedskriterierne *Schovsbo, Rosenmeier & Salung Petersen: Immaterialret*, s. 169 f.

101. Sml. analogt om tilførelse af fjernsynssignal til hhv. hotelværelser og værelser på en kurbadeanstalt C-306/05 (SGAE), præmis 42 og 46, og C-351/12 (OSA), præmis 24. At personkredsen »i princippet« ikke ellers har adgang til værkerne, skal forstås således, at situationen skal ses isoleret fra personkredsens eventuelle eget modtagerudstyr. Det afgørende er, om personkredsen, hvis der ses bort fra eventuelt eget udstyr, ikke ville have haft adgang til værkerne uden denne anden persons handlinger, se C-306/05 (SGAE), præmis 41, og C-403/08 og C-429/08 (FAPL), præmis 198. Det er i øvrigt tilsyneladende underordnet, om værkerne er frit tilgængelige med

5. Konflikter

Det kan derudover ikke afvises, at der kan være andre situationer, hvor det vil være problematisk, at § 16 a, stk. 1, ikke indeholder kriteriet i litra n) om, at værkerne skal indgå i institutionernes samlinger. F.eks. vil der muligvis være en konflikt, hvis § 16 a, stk. 1, tillader et bibliotek at lade de besøgende afspille CD'er, film mv., der er lånt fra et arkivs samling, og som derfor ikke kan siges at indgå i bibliotekets samling.¹⁰²

I den udstrækning gengivelse på skærm og/eller internetopkobling vil udgøre en overføring til almenheden, må § 16 a, stk. 1, antages at være i strid med direktivet ved ikke at indeholde et krav om, at værkerne indgår i institutionens samling. Men det er nok muligt, at en konflikt også kan eksistere på andet grundlag.

5.2.4.7. OPHL § 21, stk. 1, nr. 1.

OPHL § 21, stk. 1, nr. 1, tillader »offentlig fremførelse« af et udgivet værk, som ikke er et sceneværk eller et filmværk:

“[...] ved lejligheder, hvor tilhørerne eller tilskuerne har adgang uden betaling, hvis fremførelsen ikke er det væsentlige ved den pågældende foranstaltning, og hvis denne ikke finder sted i erhvervsøjemed [...]”.

Bestemmelsen omfatter som nævnt i afsnit 3.1. både opførelser og overføringer. Som eksempel på sidstnævnte kan nævnes brug af en musikstreamingtjeneste som baggrundsmusik ved et offentligt møde i et forsamlingshus eller til en byfest. Der vil være adgang uden betaling, og musikken vil ikke være det væsentligste ved arrangementet, ligesom afspilningen ikke sker i erhvervsøjemed. Og en sådan afspilning er ifølge EU-Domstolens praksis en overføring, ikke en opførelse.¹⁰³

Når der er tale om overføring:

det fornødne udstyr eller om de er krypterede, sml. C-607/11 (ITV Broadcasting), præmis 18, spørgsmål 1, litra a), og præmis 40, sidste led, om end det ikke er helt klart. Endeligt vil biblioteksbrugerne udgøre en større ubestemt kreds af potentielle modtagere af det indhold, der er givet adgang til, idet alle har adgang til computerne. Det er ifølge EU-Domstolen afgørende, at personkredsen potentielt har haft adgang til værkerne, ikke at de faktisk har tilgået værkerne, se bl.a. C-306/05 (SGAE), præmis 43, og C-466/12 (Svensson), præmis 19.

102. Sådan afspilning er med stor sandsynlighed en overføring til almenheden, se C-162/10 (PPL), præmis 62-63 og 69, om artikel 8, stk. 2, i leje-/lånedirektivet, som skal fortolkes på samme måde som InfoSoc-direktivets artikel 3, stk. 1, se C-117/15 (Reha Training), præmis 33-34.

103. Se *Schovsbo, Rosenmeier & Salung Petersen: Immaterialret*, s. 183 ff., bl.a. med henvisning til C-403/08 og C-429/08 (FAPL), præmis 200 ff.

- (1) af visse aktuelle samfundsmæssigt relevante værker eller i forbindelse med redegørelse for dagsbegivenheder,
- (2) af hensyn til den offentlige sikkerhed,
- (3) af politiske taler, offentlige forelæsninger el.lign. eller
- (4) som led i officielle ceremonier organiseret af en offentlig myndighed,

falder § 21, stk. 1, nr. 1, under henholdsvis artikel 5, stk. 3, *litra c), e), f) og g)*¹⁰⁴. Men også uden for de tilfælde er det muligt, at bestemmelsen kan finde hjemmel i direktivet.

Opsamlingsbestemmelsen i artikel 5, stk. 3, *litra o)*, hjemler som nævnt visse former for brug af mindre væsentlig karakter, når der er tale om 'analoge' anvendelser. Direktivet må skulle forstås således, at der herved tænkes på anvendelser, der ikke er i digital form (dvs. hvor værket fremtræder maskinlæsbart i form af tal), men som derimod er i analog form. Afspilning af musik eller levende billeder, hvorved lyden eller billederne gøres henholdsvis hørbare eller synbare for almenheden,¹⁰⁵ er i princippet ikke en digital form for overføring, idet overføringshandlingen består i frembringelsen af trykbølger, som kan opfattes af det menneskelige øre, eller lysbølger, som kan opfattes af det menneskelige øje.¹⁰⁶ Værket overføres her ikke som tal. Det er meget muligt, at signalet helt fra f.eks. streamingtjenestens servere frem til højttaleren eller TV-skærmen er digitalt, men den overføring til almenheden, som

104. Se dog om »officielle ceremonier« i *litra g)* *Senfleben: Copyright, Limitations and the three step test*, s. 261 og 271. Her anføres det, at *litra g)* ikke kan anvendes i andre tilfælde, end for brug der falder under de rettigheder, der er omfattet af Bernerkonventionens artikel 11, stk. 1; 11 bis, stk. 1; 11 ter, stk. 1; 14, stk. 1; og 14 bis, stk. 1, og som i øvrigt har karakter af de minimis; dvs. brug, der falder under den såkaldte »minor reservations doctrine«. Det skyldes, at andre end de tilfælde ikke opfylder de internationale tre-trins-testers første krav om, at der er tale om »visse specielle tilfælde«.

105. Hvilket er omfattet af overførselsretten, jf. C-403/08 og C-429/08 (FAPL), præmis 192. Se også C-403/08 og C-429/08 (FAPL), præmis 193, C-351/12 (OSA), præmis 25, og C-117/15 (Reha Training), præmis 38, hvor det fremgår, at midlet eller den tekniske proces er underordnet.

106. F.eks., når der er tale om digitalisering af lyd, bliver de oprindelige kontinuerlige lydbølger (analog form) først ved hjælp af en mikrofon omformet til en bølge af elektrisk strøm el.lign. (analog form), som derefter omformes til en lang række tal, der hver angiver bølgens placering på et bestemt tidspunkt (digital form). Når alle disse tal (værdi/tid) ses samlet, udtrykker de bølgen. Når den digitaliserede lyd skal gøres hørbar, foretages den omvendte proces. Tallene omformes således til en kontinuerlig bølge af elektrisk strøm, der kan få en højtalermembran til frembringe de lydbølger, tallene udtrykte. Værket fremstår således ikke længere som tal (værdi/tid), men derimod som en bølge i et fysisk materiale (luft) – dvs. analogt.

5. Konflikter

streamingtjenesten (og eventuelle mellemmand) foretager, skal ikke og kan ikke hjemles i § 21, stk. 1, nr. 1. Alene den overføring til almenheden, der sker, når signalet er modtaget fra oprindelsesstedet (igennem eventuelle mellemmand) på den enhed, der er sat til det udstyr, der kan gøre lyden hørbar eller billedet synbart, skal kunne omfattes af bestemmelsen. Og her foretages der vel reelt set først en overføring til almenheden, når lyden eller billedet gøres hør- eller synbart for almenheden. Den overføring, der måtte ske digitalt fra den modtagende enhed frem til afspilningsudstyret, kan ikke tilgås af almenheden, og er vel derfor ikke i sig selv en overføring til *almenheden*.

På den baggrund kan man mene, at § 21, stk. 1, nr. 1, kan omfattes af artikel 5, stk. 3, *litra o*), idet de øvrige betingelser vel i øvrigt er opfyldt.¹⁰⁷ Men sikkert er det ikke. Det er ikke umuligt, at EU-Domstolen vil mene, at den digitale overføring, der sker, efter at signalet er modtaget til modtagelsesenheden, må betegnes som en overføring til almenheden, idet den er foretaget med henblik på i et senere trin at gøre værket tilgængeligt for almenheden. Det er derfor ikke helt klart, om der kan findes hjemmel i *litra o*).

Artikel 5, stk. 3, *litra i*), om »tilfældig« medtagelse i andet materiale kan næppe anvendes som hjemmel, idet EU-Domstolen fortolker undtagelserne indskrænkende.

§ 21, stk. 1, nr. 1, er derfor muligvis i strid med direktivet i de tilfælde af overføring, der falder uden for de fire nævnte konkrete typer brug, om end det ikke er sikkert.

5.2.4.8. OPHL § 23, stk. 1

Bestemmelsen tillader gengivelse af offentliggjorte kunstværker og værker af beskrivende art:

“[...] i kritiske eller videnskabelige fremstillinger i tilslutning til teksten, når det sker i overensstemmelse med god skik og i det omfang, som betinges af formålet.”

Gengivelsen kan være både i analog og digital form.¹⁰⁸

107. Brugen må nok betegnes som et mindre væsentligt tilfælde, om end det ikke kan afvises, at der kan tænkes enkelte situationer, hvor brugen er af en så omfattende karakter, at betingelsen ikke er opfyldt. Undtagelsen fandtes allerede før direktivet, se FT 1959-60 Till. A, sp. 2718, hvor bestemmelsen i sin nuværende form blev indført, idet der alene ved 1995-loven blev foretaget redaktionelle ændringer, se FT 1994-95 Till. A, s. 1353, 2. sp. Desuden berører bestemmelsen næppe den frie bevægelighed for varer eller tjenester i EU.

108. FT 1994-95 Till. A, s. 1356, 2. sp.

Ifølge forarbejderne falder bestemmelsen under begrebet »videnskabelig forskning« i artikel 5, stk. 3, *litra a*), og hjemles således deri.¹⁰⁹

Ifølge en utrykt dom fra Østre Landsret, er det afgørende for, om der er tale om »kritiske eller videnskabelige fremstillinger«, om formålet med fremstillingen er at yde et kritisk eller videnskabeligt bidrag.¹¹⁰ Ifølge *Schønning* er bl.a. kritiske monografier over en kunstner omfattet. Det samme gælder “[...] gengivelse af kunstværker i forbindelse med anmeldelser af kunstbøger, kunstudstillinger og lign.”¹¹¹ Såkaldte »alment oplysende fremstillinger«¹¹² er derimod ikke omfattet.¹¹³

Ifølge *Walter og von Lewinski* forudsætter »videnskabelig forskning« i *litra a*), at videnskabelige metoder anvendes.¹¹⁴

Det synes nærliggende, at i hvert fald »videnskabelige fremstillinger« falder under artikel 5, stk. 3, *litra a*). Men om »kritiske fremstillinger«, herunder anmeldelse af kunstbøger og kunstudstillinger, virkelig er »videnskabelig forskning« i *litra a*)’s forstand, er derimod noget tvivlsomt.

Den *svenske* lovgiver var af samme opfattelse, nemlig at § 23, stk. 1, alene kunne opretholdes med hjemmel i artikel 5, stk. 3, *litra a*), f.s.v.a. gengivelse i videnskabelige fremstillinger.¹¹⁵ Gengivelse i kritiske fremstillinger kunne derimod hjemles i artikel 5, stk. 3, *litra o*), dog alene for brug i analog form.¹¹⁶ Dette forekommer rigtigt. Brugen må betegnes som et mindre væsentligt tilfælde, og kan næppe hindre den frie bevægelighed.

Det er dog muligt, at der kan findes anden hjemmel i direktivet til de kritiske fremstillinger end blot *litra o*). Det er således muligt, at kritiske fremstillinger, der ikke falder under *litra a*), kan rummes under artikel 5, stk. 3, *litra d*), der tillader citater “[...] med henblik på formål som kritik eller anmeldelser [...]”. På den måde kunne gengivelse også ske i digital form. EU-Domstolen

109. FT 2002-03 Till. A, s. 251, 1. sp., og s. 309, 2. sp., under Art. 5, stk. 3, *litra a*).

110. Østre Landsrets dom af 17.5.2002, 9. afd., nr. B-2687-00, s. 24, som omtalt i *Schovsbo, Rosenmeier & Salung Petersen: Immaterialret*, s. 276. Se i samme retning SOU 1956:25, s. 202, nævnt i *Schønning: Ophavsretsloven med kommentarer*, s. 371, hvorefter det afgørende er, om fremstillingen har et kritisk eller videnskabeligt formål.

111. *Schønning: Ophavsretsloven med kommentarer*, s. 371.

112. FT 1997-98 Till. A, s. 1007, nævner som eksempler på alment oplysende fremstillinger: “[...] leksika, encyklopædier, kunstbøger i almindelighed, undervisningsmateriale og andre lignende fremstillinger [...]”.

113. Se FT 1994-95 Till. A, s. 1355, 2. sp. Se også *Schønning: Ophavsretsloven med kommentarer*, s. 371.

114. *Walter & von Lewinski: European Copyright Law*, § 11.5.48, s. 1043.

115. Prop. 2004/05:110, s. 221.

116. Prop. 2004/05:110, s. 221 f.

5. Konflikter

har ikke afvist, at begrebet »citater« i litra d) kan omfatte billeder, men har dog muligvis taget en form for forbehold for det.¹¹⁷ I Generaladvokat V. Trstenjaks forslag til afgørelse i *Painer* var generaladvokaten dog af den opfattelse, at man godt kan anvende fotografier med hjemmel i litra d).¹¹⁸ Spørgsmålet bør forelægges EU-Domstolen.

§ 23, stk. 1, er derfor muligvis i strid med direktivet ved at tillade gengivelse i kritiske fremstillinger i digital form, men det er ikke sikkert. Analog gengivelse kan formentlig under alle omstændigheder hjemles i litra o).

5.2.4.9. OPHL § 23, stk. 3

Bestemmelsen tillader gengivelse af visse kunstværker i aviser, tidsskrifter, film og fjernsyn, når gengivelsen er af underordnet betydning i den pågældende sammenhæng. Bestemmelsen falder under artikel 5, stk. 3, litra i), som tillader tilfældig medtagelse i andet materiale.¹¹⁹

Det er ikke helt klart, om det skal tillægges nogen betydning, at § 23, stk. 3, taler om brug, når gengivelsen er af »underordnet betydning i den pågældende sammenhæng«, mens litra i) taler om »tilfældig medtagelse«. Forarbejderne til § 23, stk. 3, nævner hovedsageligt medtagelse, der sker ved et tilfælde,¹²⁰ men udelukker p.d.a.s. ikke tilsigtet brug. *Schønning* antager, at også gengivelse af »baggrundsmæssig« karakter er omfattet.¹²¹ Det synes da også nærliggende, at baggrundsmæssig men dog tilsigtet medtagelse kan være omfattet, idet bestemmelsen taler om gengivelse af »underordnet betydning«, der vel begrebsmæssigt ikke kan begrænses til tilfældige anvendelser.

Ifølge den danske udgave af direktivets artikel 5, stk. 3, litra i), er det et krav, at der er tale om »tilfældig« brug. I den svenske udgave af direktivet nævnes derimod »Inkluderande av underordnad betydelse«. Inddrages en række andre sprogversioner af direktivet får man ikke et meget klarere bil-

117. EU-Domstolen fik i C-145/10 (*Painer*) anledning til at behandle spørgsmålet om, hvorvidt fotografier kan citeres, men afstod i sagen fra at tage stilling til det, da alle parter var enige om, at billeder var omfattede af litra d). Se præmis 122 f. I *Walter & von Lewinski: European Copyright Law* § 11.5.58., s. 1050, antages det, at litra d) også omfatter billeder.

118. Generaladvokat V. Trstenjaks forslag til afgørelse i C-145/10 (*Painer*), præmis 212.

119. Se nærmere nedenfor afsnit 5.2.4.16. om artikel 5, stk. 3, litra i)'s, forhold til tre-trins-testen.

120. Se således FT 1994-95 Till. A, s. 1358, 1. sp., hvor det nævnes, at det "[...] kan være vanskeligt at undgå, at beskyttede kunstværker kommer med på optagelserne [...]", og at bestemmelsen alene tilvejebringer "[...] en mulighed for mere tilfældige gengivelser [...]".

121. *Schønning: Ophavsretsloven med kommentarer*, s. 375.

lede, selvom der nok er en lille overvægt til fordel for »tilfældighed« som afgørende kriterium.¹²² Spørgsmålet om litra i)'s rækkevidde bør forelægges EU-Domstolen.

Det er derfor ikke klart, om der er en konflikt imellem § 23, stk. 3, og litra i), idet det afhænger af, hvordan § 23, stk. 3, skal afgrænses, og af fortolkningen af direktivet.

5.2.4.10. OPHL § 24, stk. 1

Bestemmelsen har følgende ordlyd:

“Kunstværker, der indgår i en samling, eller som udstilles eller udbydes til salg, må gengives i kataloger over samlingen. Sådanne kunstværker må endvidere gengives i meddelelser om udstilling eller salg, herunder i form af overføring til almenheden.”

Bestemmelsen falder under artikel 5, stk. 3, litra j),¹²³ som tillader:

“[...] anvendelse med det formål at give meddelelse om en offentlig udstilling eller salg af kunstværker i den udstrækning, det er nødvendigt for at promovere begivenheden, men ikke i forbindelse med nogen anden kommerciel anvendelse”.

Hverken § 24, stk. 1's ordlyd eller forarbejder¹²⁴ nævner et krav om, at der er tale om en »offentlig« udstilling eller salg. De nævner på den anden side heller ikke udtrykkeligt, at f.eks. lukkede udstillinger for en virksomheds medarbejdere, private kunstorganisationer el.lign. er omfattede. Hvis de danske

122. Se f.eks. den *bulgarske* udgave: »случайно«, som ifølge *Bostrup & Stariradev: Bulgarsk-Dansk ordbog*, s. 248, må oversættes til »tilfældigt«; den *engelske* udgave: »incidental«, som ifølge *Axelsen: Engelsk-Dansk Ordbog*, s. 440, må oversættes til »tilfældig«/»som følger med [noget]«; den *finske* udgave: »satunnainen«, som ifølge *Pajuoja: Finsk-Dansk Ordbog*, s. 433, må oversættes til »sporadisk«/»spredt«/»tilfældig«; den *franske* udgave: »fortuite«, som ifølge *Skov Schultz, m.fl.: Politikens Franskordbog*, s. 207, må oversættes til »tilfældig«/»underordnet«/»uforudset«; den *italienske* udgave: »occasionale«, som ifølge *Boysen & Strudsholm: Italiensk-Dansk Ordbog*, s. 414, må oversættes til »lejlighedsvis«/»tilfældig«; den *spanske* udgave: »incidental«, som ifølge *Valter: Spansk-Dansk Ordbog*, s. 446, må oversættes til »uforudset«/»tilfældig« eller (fig.) »underordnet«; den *tyske* udgave: »beiläufig«, som ifølge *Bork: Tysk-Dansk Ordbog*, s. 112, må oversættes til »lejlighedsvis«/»tilfældig«/»uvæsentlig«; og den *ungarske* version: »véletlenszerű«, som ifølge *Szotar: Ungarsk-Dansk Ordbog*, s. 640, må oversættes til »vilkårlig«/»eventuel«/»tilfældig«.

123. Kulturministeriet var i hvert fald af den overbevisning, at § 24, stk. 1, 2. pkt., faldt under artikel 5, stk. 3, litra j), se FT 2004-05 Till. A, s. 2255 f.

124. FT 1959-60, Till. A, sp. 2729, FT 1994-95, Till. A, s. 1358, FT 04-05 Till. A, s. 2255 f. og 2266 f., og betænkning 1197/1990, s. 179 f.

5. Konflikter

regler tillader brug ved udstillinger eller salg, som ikke har en sådan »offentlig« karakter, vil de være i strid med direktivet. I mangel af angivelse herom i lovteksten og forarbejderne må en sådan konflikt antages at eksistere.

Derudover nævner forarbejderne til § 24, stk. 1, 1. pkt., at kataloger kan udgives og *sælges* i forbindelse med en udstilling.¹²⁵ Da litra j) kun tillader brug for at *give meddelelse* om udstillingen eller salget, synes det usandsynligt, at arrangøren skulle kunne profitere på salg af katalogerne – på trods af, at det sker i sammenhæng med meddelelsen. Herved henvises til EU-Domstolens indskrænkende fortolkning af undtagelserne, at litra j) blev indført som en af flere »snævert definerede« undtagelser,¹²⁶ samt at litra j) under lovgivningsprocessen¹²⁷ blev tilføjet et forbud mod »nogen anden kommerciel anvendelse« end at give meddelelse. Alene hvis salgsprisen kun dækker faktisk afholdte udgifter ved fremstillingen heraf, så der ikke er noget overskud, kan salg tænkes tilladt. Men forarbejderne indeholder tilsyneladende ingen sådan forudsætning.

Det er nok derfor i strid med direktivet, at § 24, stk. 1, 1. pkt., tillader salg af katalogerne i forbindelse med en udstilling.

Endelig er det ikke uproblematisk, at 1. pkt. er udformet med alternative betingelser, nemlig at kunstværket *enten* skal indgå i en samling *eller* udstilles *eller* udbydes til salg.¹²⁸ Litra j) omfatter nemlig kun udstillinger og salg og understreger, at der skal være tale om promovering af en begivenhed. At kunstværker indgår i en samling er ikke en begivenhed.

I de svenske forarbejder antages det, at gengivelsen kan hjemles i litra o), når der er tale om brug i analog¹²⁹ form.¹³⁰ Det antages således bl.a., at brugen

125. FT 1994-95, Till. A, s. 1358, og betænkning 1197/1990, s. 179.

126. Rådets Fælles Holdning Nr. 48/2000, Begrundelsens pkt. 35.

127. Se A5-0043/2001, Begrundelse, pkt. 11, i.f.

128. I forarbejderne (FT 1994-95 Till. A, s. 1358, 2. sp., og FT 2004-05 Till. A, s. 2266 f.) nævnes det ganske vist i forbindelse med omtale af § 24, stk. 1, at der ved udtrykket »kataloger« forstås: "[...] *udstillingskataloger*, [...] og at der] skal være tale om en publikation, som udgives og sælges eller foræres bort i forbindelse med *udstillingen*." (fremhævet her). Men ordlyden nævner helt udtrykkeligt en sondring imellem p.d.e.s. kataloger, som fremstilles, fordi værkerne indgår i en samling, og p.d.a.s. kataloger, som fremstilles, fordi værkerne indgår i en udstilling eller udbydes til salg. Det må derfor antages, at loven hjemler brug også hvor kataloget ikke fremstilles til en udstilling, men blot fordi kunstværkerne indgår i en samling. Sml. om den tilsvarende svenske regel, Prop. 2004/05:110, s. 228, og SOU 1956:25, s. 262 f.

129. OPHL § 24, stk. 1, 1. pkt., omfatter både analoge og digitale kataloger, se FT 2004-05 Till. A, s. 2267, 1. sp.

130. Se det svenske implementeringsforslag Prop. 2004/05:110, s. 228, om den tilsvarende svenske bestemmelse.

må karakteriseres som et mindre væsentligt tilfælde,¹³¹ som krævet i litra o). Det er måske også tilfældet. På trods af, at det ikke som i § 23, stk. 1,¹³² er et krav, at gengivelsen sker i en illustrativ sammenhæng,¹³³ må der kun laves et begrænset oplag,¹³⁴ og det er i øvrigt ikke tilladt at videresælge/-give eksemplarerne.¹³⁵ De økonomiske konsekvenser af fremstillingen af kataloget for rettighedshaveren er derfor begrænsede. Desuden kan reglen næppe påvirke den frie bevægelighed i EU.¹³⁶

Men hjemmel for digitale kataloger synes der ikke at kunne findes. Selv hvis artikel 5, stk. 3, litra d), om citater, omtalt ovenfor under § 23, stk. 1, faktisk finder anvendelse på billeder, kan litra d) næppe anvendes, idet gengivelsen næppe vil opfylde kravet i litra d) om, at citatet skal ske med henblik på »formål som kritik eller anmeldelser«. Derudover er det vel på ingen måde oplagt, at der overhovedet er tale om et »citat«.

Det er derfor formentlig i strid med direktivet, at § 24, stk. 1, 1. pkt., tillader digital gengivelse af kunstværker i kataloger over samlinger. Analog gengivelse kan derimod formentlig hjemles i litra o).

5.2.4.11. OPHL § 24, stk. 3

Bestemmelsen har følgende ordlyd:

”Bygninger må frit afbildes.”

131. I *Walter & von Lewinski: European Copyright Law* § 11.5.73., s. 1058, anføres det, at betingelsen »mindre væsentlige tilfælde« forudsætter, at: “[...] the economic importance of the relevant uses for the right owners must be negligible.”

132. *Schønning: Ophavsretsloven med kommentarer*, s. 371 f.

133. Gengivelse i et kunstkatalog kræver ingen sådan sammenhæng, men forudsætter blot, at kunstværket indgår i samlingen, se FT 1994-95 Till. A, s. 1358, 2. sp., og FT 2004-05 Till. A, s. 2266 f.

134. FT 1994-95 Till. A, s. 1358, 2. sp. Her nævnes ganske vist alene det formål at sikre informationsadgang om kunstudstillinger og omsætning af kunstværker. Det må dog antages, at samme princip gælder for kunstværker, der medtages i et katalog, fordi de indgår i en samling.

135. Det skyldes, at konsumptionsreglen i § 19, stk. 1, 1. pkt., ikke finder anvendelse, når eksemplarerne ikke er fremstillet med rettighedshaverens samtykke. Se *Schønning: Ophavsretsloven med kommentarer*, s. 378.

136. Se i den forbindelse *Walter & von Lewinski: European Copyright Law*, § 11.5.73., s. 1058, hvor det anføres, at det næppe uden for helt særlige tilfælde vil være tænkeligt, at en undtagelse, som i øvrigt falder under artikel 5, stk. 3, litra o), hindrer den frie bevægelighed.

5. Konflikter

Omfattet er ifølge forarbejderne både afbildning af bygningens ydre og indre dele.¹³⁷

Bestemmelsen falder delvist under for det første artikel 5, stk. 3, litra h), som tillader brug af værker placeret på offentlige steder, for det andet litra i), som tillader tilfældig medtagelse i andet materiale, for det tredje litra m), som tillader anvendelse af bygningsværker mv. med henblik på genopbygning af bygningen, og endeligt, for det fjerde, litra o), som omhandler andre mindre væsentlige tilfælde. Men hele § 24, stk. 3's anvendelsesområde kan ikke hjemles i direktivet.¹³⁸

Ifølge *litra h*) er det et krav, at værkerne "[...] er beregnet til at være varigt anbragt på offentlige steder [...]" (fremhævet her). Artikel 5, stk. 3, litra h), kan derfor f.eks. næppe skabe grundlag for afbildning af bygninger på privat grund. Ifølge § 24, stk. 3's ordlyd er der intet krav om, at bygningen er placeret et offentligt sted.

Derudover antages det i forarbejderne til § 24, stk. 3, at begrebet »bygninger« ikke alene omfatter huse mv., men også broer, skibe og lignende konstruktioner.¹³⁹ Det er dog tvivlsomt, om begrebet i litra h) er så bredt. F.s.v.a. broer og lignende stationære konstruktioner er det vel tænkeligt, idet de faktisk er konstrueret med henblik på at være varigt anbragt på et offentligt sted. Men skibe og lignende ikke-stationære konstruktioner er derimod som altovervejende hovedregel¹⁴⁰ ikke konstrueret med henblik på at blive »varigt anbragt« på et offentligt sted, og falder derfor næppe under litra h).

Endvidere skal det bemærkes, at det vel næppe er åbenlyst, at afbildning af en bygnings indre dele falder under litra h). F.eks. er et ophavsretligt beskyttet trappparti i en bygning, der er placeret på et offentligt sted, ikke nødvendigvis beregnet til at være varigt anbragt på et offentligt sted, hvis den del af bygningen, som trappepartiet indgår i, ikke er åben for offentligheden. Derimod vil afbildning af de indre dele af en bygning, der faktisk er åben for offentligheden – og som er det permanent – muligvis falde under litra h), idet der vel her er tale om værker, der er beregnet til at være varigt anbragt på et offentligt sted. Der synes ikke klart at kunne sluttes fra ordlyden i litra h), at der skal være tale om et offentligt sted under åben himmel. P.d.a.s. må

137. FT 1959-60 Till. A, sp. 2730, hvor det fremgår, at bestemmelsen også omfatter "[...] visse indre dele af bygningen som f.eks. trappeløb og portrum."

138. Se tilsyneladende anderledes *Schønning: Ophavsretsloven med kommentarer*, s. 376, og FT 2002-03 Till. A, s. 310, 2. sp., under Art. 5, stk. 3, litra m.

139. FT 1994-95 Till. A, s. 1359. Se også FT 1959-60 Till. A, sp. 2730.

140. Det må erkendes, at der vel kan være tilfælde, hvor f.eks. et skib er lavet til at være varigt anbragt på et offentligt sted. Som eksempel kan nævnes store udendørs modelskibe, der laves til museer o.l.

det erindres, at litra h) blev indført som en af flere ”[...] snævert definerede undtagelser [...]”,¹⁴¹ og at EU-Domstolen fortolker undtagelserne indskrænkende. Det er derfor ikke sikkert, at afbildning af bygningers indre dele er omfattet af litra h), selvom de måtte være åbne for offentligheden.

Litra i) skaber også nogen hjemmel. Når medtagelsen af en bygning, en bro, et skib mv. på et fotografi el.lign. er af *tilfældig karakter*, og medtagelsen sker »i andet materiale«, vil § 24, stk. 3, være i overensstemmelse med direktivet. Kravet om medtagelse i andet materiale er næppe opfyldt, hvis man f.eks. ved et tilfælde kommer til at tage et fotografi af en bygning, uden at der er andet end denne på fotografiet. Hvis man derimod f.eks. tager et billede af en ven, og der utilsigtet i baggrunden kommer en beskyttet bygning med på billedet, må betingelserne antages at være opfyldt.¹⁴²

Litra m) indeholder ligeledes en vis hjemmel. Når afbildning af en bygning (og muligvis en bro og lignende konstruktioner, men næppe skibe mv.) sker *med henblik på genopbygning af bygningen mv.*, vil § 24, stk. 3, være i overensstemmelse med direktivet.

Schønning antager ganske vist, at hele § 24, stk. 3's anvendelsesområde kan hjemles i litra m),¹⁴³ men det er næppe tilfældet. Synspunktet stammer muligvis fra FT 2002-03 Till. A, s. 310, 2. sp., hvor følgende fremgår:

”Art. 5, stk. 3, litra m, er en valgfri undtagelse dels om anvendelse af et kunstværk i form af en bygning, dels om anvendelse af en tegning eller plan vedrørende en bygning m.h.p. genopbygning af en bygning.” (fremhævning i original).

Det synes dog noget tvivlsomt. Artikel 5, stk. 3, litra m), er formuleret således:

“Medlemsstaterne kan indføre undtagelser fra eller indskrænkninger i de rettigheder, der er nævnt i artikel 2 og 3, i følgende tilfælde:

[...]

m) hvis der er tale om anvendelse af et kunstværk i form af en bygning eller i en tegning eller plan vedrørende en bygning med henblik på genopbygning af bygningen”.

Det er svært at se, hvordan bestemmelsen skulle kunne forstås således, at der skulle være forskel på kravene for anvendelse af henholdsvis en bygning, en tegning vedrørende en bygning og en plan vedrørende en bygning. I så fald må det antages, at EU-lovgiver havde formuleret bestemmelsen således:

141. Rådets Fælles Holdning Nr. 48/2000, begrundelsens pkt. 35.

142. Se ovenfor afsnit 5.2.4.9. for en diskussion af, om litra i) stiller et krav om, at medtagelsen sker uintentionelt.

143. *Schønning: Ophavsretsloven med kommentarer*, s. 376.

5. Konflikter

”m) hvis der er tale om anvendelse af et kunstværk i form af en bygning, eller hvis der er tale om anvendelse af et kunstværk i form af en tegning eller plan vedrørende en bygning med henblik på genopbygning af bygningen”.¹⁴⁴

Der vil i øvrigt også være tale om en eksemplarfremsstilling af et bygningsværk, hvis man efter at have fjernet bygningen (eller efter at den på anden vis er væk) bygger den op igen. Det er således heller ikke uden formål at relatere den del af bestemmelsen, der angår anvendelse af et kunstværk i form af en bygning, til den del af bestemmelsen, der angiver, at formålet med anvendelsen skal være at genopbygge bygningen.

Det må derfor antages, at litra m) alene omfatter anvendelse af bygninger, herunder afbildninger af sådanne, når denne anvendelse sker med henblik på genopbygning af bygningen. En sådan fortolkning er også bedst i overensstemmelse med kravet om indskrænkende fortolkning af undtagelserne i direktivet og hindrer næppe undtagelsens effektive virkning.¹⁴⁵ Litra m) blev endvidere medtaget i direktivet som en af flere “[...] supplerende snævert definerede undtagelser [...]”¹⁴⁶ og vil nok også af den grund blive fortolket indskrænkende af EU-Domstolen.

Når der er tale om *afbildning med analoge midler* (f.eks. analoge kameraer, tegninger, malerier o.l.), vil bestemmelsen kunne dækkes under artikel 5, stk. 3, *litra o*).¹⁴⁷ Men digital afbildning (eller anvendelse af en afbildning) falder ikke under artikel 5, stk. 3, *litra o*).

§ 24, stk. 3, er derfor kun i overensstemmelse med direktivet, når:

1. den tillader afbildning af egentlige bygningskonstruktioner på offentlige steder,
2. den tillader tilfældig medtagelse af bygninger mv. i andet materiale,
3. den tillader afbildning med henblik på genopbygning af bygningen eller
4. den tillader afbildning med analoge midler.

144. Sml. artikel 5, stk. 3, litra c), hvor der netop er skabt en sådan opsplitning af bestemmelsens led ved indføjelser af ordene ”hvis der er tale om” to gange.

145. Se herom afsnit 4.1.3.

146. Rådets Fælles Holdning Nr. 48/2000, begrundelsens pkt. 35.

147. Betingelsen om, at bestemmelsen skulle gælde før direktivet, er opfyldt, da bestemmelsen blev indført i sin nuværende form ved 1961-loven (lov nr. 158 af 31. maj 1961 om ophavsretten til litterære og kunstneriske værker § 25, stk. 3). Betingelsen i artikel 5, stk. 3, litra o), om, at reglen allerede findes i henhold til national lovgivning er således opfyldt. Derudover må analog afbildning af bygninger betegnes som værende »mindre væsentlige tilfælde«, og kan næppe berøre den frie bevægelighed i EU, idet analoge afbildninger af danske bygninger må formodes alene at have et reelt marked i Danmark. Artikel 5, stk. 3, litra o), kan dermed finde anvendelse.

I alle andre tilfælde vil § 24, stk. 3, være i konflikt med direktivet. Det gælder f.eks. digital fotografering af bygninger på privat grund, hvor bygningen er hovedmotiv, og hvor dette ikke sker med henblik på (eventuelt efterfølgende) genopbygning af bygningen.

Endeligt bør det bemærkes, at afbildning af bygninger godt må ske uden for de fire førnævnte tilfælde, hvor en anden direktivkonform regel i ophavsretsloven giver lov til det (f.eks. privatbrugsreglen). Men da brugen her vil falde under disse øvrige reglers anvendelsesområde, gøres § 24, stk. 3's eventuelle overlappende karakter ikke til genstand for analyse.

5.2.4.12. OPHL § 26

Bestemmelsen tillader gengivelse af forhandlinger i Folketinget, valgte offentlige myndigheder, retssager og offentlige møder, som afholdes til drøftelse af almene spørgsmål.

Bestemmelsen falder under artikel 5, stk. 3, litra e), 2. led, som tillader referering af administrative, parlamentariske eller retslige procedurer, når der er tale om forhandlinger i Folketinget, valgte offentlige myndigheder og retssager.¹⁴⁸

Bestemmelsen synes derimod at have svært ved at finde hjemmel i direktivet, når der er tale om offentlige møder. I forarbejderne til implementeringsloven anføres det, at bestemmelsen har hjemmel i artikel 5, stk. 3, litra e) og litra f).¹⁴⁹ Det må forstås således, at man antog, at den del af bestemmelsen, der handler om offentlige møder, kan hjemles i litra f). Litra f) giver medlemsstaterne lov til at tillade brug af:

“[...] politiske taler samt uddrag af offentlige forelæsninger eller lignende værker [..., hvis] det sker i et omfang, som det informative formål berettiger til, og kilden med ophavsmandens navn angives, medmindre det viser sig umuligt”.

148. Betingelsen i litra e) om, at brugen sker »med henblik på en korrekt gennemførelse eller referering af [proceduren]« er opfyldt, idet gengivelse af forhandlingerne i medfør af § 26 må karakteriseres som referering af forhandlingerne. I den forbindelse bemærkes det, at EU-Domstolen har udtalt, at medlemsstaterne har en forholdsvist stor skønsmargin om den del af artikel 5, stk. 3, litra e), der vedrører den offentlige sikkerhed, se C-145/10 (Painer), præmis 101-103. Da spørgsmålet om forhandlinger i Folketinget, visse myndigheder og retssager tilsvarende berører et område, der er i kernen af medlemsstatens offentlige funktion, synes det nærliggende, at der heller ikke her vil blive stillet strenge krav fra EU's side. Betingelsen om, at der er tale om »administrative, parlamentariske eller retslige procedurer« er opfyldt igennem § 26's afgrænsning til kun at vedrøre forhandlinger i Folketinget, valgte offentlige myndigheder og retssager.

149. FT 2002-03 Till. A, s. 310, under artikel 5, stk. 3, litra e og f.

5. Konflikter

Det er dog tvivlsomt, om det er rigtigt. Offentlige møder må karakteriseres som *dialoger eller samtaler* imellem to eller flere personer, hvorimod en politisk tale, en forelæsning eller et lignende værk må karakteriseres som en *monolog*.¹⁵⁰ Det er derfor ikke oplagt, at offentlige møder kan rummes af litra f)'s ordlyd.

EU-Domstolen fortolker undtagelserne indskrænkende, og litra f) blev medtaget i direktivet som en af flere "[...] supplerende *snævert* definerede undtagelser [...]"¹⁵¹ (fremhævet her). P.d.a.s. er litra f) formentlig begrundet i informations- og ytringsfriheden, og ud fra den vinkel er det muligt, at litra f) ikke skal fortolkes helt så indskrænkende, som man ellers kunne tro.

Samlet må det nok konkluderes, at det er usikkert, om § 26 er i konflikt med direktivet, men at dette alligevel synes at have mest for sig.

5.2.4.13. OPHL § 32

Bestemmelsen tillader gengivelse af diskussionsudsendelser i radio- og fjernsyn, hvorunder almene spørgsmål drøftes. *Schønning* skriver, at bestemmelsen har hjemmel i artikel 5, stk. 3, litra f), og at § 32 ikke blot tillader gengivelse af diskussionsindlæggene men udsendelsen som sådan.¹⁵² Men det er tvivlsomt, om det er foreneligt med litra f).

Litra f), som er citeret ovenfor under § 26, giver medlemsstaterne lov til at tillade brug af politiske taler og uddrag af offentlige forelæsninger eller lignende værker. Det er således kun selve diskussionen, der potentielt kan være omfattet af litra f). Alle andre værker såsom baggrundsmusik, klip fra dokumentarfilm o.l. falder udenfor.

Men selv brug af selve diskussionen er faktisk funderet på et usikkert grundlag. Det er nemlig tvivlsomt, om alle diskussionsindlæg i udsendelser kan karakteriseres som »politiske taler« eller »offentlige forelæsninger eller lignende værker«. Diskussionsudsendelser må vel ligesom de under § 26 nævnte offentlige møder karakteriseres som *dialoger eller samtaler* imellem to eller flere personer, mens en tale, en forelæsning o.l. har karakter af en *monolog*.¹⁵³ Derudover foregår de fleste diskussionsudsendelser i et studie, og det er vel derfor ikke åbenlyst, at de er »offentlige«. Man kan ganske vist mene,

150. Se vistnok i samme retning *Ricketson & Ginsburg: The Berne Convention and Beyond*, afsnit 8.19, s. 419.

151. Rådets Fælles Holdning Nr. 48/2000, begrundelsens pkt. 35.

152. Se *Schønning: Ophavsretsloven med kommentarer*, s. 416, med henvisning til UfR 1981.24 H f.s.v.a. spørgsmålet om, hvilke dele der kan gengives.

153. Se vistnok i samme retning *Ricketson & Ginsburg: The Berne Convention and Beyond*, afsnit 8.19, s. 419.

at udsendelserne bliver offentlige i kraft af, at de bliver udsendt, men om det er tilstrækkeligt til, at de kan kvalificeres som »offentlige«, er ikke helt klart.

EU-Domstolen fortolker som nævnt undtagelserne indskrænkende. Derudover blev litra f) medtaget i direktivet som en af flere supplerende *snævert* definerede undtagelser.¹⁵⁴ Men det er muligt, at litra f), der formentlig er begrundet i informations- og ytringsfriheden, ikke skal undergives en helt så indskrænkende og snæver fortolkning, som de andre undtagelser i direktivet. Det er derfor ikke helt klart, hvordan litra f) skal fortolkes.

Samlet må det konkluderes, at § 32 formentlig i det hele er i strid med direktivet, men at det ikke er helt sikkert.

5.2.4.14. OPHL § 34

Bestemmelsen tillader udlevering af optagelser af radio- og fjernsynsudsendelser til personer, der har medvirket i en udsendelse, eller som anser sig for krænket. Optagelserne må dog kun bruges til såkaldt »intern brug« hos modtageren.

Bestemmelsen falder ifølge forarbejderne¹⁵⁵ og *Schønning*¹⁵⁶ under artikel 5, stk. 2, litra b), der tillader kopiering til privat brug.¹⁵⁷

Bestemmelsen kan ikke bruges til at udlevere optagelser til juridiske personer; kun til fysiske personer. Men derunder falder ifølge forarbejderne også ansatte ved virksomheder, institutioner m.v.¹⁵⁸ Og det får *Schønning* til at antage, at det er tilladt at bruge optagelserne inden for den pågældende virksomhed, institution mv., da det vil udgøre »intern brug«.¹⁵⁹ Men det er tvivlsomt, om sådan arbejdsrelateret brug er omfattet af begrebet »privat brug« i litra b). Som omtalt ovenfor under § 12 er det meget sandsynligt, at litra b) alene omfatter brug i den private sfære og ikke det, man kan kalde personlig brug.

154. Rådets Fælles Holdning Nr. 48/2000, Begrundelsens pkt. 35.

155. FT 2002-03 Till. A, s. 255, 1. sp., og s. 309, 1. sp., under artikel 5, stk. 2, litra b.

156. *Schønning: Ophavsretsloven med kommentarer*, s. 418.

157. Der består næppe nogen problemstilling i, at § 34 er baseret på brug af tredjemands medhjælp til eksemplarfremsstilling og på brug af tredjemands eksemplar som forlæg. Se om brug af tredjemands medhjælp Rådets Fælles Holdning Nr. 48/2000, pkt. 24, 2. led, som ikke blev fraveget ved Europa-Parlamentets senere ændringsforslag, trods ændring af artikel 5, stk. 2, litra b)'s ordlyd, jf. A5-0043/2001, Begrundelse, pkt. 12, og KOM(2001) 170, pkt. 3.2. Se om brug af tredjemands eksemplar som forlæg C-463/12 (Copydan Båndkopi), præmis 91 sammenholdt med spørgsmål 1, litra e), i præmis 16.

158. FT 2002-03 Till. A, s. 255, 1. sp., og *Schønning: Ophavsretsloven med kommentarer*, s. 419.

159. *Schønning: Ophavsretsloven med kommentarer*, s. 420, i.f.

5. Konflikter

Idet § 34 omfatter en ansats brug af optagelsen på arbejdet, må det derfor antages, at den er i strid med direktivet.

5.2.4.15. OPHL § 35, stk. 2

Bestemmelsen tillader videreudsendelse af værker, der indgår i en trådløs radio- eller fjernsynsudsendelse, som modtages ved hjælp af egen antenne, over kabelanlæg med ikke mere end to tilslutninger. Ifølge forarbejderne til bestemmelsen omfatter bestemmelsen ikke blot privatbeboelse men også hotel- og institutionsanlæg o.l.¹⁶⁰

Bestemmelsen kan ifølge *Schønning* opfattes som en “[...] lovgivningsmæssig fortolkning af begrebet offentlig fremførelse [...]”,¹⁶¹ således at viderespredning til et så lille antal tilslutninger ikke er offentlig. Viderespredning til flere tilslutninger vil derimod efter bestemmelsen altid være offentlig.¹⁶² En sådan national definition af, hvornår en overføring ved kabelviderespredning er eller ikke er »offentlig«, er dog ikke tilladt. Afgrænsningen af denne offentlighed henhører under EU-retten.¹⁶³ EU-Domstolen har i en række sager¹⁶⁴ præciseret, hvornår der er tale om en *almenhed* – direktivets betegnelse for en offentlighed – som omhandlet i direktivets artikel 3, stk. 1, og det vil være i strid med direktivet at fastsætte en anden tærskel for det nationalt. Den danske opfattelse, hvorefter viderespredning til alene to tilslutninger ikke er »offentlig«, og hvor viderespredning til flere end to tilslutninger altid er »offentlig«, kan derfor ikke uden videre opretholdes. Det afgørende er, om viderespredning (overføring) til to eller flere tilslutninger ifølge *EU-retten* kan være offentlig.

Et afgørende moment for, om § 35, stk. 2, er i konflikt med direktivet er derfor, om viderespredning til blot to tilslutninger er offentlig, idet bestemmelsen i så fald skal kunne hjemles i direktivet. Det kan nok ikke afvises, at viderespredning til blot to tilslutninger faktisk vil være offentlig. Interessant er særligt, at forarbejderne nævner hoteller o.l. Det er ikke sikkert, at overføring af fjernsynssignaler til kun to hotelværelser el.lign. er en overføring til

160. FT 1984-85 Till. B, sp. 1384, som også nævnt i *Schønning: Ophavsretsloven med kommentarer*, s. 428.

161. *Schønning: Ophavsretsloven med kommentarer*, s. 427.

162. FT 1984-85 Till. A, sp. 1999 og 2005 f., og FT 1996-97 Till. A, s. 1933, 2. sp.

163. *Schovsbo, Rosenmeier & Salung Petersen: Immaterialret*, s. 285.

164. Se for en gennemgang heraf *Schovsbo, Rosenmeier & Salung Petersen: Immaterialret*, s. 169, og senest sagerne C-117/15 (Reha Training) og C-160/15 (GS Media).

almenheden som omhandlet i direktivets artikel 3, stk. 1, men det er p.d.a.s. ikke umuligt.¹⁶⁵ Det vil være op til EU-Domstolen at afgøre.

I den udstrækning det er en overføring til almenheden, skal bestemmelsen kunne hjemles i direktivets artikel 5, stk. 3.¹⁶⁶ Det kan den ikke, da der ikke er nogen undtagelser i direktivet, der tillader kabelviderespredning med den begrundelse, at den alene sker til få tilslutninger.

Hvis kabelviderespredning til to tilslutninger kan være en overføring til almenheden i artikel 3, stk. 1's, forstand, er § 35, stk. 2, derfor i strid med direktivet.

5.2.4.16. »De minimis«-princippet

I litteraturen antages der at gælde et såkaldt »de minimis«-princip, som siger, at bagatelagtig brug af værker ikke er en krænkelse.¹⁶⁷ Princippet omfatter ifølge *Rosenmeier* generelt »bagatelagtig værksudnyttelse«, hvorunder tilsyneladende både dels falder rent tilfældig (utilsigtet) brug og dels tilstøttet brug, der blot er af underordnet eller atypisk karakter.¹⁶⁸ Det er muligt, at det delvist kan hjemles i artikel 5, stk. 3, litra i) og litra o). Men det er endda også muligt, at princippet falder helt uden for direktivet.

Princippet falder formentlig i hvert fald i nogle situationer under artikel 5, stk. 3, litra i), der tillader "[...] tilfældig medtagelse af et værk [...] i an-

165. Sml. C-306/05 (SGAE), præmis 47, og C-351/12 (OSA), præmis 41, ifølge hvilke tilførelse af fjernsynssignaler til værelserne på hhv. et hotel og en kurbadeanstalt er en overføring til almenheden omfattet af direktivets artikel 3, stk. 1. Dommene handlede dog tilsyneladende om overføring til et større antal værelser end blot to, og det er derfor muligt, at Domstolen vil nå et andet resultat, hvor alene to værelser får signalet tilført. Det udtales i C-117/15 (Reha Training), præmis 47, generelt, at spredning af et signal til tv- eller radiomodtagere, som er installeret på brugerens etablisement (herunder et hotel e.l.), udgør en overføring til almenheden. Men det er ikke helt klart, hvor vidt denne udtalelse skal strækkes. Se også C-138/16 (AKM).

166. Det er selvlindlysende, at der ikke kan findes hjemmel i hverken artikel 5, stk. 2 eller 4, idet de udelukkende handler om henholdsvis eksemplarfremsættelsesretten og spredningsretten.

167. *Schovsbo, Rosenmeier & Salung Petersen: Immaterialret*, s. 288 ff., og *Schønning: Ophavsretsloven med kommentarer*, s. 258. Se dog anderledes *Linkis: Dansk Ophavsrets Fleksibilitet*, s. 148, som mener, at det er tvivlsomt, om et sådant princip eksisterer i dansk ret.

168. *Schovsbo, Rosenmeier & Salung Petersen: Immaterialret*, s. 289 f. Se for en gennemgang af den juridiske litteratur om »de minimis«-princippet *Linkis: Dansk Ophavsrets Fleksibilitet*, s. 115 ff., hvor det anføres, at der i litteraturen ikke er helt enighed om de nærmere kriterier for et sådant princip, se s. 147.

5. Konflikter

det materiale”.¹⁶⁹ Det må gælde, når der er tale om *tilfældig* værksudnyttelse; dvs. hvor brugen sker utilsigtet.

Det er derimod mindre sikkert, om også underordnet og bagatelagtig men dog *tilsigtet* brug er forenelig med direktivet.¹⁷⁰

Udover kravet om kvalificering som »tilfældig« – eller »underordnet«, hvis sådan brug faktisk er omfattet – er det ifølge litra i) et krav, at medtagelsen sker *i andet materiale*. Det er næppe tilfældet, hvis der f.eks. blot spilles høj musik i en bil, der holder for rødt.¹⁷¹ »De minimis«-princippet må derfor administreres i overensstemmelse hermed.

Senfleben antager ganske vist, at litra i) er ugyldig.¹⁷² Men antagelsen synes at være baseret på en lidt tynd argumentation. Begrundelsen skulle være, at et »de minimis«-princip ikke er foreneligt med kravet om, at brugen ifølge tre-trins-testen skal udgøre et »specielt tilfælde«. ¹⁷³ Baggrunden er tilsyneladende, at det ikke er et sagligt formål (og dermed et »specielt tilfælde«), at ophavsretten udgør en hindring for brugeren.¹⁷⁴ For at udgøre et »specielt tilfælde«, skal der være tale om et anerkendelsesværdigt formål, såsom ytringsfriheden, uddannelse, forskning, informationsspredning mv.¹⁷⁵

Men forfatteren nævner selv et »specielt tilfælde«, som har karakter af tilfældig eller underordnet brug. Forretninger, der reparerer fjernsyn mv., har angiveligt et rimeligt behov for at kunne gengive ophavsretligt beskyttet materiale i forbindelse med en kort demonstration af apparatets funktionsdygtighed. Sådan brug har hjemmel i litra l) om anvendelse i demonstrationøjemed. Fordi forretningen ville blive forhindret i effektivt at udøve sin virksomhed, hvis rettighedshavere hele tiden skulle konsulteres, og da brugen er tilfældig eller af underordnet betydning, mener forfatteren, at der er tale om et »specielt tilfælde«.¹⁷⁶

Hvis det er tilfældet er det svært at se, hvorfor det ikke også skulle være et anerkendelsesværdigt formål at undgå hindring af andre lignende aktivi-

169. Se i den retning også *Schovsbo, Rosenmeier & Salung Petersen: Immaterialret*, s. 291, der dog også nævner litra h) og o).

170. Se afsnit 5.2.4.9., hvor det nævnes, at der er forskel på de forskellige sprogversioner af direktivet, og at spørgsmålet bør forelægges EU-Domstolen.

171. Se for et tilsvarende eksempel *Schovsbo, Rosenmeier & Salung Petersen: Immaterialret*, s. 289.

172. *Senfleben: Copyright, Limitations and the three step test*, s. 262.

173. *Senfleben: Copyright, Limitations and the three step test*, s. 262.

174. *Senfleben: Copyright, Limitations and the three step test*, s. 262, sml. s. 144 ff., særligt s. 152.

175. Se *Senfleben: Copyright, Limitations and the three step test*, s. 144 ff.

176. Se *Senfleben: Copyright, Limitations and the three step test*, s. 151.

teter. F.eks. kan nævnes en radiovært, der modtager opringninger i studiet, og som på grund af en film, der kører i baggrunden hos den, der ringer ind, kommer til at overføre lydsiden fra et filmværk til almenheden. Det synes i vid udstrækning at være de samme forhold, der gør sig gældende, nemlig at undgå hindring af en adfærd, som der er et rimeligt ønske om at udøve (radiovirksomhed), i en sammenhæng, hvor brugen er af tilfældig karakter og nødvendig for at udøve adfærden. Det er muligt, at tre-trins-reglen ikke vil tillade enhver form for brug blot med henvisning til, at den er tilfældig eller underordnet, men litra i) kan næppe helt udvises som hjemmel.

Hvor princippet alene bruges til at tillade analog værksudnyttelse, falder det måske under artikel 5, stk. 3, *litra o*). Men det er ikke sikkert, da det ifølge den danske udgave af direktivet er et krav, at reglen eksisterede »i henhold til national *lovgivning*« (fremhævet her). Den svenske og tyske udgave af direktivet nævner i samme retning hhv. »lagstiftning« og »Rechtsvorschriften«, mens den engelske udgave af direktivet nævner det nok lidt bredere begreb »national law«. Det må derfor afgøres af EU-Domstolen, om litra o) forudsætter, at undtagelsen var vedtaget ved lov, eller blot gjaldt i henhold til national ret generelt.

Endeligt skal det bemærkes, at det ikke kan afvises, at der gælder et EU-retligt »de minimis«-princip helt uden om direktivet. Det antages af *Linkis* at være tilfældet.¹⁷⁷ I så fald skal et dansk »de minimis«-princip ikke falde inden for de rammer, direktivet opsætter, men vil fungere uafhængigt heraf.

Samlet må det konstateres, at der er en stor usikkerhed om, hvilke grænser EU-retten opstiller for undtagelser begrundet i »de minimis« betragtninger. Det er derfor meget tvivlsomt, om der overhovedet er en konflikt imellem InfoSoc-direktivet og dansk ret på dette punkt, om end det ikke kan afvises at være tilfældet i visse situationer. Det er nødvendigt at forelægge spørgsmålet for EU-Domstolen, for at få afklaret, om – og i så fald, under hvilke betingelser – en sådan undtagelse måtte være tilladt.

177. *Linkis: Dansk Ophavsrets Fleksibilitet*, s. 97 f. Se dog anderledes samme på s. 142, hvor det anføres, at der muligvis alene kan findes hjemmel i et sådant generelt EU-retligt »de minimis«-princip, når der er tale om *analog* brug og altså ikke *digital* brug. Begrundelsen er, at EU-lovgiver igennem artikel 5, stk. 3, *litra o*), har taget forbehold for, at digital brug ikke skal kunne undskyldes ud fra andre undtagelser, end de i direktivet udtrykkeligt hjemlede.

5. Konflikter

5.2.4.17. Ytringsfrihed som undtagelse

Ifølge litteraturen kan en brug nogle gange undskyldes med henvisning til ytringsfriheden.¹⁷⁸ Et generelt princip om ytringsfrihed har ikke udtrykkeligt hjemmel i direktivet. Men ytringsfriheden er en del af den primære EU-ret, da den indgår i EU-Charterets¹⁷⁹ artikel 11, stk. 1.¹⁸⁰ Og direktivet vil derfor være ugyldigt i den udstrækning, det er i strid med charteret.¹⁸¹

Direktivet angiver i artikel 9 et generelt princip om, at konflikt med anden EU-ret skal undgås.¹⁸² Direktivet vil derfor næppe stå i vejen for en værksudnyttelse, hvis det ville betyde, at det var i strid med charterets artikel 11, stk. 1. Derfor kan ytringsfriheden måske bruges som en slags undtagelse.

P.d.a.s. tager direktivet allerede visse hensyn til ytringsfriheden. Det sker bl.a. i artikel 5, stk. 3, litra c), om gengivelse i pressen; litra d), om citat; litra f), om politiske taler mv.; og litra k), om parodi. Ligeledes fremgår det af præambelens betragtning 3, at:

“Den foreslåede harmonisering [...] respekterer de grundlæggende retsprincipper, særlig ejendomsretten [...] ytringsfriheden og almenhedens interesse.” (fremhævet her).

Det må derfor antages at direktivet kun i meget begrænset omfang vil hindre ytringsfriheden i en sådan grad, at det skal bøje sig for ytringsfriheden. Beskyttelsen af ophavsrettigheder er også en grundlæggende rettighed, og ytringsfriheden skal afvejes heroverfor.¹⁸³ En national undtagelse af hensyn til ytringsfriheden kan derfor kun have et begrænset anvendelsesområde, som alene rummer tilfælde, hvor ytringsfriheden helt utvivlsomt bør sætte sig igennem.¹⁸⁴ Denne afvejning af ophavsretten over for ytringsfriheden bør

178. Schovsbo, Rosenmeier & Salung Petersen: *Immaterialret*, s. 301 ff. Se for en generel gennemgang af forholdet mellem ophavsretten og ytringsfriheden Linkis: *Dansk Ophavsrets Fleksibilitet*, s. 234 ff.

179. Den Europæiske Unions Charter om Grundlæggende Rettigheder (2000/C 364/01).

180. Traktaten om den Europæiske Union artikel 6, stk. 1, 1. pkt.

181. Sml. forenede sager C-293/12 og C-594/12 (Digital Rights Ireland), hvor Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2006/24/EF af 15. marts 2006 om lagring af data genereret eller behandlet i forbindelse med tilvejebringelse af offentligt tilgængelige elektroniske kommunikationstjenester eller elektroniske kommunikationsnet og om ændring af direktiv 2002/58/EF (»Logningsdirektivet«) var ugyldigt som følge af uforenelighed med Charterets artikel 7, 8 og 52, stk. 1.

182. Stamatoudi & Torremans: *EU Copyright Law* §§ 11.171 f., s. 517 f.

183. Schovsbo, Rosenmeier & Salung Petersen: *Immaterialret*, s. 301 ff., og Charterets artikel 17, stk. 2.

184. Hvilket dog måske også er tilfældet for den danske, se Schovsbo, Rosenmeier & Salung Petersen: *Immaterialret*, s. 311.

5.2. Konflikter med de fakultative undtagelser

i øvrigt nok foretages af EU-Domstolen, som har kompetencen til at fortolke direktivet i forhold til primærretten.¹⁸⁵

Hvilken udstrækning den i litteraturen formodede undtagelse af hensyn til ytringsfriheden har, er ikke helt klart.¹⁸⁶ Det er derfor ikke sikkert, at der faktisk er nogen konflikt imellem dansk ret og direktivet på dette punkt, men det kan ikke afvises. Undtagelsen bør administreres forholdsvist snævert, hvis den skal holde sig inden for direktivet, og det er endda muligt, at den alene kan anvendes i samarbejde med EU-Domstolen. Spørgsmålet bør nok forelægges denne.

185. Traktaten om den Europæiske Unions Funktionsmåde artikel 267, stk. 1, og *Chalmers, m.fl.: European Union Law*, s. 179 ff. Se vistnok i samme retning *Linkis: Dansk Ophavsrets Fleksibilitet*, s. 237.

186. I *Schovsbo, Rosenmeier & Salung Petersen: Immaterialret*, s. 311, anføres det, at ytringsfrihedshensynet af retssikkerhedsmæssige årsager alene bør få relevans i ophavsretlige sager ved helt særlige lejligheder, og at det er linjen i den foreliggende retspraksis.

6. LOVÆNDRINGSFORSLAG

Den nationale lovgiver har pligt til at sørge for at ændre national ret, der er i konflikt med EU-retten, på en måde, så den kommer i overensstemmelse med EU-retten.¹ De nationale regler er ikke automatisk ugyldige som følge af konflikten, men blot uvirksomme, idet de ikke konkret må anvendes.²

Med forbehold for eksistensen af en »nedre« grænse og i øvrigt direktivets nærmere rammer, der som nævnt synes noget uklare, gives der i det følgende for fuldstændighedens skyld et bud på, hvordan de konflikter, der er identificeret ovenfor, kan løses på lovgivningsniveau. Indledningsvist gives en kort bemærkning, hvorefter forslaget til lovændringen følger.

6.1. Manglende kildeangivelse

Idet konflikten består i, at kildeangivelse ved anvendelse af OPHL §§ 13, stk. 4, 18, stk. 1, 22, 23, stk. 1, og 26 tilsyneladende kun skal ske, hvor gengivelsen sker »offentligt«, kan dette kriterium skrives ud af loven.

I § 11, stk. 2, 2. pkt., udgår »offentligt«.

1. *Schütze: Supremacy without pre-emption?*, s. 1031, med henvisning til artikel 10 TEUF, nu artikel 4, stk. 3 – se EFT C 202 af 7. juni 2016, s. 367, note 31 – som lyder: ”I medfør af princippet om loyalt samarbejde respekterer Unionen og medlemsstaterne hinanden og bistår hinanden ved gennemførelsen af de opgaver, der følger af traktaterne. Medlemsstaterne træffer alle almindelige eller særlige foranstaltninger for at sikre opfyldelsen af de forpligtelser, der følger af traktaterne eller af retsakter vedtaget af EU-institutionerne. Medlemsstaterne bistår Unionen i gennemførelsen af dens opgaver og afholder sig fra at træffe foranstaltninger, der kan bringe virkeliggørelsen af Unionens mål i fare.”
2. *Schütze: Supremacy without pre-emption?*, s. 1030 f., og *Prechal: Direct Effect, Indirect Effect, Supremacy and the Evolving Constitution of the European Union*, s. 51 ff.

6.2. OPHL § 9

Det er ikke foreneligt med direktivet at undtage visse arter af værker fra ophavsrettens genstand, som § 9 gør. § 9 bør derfor ophæves.

Det er ikke helt klart, om det er foreneligt med direktivet at have en undtagelse, som tillader fri kopiering og tilgængeliggørelse af normative retsakter. Hvis en sådan undtagelse er forenelig med direktivet, bør § 9 flyttes til ophavsretslovens kap. 2. Den nye undtagelse kan nok mest hensigtsmæssigt placeres i forlængelse af de eksisterende undtagelser om brug af offentlige forhandlinger, aktindsigt mv., dvs. som en ny § 28 a. I den forbindelse bør betingelserne i § 11 om overholdelse af de ideelle rettigheder, forbud mod ændringer, kildeangivelsespligt og lovligt forlæg nok ikke finde anvendelse, bortset fra de værker, der fremtræder som selvstændige bidrag i aktstykkerne, hvor overholdelse af de ideelle rettigheder og forbuddet mod ændringer bør gælde. Hvis en undtagelse, som tillader kopiering og tilgængeliggørelse af normative retsakter, derimod ikke er forenelig med direktivet, bør § 9 ophæves uden yderligere. Det antages her, at en sådan undtagelse *er* forenelig med direktivet.

§ 9 ophæves.

Efter § 28 indsættes:

»Offentlige aktstykker

§ 28 a. Offentlige aktstykker, herunder love, administrative forskrifter og retsafgørelser, må gengives og spredes af enhver på en hvilken som helst måde og i en hvilken som helst form.

Stk. 2. Bestemmelsen i stk. 1 gælder ikke for værker, der fremtræder som selvstændige bidrag i de i stk. 1 nævnte aktstykker. Sådanne værker må dog gengives i forbindelse med aktstykket. Retten til videre udnyttelse afhænger af de i øvrigt gældende regler.«

I § 11 indsættes som stk. 4:

»Stk. 4. Stk. 1-3 gælder ikke for § 28 a. Stk. 1 og stk. 2, 1. pkt., gælder dog for de i § 28 a, stk. 2, 1. pkt., nævnte værker.«

6.3. OPHL § 11 a

Idet der formentlig er en konflikt imellem InfoSoc-direktivet og ophavsretsloven ved, at kravet om lovligt forlæg i § 11, stk. 3, gælder generelt for undtagelsen i § 11 a, kan kravet skrives ud af loven. Det gøres ved at tilføje § 11

a til den negative afgrænsning i § 11, stk. 3, 2. pkt. Det er dog nødvendigt i den forbindelse at tilføje, at kravet skal gælde i de tilfælde, hvor det er nødvendigt for at undgå, at bestemmelsen får et anvendelsesområde, der er i strid med tre-trins-testen i InfoSoc-direktivets artikel 5, stk. 5. Dette kan passende tilføjes i et nyt 3. pkt. i § 11, stk. 3.

I § 11, stk. 3, 2. pkt. ændres »§ 16, stk. 5« til: »§§ 11 a og 16, stk. 5«.

I § 11, stk. 3, indsættes som 3. pkt.:

»Dog finder bestemmelsen anvendelse på § 11 a, når det er nødvendigt for at sikre, at § 11 a kun anvendes i visse specielle tilfælde, der ikke strider mod den normale udnyttelse af værket og ikke indebærer urimelig skade for rettighedshaverens legitime interesser.«

6.4. OPHL § 12

Idet § 12 formentlig ikke er tilstrækkeligt restriktiv i.f.t. privatkopiering af noder, bør der indsættes en ny regel i § 12, stk. 2. § 12, stk. 2, opregner de tilfælde, hvor privatkopiering ikke er tilladt, og lyder: "Bestemmelsen i stk. 1 giver ikke ret til at [...]". Den nye regel i § 12, stk. 2, bør nok betinge undtagelsens anvendelse af, at det ikke er muligt at erhverve noderne i almindelig handel eller hos udgiveren. Ligeledes bør den formentlig begrænse det antal eksemplarer, der må fremstilles, samt den gruppe af personer, eksemplarerne må udleveres til. Det må antages, at der herved bliver tale om sådanne »begrænsede og enkeltstående tilfælde«, som krævet i *Hewlett-Packard Belgium*-dommen.

I § 12 indsættes efter stk. 2, nr. 5, som nyt nr. 6:

»fremstille eksemplarer af noder i analog form, medmindre noderne ikke kan erhverves i almindelig handel eller hos udgiveren og der udelukkende fremstilles ét eksemplar til personlig brug for fremstilleren eller dennes husstand.«

Idet § 12 derudover må formodes at være i konflikt med direktivet ved at tillade brug i arbejdsmæssig sammenhæng, bør § 12 ændres således, at sådan brug ikke er omfattet af bestemmelsen. Det kan nok hensigtsmæssigt gøres ved at ændre bestemmelsen, således at det fremgår, at brugen skal ske til formål, der hverken direkte eller indirekte er kommercielle. Med denne noget brede formulering, der er afledt af artikel 5, stk. 2, litra b)'s ordlyd, kan § 12 fortolkes i overensstemmelse med både begrebet »privat brug« og begrebet

»til formål, der hverken direkte eller indirekte er kommercielle« i litra b), idet det derved sikres, at § 12 ikke får et for bredt anvendelsesområde. Det kan passende anføres i forarbejderne til lovændringen, at arbejdsrelateret brug ikke anses for omfattet af begreberne »til sin private brug« og »til formål, der hverken direkte eller indirekte er kommercielle« i § 12, idet det materielle indhold af disse begreber dog skal være det samme som de tilsvarende begreber i artikel 5, stk. 2, litra b), og at sådan brug derfor er omfattet af § 12, i den udstrækning den måtte være omfattet af litra b).

I § 12, stk. 1, 1. pkt., ændres »ikke sker i erhvervsøjemed« til: »sker til formål, der hverken direkte eller indirekte er kommercielle«.

Et alternativ til denne løsning ville være at implementere direktivets artikel 5, stk. 2, litra a), og i den forbindelse anføre i forarbejderne, at § 12 ikke længere hjemler ansattes kopiering af ophavsretligt beskyttet materiale, idet sådan brug vil være omfattet af den nye bestemmelse. Litra a) tillader medlemsstaterne at indføre en undtagelse, som tillader eksemplarfremsstillinger på papir eller lignende ved hjælp af en fotografisk teknik, hvorunder også hører udskrivning ved hjælp af printere³, bortset fra trykte noder, forudsat at rettighedshaverne modtager en rimelig kompensation. Selve undtagelsen kunne nok hensigtsmæssigt indføres som en ny § 12 a. En sådan bestemmelse vil være begrænset til den enkelte ansattes personlige kopiering til sig selv og eventuelt til enkelte kolleger, idet mere omfattende brug inden for en organisation vil falde under aftalelicensreglen i § 14, som tillader institutioner, virksomheder mv. at fotokopiere bl.a. artikler, musikværker mv. til intern brug.⁴ En ny § 12 a bør naturligvis fortolkes i overensstemmelse med direktivets artikel 5, stk. 2, litra a), herunder litra a)'s krav om anvendelse af en fotografisk teknik eller anden proces med tilsvarende virkning. Kompensationsreglerne kan enten placeres som en række nye bestemmelser efter § 46 a og således i forlængelse af reglerne om vederlag for eksemplarfremsstilling til privat brug (såkaldt »blankbåndsvederlag«) eller indarbejdes i disse eksisterende regler. På grund af kompleksiteten af sådanne kompensationsregler gives der ikke i afhandlingen et egentligt forslag til bestemmelser herom, idet der blot henvises til, at en sådan ordning vil have mange ligheder med reglerne i OPHL §§ 39-46 a.

Efter § 12 indsættes:

3. C-457/11 – C-460/11 (VG Wort), præmis 68-72 og 80.
4. Se herom *Schönning: Ophavsretsloven med kommentarer*, s. 301, hvor det nævnes, at anvendelsesområdet for § 14 er institutionaliseret eksemplarfremsstilling. Se også samme, s. 304. Se også FT 1994-95 Till. A, s. 1343, 2. sp.

»Eksemplarfremsstilling til arbejdsmæssig brug

§ 12 a. Ansatte må fremstille enkelte eksemplarer af tidsskriftartikler og andet, bortset fra trykte noder, på papir eller lignende til sig selv og til brug i deres sagsbehandling samt til brug for enkelte kolleger.«

6.5. OPHL § 15

Idet bestemmelsen ikke indeholder kompensationsbetaling, som forudsat i direktivet, skal den ændres til en tvangslicensregel. Da der er mange rettighedshavere til indholdet i en radio-/fjernsynsudsendelse, kan reglen med fordel udformes som tvangslicensreglen i § 68, således at det er en organisation, der opkræver og videreuddeler kompensationen. De relevante rettighedshavere, der skal være omfattet af kompensationsudbetalingen, fremgår af direktivets artikel 2.⁵

I § 15 indsættes som stk. 2-4:

»Stk. 2. Ophavsmændene, de udøvende kunstnere, fremstillerne af lydoptagelserne, fremstillerne af billedoptagelserne og radio-/fjernsynsforetagendet, hvorfra udsendelsen udgår, har krav på vederlag. Vederlagskravet kan kun gøres gældende gennem en af kulturministeren godkendt fællesorganisation, som omfatter alle fem grupper af vederlagsberettigede rettighedshavere. Kan der ikke opnås enighed om størrelsen af vederlaget, kan hver af parterne forelægge spørgsmålet for Ophavsretslicensnævnet, jf. § 47.

Stk. 3. Kulturministeren fastsætter nærmere regler om sagsbehandlingen i forbindelse med godkendelsen af den fællesorganisation, som er nævnt i stk. 2.

Stk. 4. Hvis institutionen ikke betaler det vederlag, der er fastsat ved parternes aftale eller ved Ophavsretslicensnævnets afgørelse, kan det ved dom fastslås, at den pågældende udnyttelse kun kan foretages med rettighedshavernes samtykke, indtil betaling er sket.«

6.6. OPHL § 16, stk. 2

Det er uklart, om der er en konflikt med direktivet, ved at der tillades kopiering til nye formater, når det eksisterende er ved at blive forældet. Men hvis det skulle være tilfældet, kan konflikten løses ved, at det i lovteksten præciseres, at sådan brug ikke er tilladt.

5. Se herved C-572/13 (Hewlett-Packard Belgium), præmis 47-48, hvoraf det fremgår, at de eneste rettighedshavere, der har krav på kompensation efter direktivet, er de rettighedshavere, der er nævnt i direktivets artikel 2.

6. Lovændringsforslag

I § 16, stk. 2, indsættes som 2. pkt.:

»Eksemplarfremsstilling, der udelukkende sker med det formål at overføre værket til et nyt medie eller format, er ikke omfattet af 1. pkt.«

6.7. OPHL § 16 a, stk. 1

Idet den ene konflikt består i, at § 16 a, stk. 1, tilsyneladende tillader brug i underholdningsøjemed, kan direktivets formulering af det tilladte formål med fordel bruges, dvs. »forskning eller privat studium«. Det er uklart, om § 16 a, stk. 1, derudover er i strid med direktivet ved at tillade browsing o.l., idet § 16 a, stk. 1, ikke indeholder et krav om, at værkerne skal indgå i institutionernes samling. Men hvis det er tilfældet, kan konflikten løses ved at indsætte et krav om, at værkerne indgår i institutionernes samlinger, for at de må tilgængeliggøres.

§ 16 a, stk. 1, affattes således:

»Værker, som indgår i de i § 16, stk. 1, nævnte institutioners samlinger, kan gøres tilgængelige for enkeltpersoner på institutionerne til forskning eller privat studium på stedet ved hjælp af teknisk udstyr.«

6.8. OPHL § 21, stk. 1, nr. 1

Der er muligvis en konflikt imellem § 21, stk. 1, nr. 1, og direktivet, idet det ikke er sikkert, at hele bestemmelsens anvendelsesområde kan hjemles i direktivet, når der er tale om overføring. Hvis der faktisk er en konflikt, kan den løses ved helt at undtage overføring fra bestemmelsens anvendelsesområde. Alternativt kan den løses ved, at bestemmelsen tilpasses, således at overføring er forbudt uden for de tilfælde, der i hvert fald kan hjemles i direktivet. Af hensyn til at undgå uoverskuelige bestemmelser, anbefales førstnævnte.

Alternativ 1.

I § 21 indsættes som stk. 2:

»Bestemmelsen i stk. 1, nr. 1, gælder ikke overføring til almenheden.«

Stk. 2 bliver til nyt stk. 3.

Alternativ 2.

I § 21 indsættes som stk. 2:

»Bestemmelsen i stk. 1, nr. 1, gælder ikke overføringen til almenheden, medmindre overføringen:

- 1) består af artikler eller radio- eller fjernsynsudsendelser om aktuelle økonomiske, politiske eller religiøse emner, og overføringen ikke er udtrykkeligt forbudt af ret-tighedshaveren
- 2) sker i forbindelse med redegørelse for en dagsbegivenhed og kun sker i det omfang, som det informative formål berettiger til
- 3) sker af hensyn til den offentlige sikkerhed
- 4) består af politiske taler, offentlige forelæsninger eller lignende værker, eller
- 5) sker som led i officielle ceremonier organiseret af en offentlig myndighed.«

Stk. 2 bliver til nyt stk. 3.

6.9. OPHL § 23, stk. 1

Det er ikke helt klart, om § 23, stk. 1, er i konflikt med direktivet ved at til-lade digital gengivelse i kritiske fremstillinger. Men hvis det er tilfældet, kan konflikten løses, ved at der indsættes en betingelse om, at gengivelsen ikke må ske på den måde.

I § 23, stk. 1, indsættes som 3. pkt.:

»Gengivelse i kritiske fremstillinger må ikke ske i digital form.«

6.10. OPHL § 23, stk. 3

Det er ikke klart, om der består en konflikt imellem § 23, stk. 3, og direktivet. Hvis der faktisk er en konflikt, kan den løses ved, at begrebet »underordnet betydning« ændres til »tilfældig«.

I § 23, stk. 3, ændres »er af underordnet betydning i den pågældende sam-menhæng« til: »heri er tilfældig«.

6.11. OPHL § 24, stk. 1

Idet den ene konflikt består i, at der ikke er noget krav om at udstillingen eller salget er offentlig(t), bør et sådant krav skrives ind i loven. Den anden konflikt om, at salg af katalogerne ifølge forarbejderne er tilladt, kan løses

6. Lovændringsforslag

ved at forbyde alle andre kommercielle formål, end at promovere udstillingen eller salget. Den tredje konflikt om, at § 24, stk. 1, 1. pkt., tillader digital gengivelse af kunstværker, der indgår i en samling, i kataloger, kan løses ved at forbyde gengivelse i digital form. For at sikre, at rettighedshaveren ikke lider skade ved sådan gengivelse i analog form, og at artikel 5, stk. 3, litra o), således ikke er opfyldt, bør det skrives ind i lovteksten, at brug i erhvervsøjemed ikke er tilladt.

Forskellen mellem brugen af begrebet »kommercielt formål« og »erhvervsøjemed« skyldes, at brug i forbindelse med offentlig udstilling og salg er omfattet af artikel 5, stk. 3, litra j), som forbyder nogen anden kommerciel anvendelse, end den der er nødvendig for at promovere begivenheden. Undtagelserne om brug i forbindelse med offentlig udstilling og salg bør derfor kunne fortolkes i lyset af det særlige begreb i litra j), hvorefter en bestemt afgrænset type kommerciel brug er tilladt. Kataloger over samlinger derimod er ikke omfattet af litra j). Behovet, der gør sig gældende for brug i forbindelse med udstilling og salg, om at kunne fortolke i lyset af litra j), er derfor ikke relevant for kataloger over samlinger, der generelt ikke bør kunne fremstilles i erhvervsøjemed.

§ 24, stk. 1, affattes således:

»Kunstværker, som offentligt udstilles eller udbydes til salg, må gengives i kataloger over de udstillede eller udbudte kunstværker. Sådanne kunstværker må endvidere gengives i meddelelser om offentlig udstilling eller salg, herunder i form af overføring til almenheden. Kunstværker, der indgår i en samling, må gengives i kataloger over samlingen, dog ikke i digital form. Gengivelse efter 1. og 2. pkt. må kun ske i den udstrækning, det er nødvendigt for at promovere begivenheden, og må ikke have noget andet kommercielt formål. Gengivelse efter 3. pkt. må ikke ske i erhvervsøjemed.«

6.12. OPHL § 24, stk. 3

Konflikten består i, at ikke hele bestemmelsens anvendelsesområde kan hjemles i direktivet. Konflikten kan løses ved at adgangen til at afbilde bygninger begrænses til de tilfælde, direktivet tillader. Opregningen er ikke udtømmende, idet en adgang til at afbilde bygninger også gælder, hvor de øvrige bestemmelser i loven måtte indebære en sådan tilladelse, herunder f.eks. § 12, stk. 1.

§ 24, stk. 3, affattes således:

»Bygninger og lignende konstruktioner må frit afbildes, hvis:

- 1) bygningen eller konstruktionen er bestemt til at være varigt anbragt på et offentligt sted,
- 2) bygningen eller konstruktionen ved afbildningen medtages tilfældigt i andet materiale,
- 3) afbildningen sker med henblik på genopbygning af bygningen eller konstruktionen eller
- 4) afbildningen sker ved brug af analoge midler.«

6.13. OPHL § 26

Konflikten består i, at gengivelse af forhandlinger på offentlige møder, som afholdes til drøftelse af almene spørgsmål, formentlig ikke kan hjemles i direktivet. Den del af § 26, der handler om offentlige møder, bør derfor skrives ud af loven.

I § 26, 1. pkt., ændres », i retssager samt på offentlige møder, som afholdes til drøftelse af almene spørgsmål,« til: »samt i retssager«.

6.14. OPHL § 32

Konflikten består i, at hele bestemmelsens anvendelsesområde formentlig er i strid med direktivet. Hvis en sådan konflikt faktisk eksisterer, bør § 32 ophæves.

§ 32 ophæves.

6.15. OPHL § 34

Idet konflikten består i, at § 34 tillader brug af udleverede optagelser i arbejdsøjemed, bør det præciseres, at kun privat brug er tilladt. Det kan gøres ved at ændre »intern brug« i § 34 til »privat brug«, idet der herved også sikres materiel overensstemmelse med artikel 5, stk. 2, litra b), på dette punkt.

I § 34, 2. pkt., ændres »intern brug« til: »privat brug«.

6.16. OPHL § 35, stk. 2

Det er ikke helt klart, om det efter de EU-retlige kriterier vil være en overføring til almenheden, at foretage den kabelvidereudsendelse, som § 35, stk. 2, tillader. Hvis det ikke er tilfældet, er § 35, stk. 2, overflødig, og bestemmelsen bør derfor ophæves. Hvis det er en overføring til almenheden at foretage den nævnte form for kabelvidereudsendelse, vil § 35, stk. 2, være i konflikt med direktivet, idet der ikke er nogen hjemmel i InfoSoc-direktivet for bestemmelsen.

Den i afhandlingen identificerede potentielle konflikt er alene rettet imod de former for kabelviderespredning, der er omfattet af InfoSoc-direktivet, og således ikke de former, der er omfattet af Satellit- og kabeldirektivet. Det kan dog ikke afvises, at bestemmelsen også er i strid med sidstnævnte. Uanset om det er tilfældet, bør § 35, stk. 2, ophæves, idet bestemmelsen vil blive uhensigtsmæssigt kompliceret, hvis den skal tilpasses forholdet imellem InfoSoc-direktivet og Satellit- og kabeldirektivet. Alternativ 1 anbefales derfor.

Alternativ 1

§ 35, stk. 2, ophæves.

Stk. 3, 4, 5, 6 og 7 bliver herefter stk. 2, 3, 4, 5 og 6.

Alternativ 2

I § 35, stk. 2, indsættes som nyt 2. pkt.:

»1. pkt. gælder dog ikke, hvor videreudsendelsen ikke udgør en »viderespredning pr. kabel«, som defineret i artikel 1, stk. 3, i Rådets direktiv 93/83/EØF af 27. september 1993 om samordning af visse bestemmelser vedrørende ophavsrettigheder og ophavsretsbeslægtede rettigheder i forbindelse med radio- og tv-udsendelse via satellit og viderespredning pr. kabel.«

6.17. »De minimis«-princippet

Idet der ikke af lovgiver er indført en bestemmelse om et »de minimis«-princip i ophavsretsloven, men da det alene nævnes som en mulig ulovbestemt undtagelse, synes der ikke at være noget behov for at ændre ophavsretsloven på dette punkt. Det vil være tilstrækkeligt, at domstolene administrerer undtagelsen på den måde, som EU-Domstolen måtte kræve.

6.18. Ytringsfriheden som undtagelse

Idet der ikke af lovgiver er indført en bestemmelse om ytringsfriheden i ophavsretsloven, men da den alene nævnes som en mulig ulovbestemt undtagelse, synes der ikke at være noget behov for at ændre ophavsretsloven på dette punkt. Det vil være tilstrækkeligt, at domstolene administrerer undtagelsen snævert, så ytringsfrihedshensyn alene sætter sig igennem, når det virkelig er påkrævet.

7. PERSPEKTIV

Det er kritisabelt, at et EU-direktiv kan give anledning til så meget usikkerhed om, hvilken kompetence medlemsstaterne er overladt i forbindelse med implementeringen af direktivet. Som undersøgelsen viste, efterlader direktivet en ikke uvæsentlig usikkerhed om, hvorvidt de fakultative undtagelser er total- eller minimumsharmoniserende.

Hvis medlemsstaterne tror, at et direktiv er minimumsharmoniserende, hvor det i virkeligheden er totalharmoniserende, risikerer borgerne i medlemsstaten at lægge nogle nationale regler, som er i strid med EU-retten, og som derfor kan blive tilsidesat, til grund for deres adfærd. Det betyder, at borgerne ikke altid kan støtte ret på de nationale regler, hvilket skader retssikkerheden.

Det bør gøres så klart og tydeligt som muligt, hvad medlemsstaterne har kompetence til, og hvad de ikke har kompetence til. En betydeligt højere transparens er nødvendig. Ikke blot for at sikre medlemsstaternes borgeres retssikkerhed, men også for at sikre EU-rettens effektivitet og gennemslagskraft. »Express preemption« og »express saving« klausuler¹ bør derfor så vidt muligt anvendes, så det udtrykkeligt fremgår af direktivet, i hvilken udstrækning national kompetence er udtømt.

Modsat er det dog også kritisabelt, at den danske lovgiver, ved implementeringen af InfoSoc-direktivet, ikke i større udstrækning, end tilfældet er, formåede at sikre overholdelse af direktivets rammer. Der er ganske vist usikkerhed om, hvor grænserne for at indsnævre undtagelserne går. At den danske lovgiver ikke har implementeret direktivets undtagelser uden nogen materielle ændringer, kan vel derfor ikke kritiseres. Direktivet efterlader dog et meget klart svar på, om medlemsstaterne må undtage mere, end direktivets undtagelser hjemler; det må de ikke.

At der kan identificeres i hvert fald 10 tilfælde, hvor der med stor eller i hvert fald nogen sikkerhed er en konflikt med direktivets »øvre« grænse, dvs. direktivets maksimum for, hvad der er tilladt at undtage, er derfor kritisabelt.

1. Om »express preemption clauses« og »express saving clauses« se ovenfor under afsnit 2.3.2.

Sammenlignes den danske implementering med de svenske implementeringsforarbejder, synes der dér at være gjort en mere omhyggelig gennemgang af reglerne.² F.eks. er regler, som er opretholdt i den danske ophavsretslov, ændret i den svenske, herunder OPHL §§ 23, stk. 1,³ og 24, stk. 1⁴.

Et andet kritisabelt forhold er, at direktivet blev vedtaget med en lang række begreber, som EU-Domstolen mener skal defineres på EU-niveau, men som alligevel ikke er defineret i direktivet. Konsekvensen er, at retstilstanden reelt set er ukendt, indtil der foreligger et par eller flere afgørelser fra EU-Domstolen om hvert enkelt begrebs indhold. Som eksempel kan nævnes, at begrebet »privat brug« inden for ophavsretten i øjeblikket principielt er udefineret i hele EU, da der endnu ikke har været lejlighed for EU-Domstolen til at tage stilling til begrebets indhold. Det medfører retlig usikkerhed og besværliggør implementeringsprocessen, at hverken medlemsstaterne eller nogen andre ved, hvad de forskellige begrebs nærmere indhold er.

Hvis medlemsstaterne selv forsøger at præcisere begrebernes indhold i f.eks. implementeringslovenes forarbejder, kritiseres det som værende EU-retsstridigt, da begreberne skal fastlægges på EU-niveau for at sikre en ensartet anvendelse af EU-retten i hele EU. Det er vel et legitimt hensyn. Men EU-retten bør i så fald sørge for, at begreberne også defineres med en vis præcision, når retsakterne vedtages.

Afhandlingens undersøgelser giver ud over ovenstående anledning til et par bemærkninger om, hvorvidt direktivets undtagelser bør være total- eller minimumsharmoniserende.

Der er ikke nogen tvivl om, at det vil være mest hensigtsmæssigt for den harmonisering, direktivet søger, at undtagelserne er totalharmoniserende.⁵ Det vil sikre, at medlemsstaterne skal have materielt de samme regler, og i øvrigt at disse reglers anvendelsesområde fuldstændigt afgrænses harmonisk under

2. En simpel sammenligning vil vise, at undtagelserne i det danske forslag behandles på ca. 20-30 sider, mens det i det svenske forslag er ca. 180 sider.
3. Sml. Prop. 2004/05:110, s. 16, forslaget til ændring af URL § 23, stk. 1, nr. 1, og FT 2002-03 Till. A, s. 227, § 1, nr. 22, om ændring af OPHL § 23, stk. 1. Alene i det svenske forslag tages der højde for, at kritiske fremstillinger nok ikke falder under direktivets artikel 5, stk. 3, litra a). Se Prop. 2004/05:110, s. 221, sammenholdt med FT 2002-03 Till. A, s. 251.
4. Bestemmelsen blev slet ikke ændret i den danske implementeringslov, se FT 2002-03 Till. A, s. 226 ff., sml. Lov nr. 1051 af 17. december 2002. I den svenske implementeringslov derimod blev URL § 24, stk. 1, nr. 2, ændret, således at gengivelse i kataloger over kunstsamlinger herefter alene var tilladt i analog form. Se Prop. 2004/05:110, s. 16 og 228 f.
5. Se også *Senfiteben: Copyright, Limitations and the three-step test*, s. 281.

EU-retten. EU-Domstolen vil agere styringsorgan, der sikrer, at de ophavsretlige undtagelser bevæger sig på den samme måde i medlemsstaterne i takt med at nye spørgsmål om fortolkningen kommer til.

Det vil også sikre en større fleksibilitet i konkrete sager, at undtagelserne implementeres med hele det anvendelsesområde, de har i direktivet.⁶ Når medlemsstaterne former meget præcise nationale undtagelser, har domstolene (eventuelt i samarbejde med EU-Domstolen) ikke nogen videre margen til at foretage skønsafvejsninger og tage hensyn til de konkrete omstændigheder i sagerne. De har heller ikke mulighed for, at tage stilling til, om nyudviklede udnyttelsesformer skal være undtaget fra enerettighederne. At lovgiver selv skal administrere opdateringen af lovgivningen til disse nye udnyttelsesformer, kan måske hæmme udviklingens fremgang, på grund af den tid det tager lovgiver, at tage politisk stilling til spørgsmålene.

Det vil p.d.a.s. mindske retssikkerheden med bredere undtagelser, idet der, indtil en udbygget retspraksis foreligger, vil herske usikkerhed om, hvad der er tilladt og hvad der ikke er tilladt.

Derudover vil det måske hæmme adgangen til at få prøvet sin sag, at EU-Domstolen skal involveres, hver gang der opstår nye spørgsmål om fortolkningen af reglerne. Hvis de nationale undtagelser skal afgrænses materielt af EU-Domstolen, vil ethvert nyt spørgsmål, der kræver fortolkning af reglerne, i princippet skulle afgøres af EU-Domstolen. Det vil formentlig forlænge sagsbehandlingstiden og omkostningerne.

Men samlet set må det nok erkendes, at det er nødvendigt med totalharmoniserende undtagelser, hvis der skal udvikles en egentlig EU-retlig ophavsret med blot én materiel ophavsretsregulering i stedet for 28,⁷ der skal kendes af de interessenter, der opererer på EU-markedet. Det vil sikre lettere virksomhedsdrift i EU på de mange områder, der er omfattet af ophavsretten.

6. Se også *Senfileben: Copyright, Limitations and the three-step test*, s. 281, og *Hugenholtz & Senfileben: In search of flexibilities*, s. 17 og 29.

7. *Reynolds: Review of the EU Copyright Framework*, s. 14.

Lov- og paragrafregister

InfoSoc-direktivet

1. betragtning: 18, 62
2. betragtning: 62
3. betragtning: 62, 132
6. betragtning: 62
7. betragtning: 62
9. betragtning: 64
10. betragtning: 111
15. betragtning: 29
18. betragtning: 35, 36, 37, 38, 40, 41
19. betragtning: 31
20. betragtning: 105
28. betragtning: 30
31. betragtning: 63, 66, 84
32. betragtning: 46, 63, 64, 66,
67, 68, 69, 84
33. betragtning: 91, 92
35. betragtning: 67, 110
36. betragtning: 41, 64, 79, 98, 103
38. betragtning: 67
44. betragtning: 47, 63, 77, 84
59. betragtning: 90, 91
60. betragtning: 33, 100, 107

Art. 1, stk. 1: 28
Art. 1, stk. 2, litra a): 29
Art. 1, stk. 2, litra b): 30
Art. 1, stk. 2, litra c): 30
Art. 1, stk. 2, litra e): 29
Art. 2: 27, 29, 36, 37, 38, 139
Art. 3: 27, 29, 30, 32, 36, 37,
38, 128, 129
Art. 4, stk. 1: 27, 29, 30, 33
Art. 4, stk. 2: 27, 45, 58, 68, 89
Art. 5, stk. 1: 27, 45, 47, 58, 89
Art. 5, stk. 1, litra a): 89, 90, 91

Art. 5, stk. 1, litra b): 90, 91, 93, 94, 96
Art. 5, stk. 2, litra a): 41, 45, 52, 62, 64,
85, 90, 91, 99, 138
Art. 5, stk. 2, litra b): 41, 45, 49, 50,
52, 59, 62, 64, 67, 74, 80, 81, 85,
89, 90, 91, 94, 107, 108, 109, 127,
137, 138, 143
Art. 5, stk. 2, litra c): 45, 48, 60, 64, 79,
82, 83, 84, 97, 98, 102, 103, 111
Art. 5, stk. 2, litra d): 45, 46, 101
Art. 5, stk. 2, litra e): 41, 52, 110
Art. 5, stk. 3, litra a): 45, 102, 103, 117
Art. 5, stk. 3, litra b): 45, 64, 85, 98
Art. 5, stk. 3, litra c): 45, 61, 64, 85, 99,
100, 102, 115, 124, 132
Art. 5, stk. 3, litra d): 45, 64, 68, 70, 71,
79, 85, 102, 103, 117, 118, 121, 132
Art. 5, stk. 3, litra e): 45, 64, 68, 69,
70, 71, 82, 85, 100, 101, 102, 106,
107, 115, 125
Art. 5, stk. 3, litra f): 46, 102, 115, 125,
126, 127, 132
Art. 5, stk. 3, litra g): 46, 98, 99, 115
Art. 5, stk. 3, litra h): 46, 55, 56, 99,
122, 123, 130
Art. 5, stk. 3, litra i): 46, 116, 118, 119,
122, 123, 129, 130, 131
Art. 5, stk. 3, litra j): 46, 119,
120, 121, 142
Art. 5, stk. 3, litra k): 46, 71, 78,
79, 102, 132
Art. 5, stk. 3, litra l): 46, 130
Art. 5, stk. 3, litra m): 46, 82,
122, 123, 124
Art. 5, stk. 3, litra n): 46, 48, 79,
112, 113, 114

Lov- og paragrafregister

Art. 5, stk. 3, litra o): 46, 60, 65, 97, 98,
102, 107, 115, 116, 117, 118, 120,
121, 122, 124, 129, 130, 131, 142

Art. 5, stk. 4: 46, 61, 84

Art. 5, stk. 5: 47, 49, 50, 61, 69, 76, 79,
80, 81, 84, 93, 94, 95, 96, 109, 137

Art. 6: 29

Art. 7: 29

Art. 8, stk. 3: 90, 91

Art. 9: 33, 43, 100, 101, 107, 132

Ophavsretsloven (OPHL)

§ 2: 16, 31, 33, 34

§ 3: 16, 31, 34, 104

§ 8: 103

§ 9: 15, 42, 105, 106, 107, 136

§ 10, stk. 2: 15, 34, 42

§ 11: 136

§ 11, stk. 1: 104

§ 11, stk. 2, 2. pkt.: 100, 104, 135

§ 11, stk. 3: 89, 91, 96, 136, 137

§ 11 a: 42, 89, 91, 96, 136, 137

§ 12: 16, 42, 107, 108, 109, 110,
127, 137, 138

§ 13, stk. 1: 35, 42

§ 13, stk. 4: 42, 102, 103, 135

§ 14: 35, 42, 138

§ 15: 42, 110, 111, 139

§ 16, stk. 2: 42, 111, 112, 139

§ 16, stk. 3: 42, 97, 98

§ 16, stk. 4: 42, 98

§ 16, stk. 5: 34, 42

§ 16, stk. 6: 30, 42

§ 16 a, stk. 1: 42, 112, 113, 114, 140

§ 16 a, stk. 2: 34, 42

§ 16 a, stk. 3: 34, 42

§ 16 b: 35, 42

§ 17, stk. 1: 42, 98

§ 17, stk. 3: 42, 98

§ 17, stk. 4: 35, 42

§ 18, stk. 1: 42, 102, 103, 135

§ 18, stk. 3: 42, 98

§ 19, stk. 1, 1. pkt.: 42, 89, 121

§ 19, stk. 1, 2. pkt.: 30, 42

§ 20: 33, 42

§ 21, stk. 1, nr. 1: 33, 42, 114, 115,
116, 140, 141

§ 21, stk. 1, nr. 2: 33, 42, 99

§ 22: 16, 102, 103, 104, 135

§ 23, stk. 1: 42, 102, 116, 117, 118, 121,
135, 141, 148

§ 23, stk. 2: 42, 99

§ 23, stk. 3: 42, 118, 119, 141

§ 24, stk. 1: 42, 119, 120, 121, 141, 148

§ 24, stk. 2: 42, 55, 99

§ 24, stk. 3: 42, 121, 122, 123, 124,
125, 142, 143

§ 24 a: 35, 42

§ 25: 42, 99

§ 25 a: 42, 100

§ 26: 42, 102, 125, 126, 135, 143

§ 27: 34, 42

§ 28: 42, 100

§ 29, stk. 1: 31, 42

§ 29, stk. 2: 31, 42

§ 30: 35, 42

§ 30 a: 35, 42

§ 31: 42, 46, 101

§ 32: 42, 126, 127, 143

§ 34: 42, 127, 128, 143

§ 35, stk. 1: 35, 42

§ 35, stk. 2: 30, 42, 128, 129, 144

§ 35, stk. 4: 35, 42

§ 35, stk. 5: 35, 42

§ 36: 29, 42

§ 37: 29, 42

§ 50: 34

§ 50, stk. 2: 35, 42

§ 68: 139

Litteratur angivet med forkortelser

Arena: The Doctrine of Union Preemption

Arena, Amedeo: The Doctrine of Union Preemption in the E.U. Internal Market: Between *Sein* And *Sollen*, 17 Colum. J. Eur. L. 477 2010-2011.

Arnold & Rosati: Are national courts the addressees of the InfoSoc three-step test?

Arnold, Richard, og Rosati, Eleonora: Are national courts the addressees of the InfoSoc three-step test?, Journal of Intellectual Property Law & Practice, 2015, Vol. 10, No. 10, s. 741 ff.

Axelsen: Engelsk-Dansk Ordbog

Axelsen, Jens: Engelsk-Dansk Ordbog, Gyldendals Røde Ordbøger, Gyldendalske Boghandel, Nordisk Forlag A/S, 14. udgave, 1. oplag, 2003.

Barents: The Autonomy of Community Law

Barents, René: The Autonomy of Community Law, Kluwer Law International, European Monographs, 45, 2004.

Bork: Tysk-Dansk Ordbog

Bork, Egon, ved Mogensen, Jens Erik og Zint, Ingeborg: Tysk-Dansk Ordbog, Gyldendals Røde Ordbøger, Gyldendalske Boghandel, Nordisk Forlag A/S, Specialudgave, 2008.

Bostrup & Stariradev: Bulgarsk-Dansk ordbog

Bostrup, Lise, og Stariradev, Vladimir: Bulgarsk-Dansk ordbog, Forlaget Bostrup, 1. udgave, 1. oplag, 2008.

Boysen & Strudsholm: Italiensk-Dansk Ordbog

Boysen, Gerhard, og Strudsholm, Erling: Italiensk-Dansk Ordbog – Gyldendals Røde Ordbøger, Gyldendalske Boghandel, Nordisk Forlag A/S, 3. udgave, 1. oplag, 1999.

Chalmers, m.fl.: European Union Law

Chalmers, Damian; Davies, Gareth og Monti, Giorgio: European Union Law – Text and Materials, Cambridge University Press, 3. udgave, 2014.

Litteratur angivet med forkortelser

Dinwoodie: The Europeanization of Trade Mark Law

Dinwoodie, Graeme: The Europeanization of Trade Mark Law, som er kapitel 5 i bogen af Ansgar Ohly og Justine Pila (red.): The Europeanization of Intellectual Property Law: Towards a European Legal Methodology, Oxford University Press, 2013.

Engsig Sørensen, m.fl.: EU-Retten

Engsig Sørensen, Karsten, m.fl.: EU-Retten, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 6. udgave, 1. oplag, 2014.

Hugenholtz, m.fl.: The recasting of Copyright

Hugenholtz, Bernt, m.fl.: The recasting of Copyright & Related Rights for the Knowledge Economy – Final Report, Institute for Information Law, University of Amsterdam, Holland, November 2006.

Hugenholtz & Senfleben: In search of flexibilities

Hugenholtz, Bernt, og Senfleben, Martin: Fair Use in Europe. In Search of Flexibilities, Institute for Information Law, University of Amsterdam, Holland, November 2011.

Linkis: Dansk Ophavsrets Fleksibilitet

Linkis, Jacob: Dansk Ophavsrets Fleksibilitet – En retsdogmatisk analyse af ophavsretslovens fortolkningsmæssige grænser, Ph.d.-afhandling, Juridisk Institut, Aarhus Universitet, 2015.

Neergaard & Nielsen: EU-Ret

Neergaard, Ulla & Nielsen, Ruth: EU-Ret, Karnov Group Denmark A/S, København, 7. udgave, 1. oplag, 2016.

Pajuoja: Finsk-Dansk Ordbog

Pajuoja, Reijo: Finsk-Dansk Ordbog, Paludans Forlag, 1. udgave, 2000.

Pals Frandsen: Juridisk ordbog engelsk-dansk

Pals Frandsen, Helle: Juridisk ordbog engelsk-dansk, GEC GAD, København, 2. udgave, 1996.

Prechal: Direct Effect, Indirect Effect, Supremacy and the Evolving Constitution of the European Union

Prechal, Sacha: Direct Effect, Indirect Effect, Supremacy and the Evolving Constitution of the European Union, som er kapitel 3 i bogen af Catherine Barnard (red.): The Fundamentals of EU Law Revisited: Assembling the Impact of the Constitutional Debate, Oxford University Press, 2007.

Rasmussen: EU-ret i kontekst

Rasmussen, Hjalte: EU-ret i kontekst, Forlaget Thomson A/S, København, 5. udgave, 1. oplag, 2003.

Reinbothe & von Lewinski: The WIPO Treaties on Copyright

Reinbothe, Jörg, og von Lewinski, Silke: *The WIPO Treaties on Copyright – A Commentary on the WCT, the WPPT, and the BTAP*, Oxford University Press, 2. udgave, 2015.

Renda, m.fl.: Ex-post impact assessment

Renda, Andrea, m.fl.: *Ex-Post Impact Assessment on the Implementation, application and effects of Directive 2001/29/EC on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society (InfoSoc) and of its related instruments*, som er Annex I til rapporten *Review of the EU copyright framework – European Implementation Assessment*, Oktober 2015.

Reynolds: Review of the EU Copyright Framework

Reynolds, Stephane: *Introduction*, som er en introduktion i rapporten *Review of the EU copyright framework – European Implementation Assessment*, Oktober 2015.

Ricketson & Ginsburg: The Berne Convention and Beyond

Ricketson, Sam, og C Ginsburg, Jane: *International copyright and neighbouring rights – The Berne Convention and Beyond*, Oxford University Press, 2. udgave, 2006.

Rosati: Copyright in the EU

Rosati, Eleonora: *Copyright in the EU: In search of (in)flexibilities*, GRUR Int. 2014 s. 419 ff.

Rosati: Just a laughing matter?

Rosati, Eleonora: *Just a laughing matter? Why the decision in Deckmyn is broader than parody*, Common Market Law Review 52, 2015, s. 511 ff.

Rosenmeier: Værkslæren i Ophavsretten

Rosenmeier, Morten: *Værkslæren i Ophavsretten*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1. udgave, 2001.

Schovsbo, Rosenmeier & Salung Petersen: Immaterialret

Schovsbo, Jens, Rosenmeier, Morten og Salung Petersen, Clement: *Immaterialret*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 4. udgave, 1. oplag, 2015.

Schütze: Supremacy without pre-emption?

Schütze, Robert: *Supremacy without pre-emption? The very slowly emergent doctrine of community pre-emption*, 43 Common Market L. Rev., 2006, s. 1023 ff.

Schønning: EU-direktiverne om ophavsret

Schønning, Peter: *EU-Direktiverne om ophavsret*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1. udgave, 1. oplag, 2015.

Litteratur angivet med forkortelser

Schønning: Ophavsretsloven med kommentarer

Schønning, Peter: Ophavsretsloven med kommentarer, Karnov Group Denmark A/S, København, 6. udgave, 1. oplag, 2016.

Senfleben: Copyright, Limitations and the three-step test

Senfleben, Martin: Copyright, Limitations and the three-step test, Kluwer Law International, 2004.

Skov Schultz, m.fl.: Politikens Franskordbog

Skov Schultz, Judy, m.fl.: Politikens Franskordbog – Fransk-Dansk / Dansk Fransk, JP/Politikens Forlagshus A/S, 2009.

Stamatoudi & Torremans: EU Copyright Law

Stamatoudi, Irini & Torremans, Paul (red.): EU Copyright Law – A Commentary, Edward Elgar, 2014.

Szotar: Ungarsk-Dansk Ordbog

Szotar, Magyar-Dan: Ungarsk-Dansk Ordbog, Special-pædagogisk forlag, 2. reviderede udgave, 2011.

Valter: Spansk-Dansk Ordbog

Valter, Pia: Spansk-Dansk Ordbog – Gyldendals Røde Ordbøger, Gyldendalske Boghandel, Nordisk Forlag A/S, 4. udgave, 4. oplag, 2000.

Walter & von Lewinski: European Copyright Law

Walter, Michael M, og von Lewinski, Silke (red.): European Copyright Law – A Commentary, Oxford University Press, 2010.

Forarbejder mv. angivet med forkortelser

Danske forarbejder

Betænkning 1197/1990

Revision af ophavsretslovgivningen, Slutbetænkning fra udvalget vedrørende revision af ophavsretslovgivningen, Betænkning nr. 1197, København 1990.

FT 1959-60 Till. A

Folketingstidende, Tillæg A, Fremsatte Lovforslag m.v., Folketingsåret 1959-1960, 111. årgang, A/S J.H. Schultz – Universitets-Bogtrykkeri, 1960.

FT 1960-61 Till. B

Folketingstidende, Tillæg B, Udvalgenes Betænkninger m.v., Folketingsåret 1960-1961, 112. årgang, A/S J.H. Schultz – Universitets-Bogtrykkeri, 1961.

FT 1984-85 Till. A

Folketingstidende, Tillæg A, Fremsatte Lovforslag m.v., Folketingsåret 1984-1985, 136. årgang, J.H. Schultz A/S, København, 1986.

FT 1984-85 Till. B

Folketingstidende, Tillæg B, Udvalgenes Betænkninger m.v., Folketingsåret 1984-1985, 136. årgang, J.H. Schultz A/S, København, 1986.

FT 1994-95 Till. A

Folketingstidende, Tillæg A, Fremsatte Lovforslag m.v., Folketingsåret 1994-1995, 146. årgang, J.H. Schultz Grafisk A/S, København, 1996.

FT 1996-97 Till. A

Folketingstidende, Tillæg A, Fremsatte Lovforslag m.v., Folketingsåret 1996-1997, 148. årgang, J.H. Schultz Grafisk A/S, København, 1998.

FT 1997-98 Till. A

Folketingstidende, Tillæg A, Fremsatte Lovforslag m.v., Folketingsåret 1997-1998, 149. årgang, 2. samling, J.H. Schultz Grafisk A/S, København, 1999.

Forarbejder mv. angivet med forkortelser

FT 2002-03 Till. A

Folketingstidende, Tillæg A, Fremsatte Lovforslag m.v., Folketingsåret 2002-2003, 154. årgang, Schultz Grafisk, 2004.

FT 2004-05 Till. A

Folketingstidende, Tillæg A, Fremsatte Lovforslag m.v., Folketingsåret 2004-2005, 156. årgang, 1. samling, Schultz Grafisk, 2006.

EU-Forarbejder til InfoSoc-direktivet (kronologisk)

KOM(97) 628

Forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om harmonisering af visse aspekter af ophavsret og beslægtede rettigheder i informationssamfundet – (forelagt af kommissionen) – (KOM(97) 628 endelig udg.)

EFT C 407 af 28.12.1998

Det Økonomiske og Sociale Udvalgs udtalelse om »Kommissionens forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om harmonisering af visse aspekter af ophavsret og beslægtede rettigheder i informationssamfundet« – (EFT C 407 af 28.12.1998, s. 30 ff.)

A4-0026/99

Betænkning fra Udvalget om Retlige Anliggender og Borgernes Rettigheder og udtalelse fra Udvalget om Økonomi, Valutaspørgsmål og Industripolitik, Udvalget om Miljø- og Sundhedsanliggender og Forbrugerbeskyttelse og Udvalget om Kultur, Ungdom, Uddannelse og Medier – (A4-0026/99).

EFT C 150 af 28.5.1999

Forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om harmonisering af visse aspekter af ophavsret og beslægtede rettigheder i informationssamfundet (KOM(97)0628 – C4-0079/98 – 97/0359(COD)) – (EFT C 150 af 28.5.1999, s. 171 ff.)

KOM(1999) 250

Ændret forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om harmonisering af visse aspekter af ophavsret og beslægtede rettigheder i informationssamfundet – (Forelagt af Kommissionen den 25. maj 1999) – (KOM(1999) 250 endelig udg.)

Rådets Fælles Holdning Nr. 48/2000

Fælles Holdning (EF) Nr. 48/2000 fastlagt af Rådet den 28. september 2000 med henblik på vedtagelse af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2000/.../EF om harmonisering af visse aspekter af ophavsret og beslægtede rettigheder i informationssamfundet.

SEK/2000/1734

Meddelelse fra Kommissionen til Europa-Parlamentet i henhold til EF-traktatens artikel 251, stk. 2, andet afsnit vedrørende Rådets fælles holdning med henblik på vedtagelse af

Europa- Parlamentets og Rådets direktiv om harmonisering af visse aspekter af ophavsret og beslægtede rettigheder i informationssamfundet.

A5-0043/2001

Indstilling ved andenbehandling om Rådets fælles holdning med henblik på vedtagelse af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om harmonisering af visse aspekter af ophavsret og beslægtede rettigheder i informationssamfundet, afgivet af Udvalget om Retlige Anliggender og det Indre Marked.

EFT C 276 af 1.10.2001

Europa-Parlamentets lovgivningsmæssige beslutning om Rådets fælles holdning med henblik på vedtagelse af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om harmonisering af visse aspekter af ophavsret og beslægtede rettigheder i informationssamfundet – (EFT C 276 af 1.10.2001, s. 121 ff.)

KOM(2001) 170

Udtalelse fra Kommissionen i henhold til EF-traktatens artikel 251, stk. 2, litra c), om Europa-Parlamentets ændringerne [sic] til Rådets fælles holdning til forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om harmonisering af visse aspekter af ophavsret og beslægtede rettigheder i informationssamfundet.

C/01/141

2342. samling i Rådet – Almindelige Anliggender – den 9. april 2001 i Luxembourg. – (C/01/141).

Svenske forarbejder

Prop. 2004/05:110

Regeringens proposition 2004/05:110 – Upphovsrätten i informationssamhället – genomförande av direktiv 2001/29/EG, m.m. (Prop. 2004/05:110).

SOU 1956:25

Statens Offentliga Utredningar 1956:25, Upphovsmannarätt till litterära och konstnärliga verk, Lagförslag av auktorrättskommittén, Iduns Tryckeriaktiebolag Esselte AB, Stockholm 1956.

Vejledninger

SBT-Vejledningen

Wille, Niels Erik: Statens Bibliotekstjeneste – Vejledning til bibliotekerne om visse konsekvenser af den nye lov om ophavsret, København, 30. juni 1995.

Domsregister

Danske Domme:

UfR 1981.24 H 126
UfR 1995.782 V 106
UfR 2014.2442 H 46, 101
Østre Landsrets Dom af 17.5.2002,
9. afd. nr. B-2687-00 117

EU-Domme og -kendelser:

C-148/78 22
C-355/96 22, 56, 57
C-245/00 51, 52, 53
C-479/04 58, 62, 67, 68
C-306/05 30, 51, 113, 114, 129
C-456/06 29, 30, 31, 33
C-5/08 15, 29, 47, 50, 51,
52, 87, 88, 105
C-324/08 56
C-403/08 og C-429/08 29, 31, 32, 50,
51, 52, 53, 64, 86, 87, 88, 92, 93, 94,
95, 105, 111, 113, 114, 115
C-467/08 51, 64, 67, 68, 72,
73, 83, 84, 86
C-393/09 28, 29, 51, 52, 105
C-462/09 49, 52, 86, 87
C-482/09 56
C-145/10¹ 15, 49, 50, 51, 52, 53, 62,
64, 68, 70, 71, 79, 86, 87, 88, 105,
106, 118, 125
C-277/10 87, 88, 105
C-283/10 32
C-302/10 32, 50, 88, 92, 93, 94
C-406/10 54
C-510/10 51, 52, 64, 71, 72, 73, 83, 84,
85, 86, 87, 105
C-604/10 57, 105
C-128/11 50, 51, 52
C-457/11-C-460/11 52, 53, 73, 74, 75,
76, 85, 87, 138

C-521/11 52, 86
C-607/11 114
C-661/11 56
C-293/12 og C-594/12 132
C-314/12 87
C-351/12 29, 30, 47, 64, 86, 87,
113, 115, 129
C-355/12 28, 86, 87, 105
C-435/12 46, 47, 48, 49, 50, 51,
52, 76, 77, 81, 84, 85, 86, 87, 88,
89, 90, 94, 95
C-463/12 47, 50, 52, 80, 81, 85, 86, 87,
94, 108, 110, 127
C-466/12 32, 114
C-117/13 47, 49, 79, 85, 86, 88, 112
C-201/13 50, 51, 52, 53, 71, 78, 79, 83,
84, 86, 87, 88
C-360/13 50, 86, 87, 88
C-419/13 31, 58, 64, 86, 87
C-516/13 29
C-572/13 51, 62, 90, 94, 108, 137, 139
C-500/14 56, 57
C-117/15 114, 115, 128, 129
C-301/15 32, 35, 36, 38, 39, 40, 42, 43
C-527/15 90, 93, 94
C-138/16 129

Generaladvokatudtalelser

Forslag til afgørelse C-145/10 58, 62,
69, 70, 83, 118
Forslag til afgørelse
C-457/11-C-460/11 62, 74
Forslag til afgørelse C-435/12 49, 77
Forslag til afgørelse C-419/13 58
Forslag til afgørelse C-301/15 37,
38, 39, 40, 48

1. I den danske version af dommen skiftes mellem brug af navnet »Painer« og »Panier«. I alle andre sprogversioner af dommen bruges derimod udelukkende navnet »Painer«. I afhandlingen antages det derfor, at »Painer« er det faktuelle korrekte navn.

Stikordsregister

A

Administrative, parlamentariske eller
retslige procedurer 45, 82, 100,
101, 106, 125
Afbildning 99, 122, 124, 125
Afgift 80
Aftalelicens 11, 27, 34, 35,
37, 40, 41, 43
Aktindsigt 33, 34, 136
Analog 79, 97, 108, 111, 115, 116, 117,
118, 120, 121, 124, 131, 137, 143
Andres medhjælp 108, 127
Antologier 103
Arbejdsmæssig brug 109, 110
Arkitektoniske værker 55

B

Baggrundsmusik 114, 126
Bernerkonventionen 31, 32, 48,
101, 105, 107
Biblioteker 45, 79, 98
Brug af underordnet betydning 118, 130
Brugergrænseflade 28
Brugskunst 29, 30
Bygning 30, 46, 82, 121, 122, 123, 124,
125, 142, 143

C

Citat 45, 68, 91, 103, 108, 117,
118, 121, 132
Computerspil 112

D

Dagsbegivenheder 45, 99, 100,
106, 115, 141
Databasedirektiv 17, 29, 57, 105

Databaser 12, 17, 28, 29, 33,
35, 42, 43, 57
De Minimis non curat lex 43, 115, 129,
130, 131, 144
Demonstrationsojemed 130
Den offentlige sikkerhed 45, 51, 52, 68,
69, 70, 82, 85, 106, 115, 125, 141
Det indre marked 18, 20, 28, 57, 58, 61,
62, 63, 65, 67, 68, 77, 86
Det mindre i det mere, *se* Qui potest
majus, potest et minus 83
Digital 28, 33, 35, 36, 97, 115, 116,
117, 118, 120, 121, 124, 125,
131, 141, 142
Digitalisering 79, 111, 112
Diskussionsudsendelser 126
Droit Moral, *se* Ideelle rettigheder 136

E

EDB-programmer 17, 28, 29, 42, 43
Efemere optagelser 45, 71, 72, 101
EU-harmonisering, *se* harmonisering 15
EU-rettens forrang 19
EU's Charter om Grundlæggende
Rettigheder 132

F

Fair use 59, 60, 66
Fakultative undtagelser 27, 41, 45,
54, 57, 58, 59, 62, 66, 67, 80,
88, 96, 97, 147
Field preemption 20, 21, 22,
55, 70, 88, 96
Film 87, 93, 99, 100, 114, 118, 126, 131
Forberedende designmateriale 28
Forhandlinger i Folketinget 125

Formel implementerings-

kompetence 23, 24

Fotografier 118, 123

Fribrugsregler 27, 42

G

Gratisarrangementer 114

Grundlæggende rettigheder 87

Gudstjenester 33, 99

H

Halvlederprodukter 15, 33, 34

Handicap 45, 98

Harmonisering 11, 15, 16, 17, 18,
27, 45, 54, 57, 65, 66, 67, 69,
80, 132, 148

Harmoniseringsgrad 22, 23, 54, 59, 63,
64, 65, 85, 88

Hotel 31, 128, 129

Højt beskyttelsesniveau 64, 70, 86, 87

I

Ideelle rettigheder 31, 34, 136

Indskrænkende fortolkning af undtagelser
50, 70, 80, 88, 109, 120

Indskrænkning eller undtagelse
(sondring) 12, 75

Informationssamfundet 11, 28, 29, 67

Internetmellemand, *se* Mellemand 89

K

Kabelviderespredning 30, 31,
128, 129, 144

Kabelvidereudsendelse 144

Kataloger 119, 120, 121, 141, 142, 148

Kildeangivelse 30, 99, 102,
104, 135, 136

Kildekode 28

Kompensation 41, 48, 51, 52, 53, 59, 64,
67, 68, 72, 74, 75, 79, 80, 81, 86, 87,
98, 103, 108, 110, 111, 139

Konsumtion 45, 58, 87

Kritiske fremstillinger 116, 117,
118, 141, 148

Kunstværker 17, 46, 55, 82, 99, 116,
117, 118, 119, 120, 121, 142

L

Ligebehandlingsprincippet 87

Love (ophavsretlig beskyttelse
af) 15, 105

Lovlig brug 89, 91, 93, 94, 96

Lovligt forlæg 89, 90, 91,
93, 94, 96, 136

M

Materiel implementeringskompetence
24, 64, 72, 76, 81, 83, 84

Meddelelser om udstilling eller
salg 119, 142

Medhjælp, *se* Andres Medhjælp 108

Mellemand 89, 90, 91, 116

Mellemmands transmissioner 89, 91

Midlertidige eksemplarfremsstillinger 93

Minimumsbetingelser 12, 54,
64, 68, 73, 85

Minimumsharmonisering 22, 23, 55, 62,
68, 84, 85, 96

Monolog 126

Moralske rettigheder, *se* Ideelle ret-
tigheder 136

N

Naboretlig beskyttelse 12

Nedre grænse (direktivundtagelsernes)
47, 55, 71, 73, 74, 88, 97,
102, 108, 135

Noder 108, 137

O

Objektkode 28

Obligatoriske undtagelser 27,
45, 58, 89, 96

Obstacle preemption 20, 21,
22, 70, 86, 88

Offentlige aktstykker 15, 105, 136

Offentlige forelæsninger 45, 115,
125, 126, 141

Offentlige forhandlinger 136

Offentlige møder 125, 126, 143

Offentlige sikkerhed, *se* Den offentlige
sikkerhed 45

Offentlig visning, *se* Visning 16

Officielle ceremonier 46, 98, 115, 141

Opførelse 16, 32, 34, 114
 Ophavsmændenes retssikkerhed 70, 87
 Originalitetskravet 15, 28

P

Parodier 43, 46, 51, 52, 53, 78, 79, 84, 85, 102, 132
 Passende vederlag 87, 111
 Personligt gennemsyn 112
 Personligt gennemsyn eller studium 112
 Pligtaflevering 33, 34, 101
 Politiske taler 45, 115, 125, 126, 132, 141
 Preemption 18, 19, 20, 21, 22, 23
 Primacy 19
 Privat brug 16, 53, 59, 61, 77, 80, 85, 93, 107, 109, 127, 143, 148
 Privatkopiering 45, 49, 50, 65, 67, 77, 80, 81, 85, 89, 90, 94, 108, 109, 137
 Privat studium 46, 112, 140
 Procedurer, *se* Administrative, parlamentariske eller retslige procedurer 45
 Proportionalitetsprincippet 65, 70, 87

Q

Qui potest majus, potest et minus 58, 62, 69, 83

R

Radio- og fjernsynsforetagende(r) 101, 139
 Radio- og TV-udsendelser 30, 43, 45, 101, 110, 127, 128, 139, 141, 144
 RAM 45, 93, 94
 Religiøse ceremonier 98
 Respektretten 16
 Retssager 100, 125, 143
 Rimelig balance 71, 78, 86
 Rimeligt vederlag 51, 52
 Rule preemption 20, 21, 22, 23, 88

S

Sagsbehandling 100, 101, 109, 139
 Sanghæfter 98
 Satellit- og kabeldirektivet 17, 30, 42, 43, 144
 Sikkerhedskopi 111

Skulpturer 55
 Sociale institutioner 45, 110
 Specialitetsgrundsætningen 41
 Streaming 114, 115, 116
 Subsidiaritetsprincippet 65, 85
 Supremacy 18, 19, 20, 21, 22, 51, 73, 135

T

Tekniske foranstaltninger 29
 Tidsforskydning 110, 111
 Tilfældig medtagelse 46, 118, 122, 123, 124, 129, 130, 131
 Tilførelse af fjernsynssignal 31, 113, 128, 129
 Totalharmonisering 22, 23, 55, 56, 57, 67, 68, 70, 71, 84, 96
 Tre-trins-testen 47, 48, 49, 50, 61, 70, 76, 77, 79, 87, 99, 109, 130, 131
 TRIPS 47, 48
 Tvangslicens 27, 41, 42, 98, 103, 139
 TV-udsendelse, *se* Radio- og TV-udsendelser 30

U

Udbydes til salg 119, 120, 142
 Udlejning 17, 29, 30, 43
 Udlån 17, 30, 43
 Udstilling 46, 117, 119, 120, 121, 141, 142
 Ulovbestemt undtagelse 11, 43, 144, 145
 Underholdningsojemed 113, 140
 Undervisningsbrug 33, 45, 99, 103
 Undtagelsens effektive virkning 50, 71, 88

V

Varemærkeret 56, 57
 Varigt anbragt 46, 55, 99, 122, 143
 Ved hjælp af egne midler 46, 51, 71, 101
 Videnskabelige fremstillinger 116, 117
 Videnskabelig forskning 117
 Visning 16, 32, 33, 34, 99

W

WCT (WIPO Copyright Treaty) 29, 31, 32, 47, 48

Stikordsregister

WPPT (WIPO Performances and
Phonograms Treaty) 29, 31

Y

Ytringsfriheden 43, 70, 71, 79, 84, 86,
87, 126, 127, 130, 132, 133, 145

Æ

Ændringer 16, 136

Ø

Øvre grænse (direktivundtagelsernes)
47, 53, 54, 55, 67, 68, 71, 76, 77, 78,
88, 97, 102, 108, 147

Bogen handler om, i hvilken udstrækning de danske ophavsretlige undtagelser er forenelige med InfoSoc-direktivet (Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2001/29/EF af 22. maj 2001 om harmonisering af visse aspekter af ophavsret og beslægtede rettigheder i informationssamfundet).

Bogen behandler bl.a. følgende:

- I hvilken udstrækning skal de danske ophavsretlige undtagelser kunne forenes med InfoSoc-direktivet?
- Hvilken grad af harmonisering foretager direktivet af de ophavsretlige undtagelser?
- I hvilken udstrækning er de danske ophavsretlige undtagelser i konflikt med InfoSoc-direktivet?
- Hvordan kan eventuelle sådanne konflikter løses på lovgivningsniveau?

Bogen henvender sig både til jurister, der arbejder teoretisk med ophavsret, og til jurister, der arbejder praktisk med ophavsret.

Bogen er udgivet med støtte fra Udvalget til Beskyttelse af Videnskabeligt Arbejde (UBVA) under hovedorganisationen Akademikerne (AC).

Forfatteren, Dan Stausholm Nielsen, er advokatfuldmægtig.



ISBN 978-87-574-3924-3