

Streaming af musik

En retlig kvalifikation af streaming af musik

Streaming music

A legal qualification of streaming music

af JAKOB KNUDSEN

Specialet indeholder en ophavsretlig kvalifikation af streaming af musik. På baggrund af en teknisk redegørelse for streaming processen og en analyse heraf konkluderes, at streaming indebærer tre ophavsretligt relevante handlinger: Lagring på en server hos udbyderen, udbud på tjenesten og lagring hos brugeren (caching). De to første handlinger skal tillades individuelt og særskilt af ret-tighedshaverne. Caching i forbindelse med streaming udgør en eksemplar fremstilling. En analyse af EU-Domstolens praksis angående infosoc-direktivets art. 5, stk. 1 viser, at caching i forbindelse med streaming som oftest vil være undtaget fra eneretten iht. denne regel, men at der er visse uklarheder. Især begrebet "selvstændig økonomisk værdi" i art. 5, stk. 1 er uklart, og på baggrund af forarbejder og EU-Domstolens praksis fortolkes begrebet.

Endvidere undersøges hvilke krænkelse ulovlig streaming af musik indebærer. Herunder behandles det ophavsretlige grundlag for, at man kan nedlægge et midlertidigt forbud mod en netværksopera-tør i forbindelse med ulovlig streaming fra en webside.

Slutteligt foretages en analyse af erhvervsdrivendes streaming af musik i deres forretningslokaler. Gennem en analyse af EU-Domstolens praksis konkluderes, at streaming af musik i et forretnings-lokale med stor sandsynlighed er omfattet af EU begrebet "overføring til almenheden". EU-Domstolens praksis er udtryk for en mere snæver fortolkning af fremførelsesbegrebet end den dan-ske praksis om "offentlig fremførelse". Herunder konkluderes at der iht. seneste domspraksis fra EU er forskel på retsstillingen for ophavsmænd (infosoc-direktivet) og pladeproducent og udøvende kunstnere (låne- og lejeditivet).

Indholdsfortegnelse

Kapitel 1. Indledning	3
1.1. Præsentation af specialets indhold og systematik	4
1.2. Problemformulering	5
1.3. Afgrænsning	5
1.4. Metode, teori og forkortelser	6
Kapitel 2. Ophavsrettens indhold	6
2.1 Værksbeskyttelse og naborettigheder	6
2.2 Værksbeskyttelsen. Musikværk og tekst	7
2.3. Værksbeskyttelsens indhold	7
2.3.1. Tilgængeliggørelse	7

2.3.2. Eksemplar fremstilling	8
2.4. Naborettighederne. Udøvende kunstnere og pladeproducenter	8
Kapitel 3. Lovlig streaming af musik	8
3.1. Teknisk beskrivelse af streaming	8
3.2. Oversigt. Hvilke ophavsretligt relevante handlinger indebærer streaming?	9
3.3. Lagring på en server hos udbyderen	9
3.4. Udbud på tjenesten	10
3.5. Lagring hos brugeren - caching	10
3.5.1. WCT og WPPT	11
3.5.2. Infosoc-direktivet	11
3.5.3 OHL § 11a	12
3.5.4. De fire betingelser i art. 5, stk. 1	12
3.5.5. Retskilder	12
3.5.5.1. EU's forarbejder til art. 5, stk. 1	13
3.5.5.2. EUD's praksis om art. 5, stk. 1	14
3.5.6. Analyse af EUD's praksis i forhold til streaming	14
3.5.7. Flygtig eller tilfældig	14
3.5.8. Integrerende og væsentlig del af en teknisk proces	15
3.5.9. En mellemmands transmission af et værk eller en lovlig brug af et værk	15
3.6. Ikke en selvstændig økonomisk værdi	16
3.6.1. EUD's praksis	16
3.6.2. Analyse af cachekopiers selvstændige økonomiske værdi	18
3.6.3. "Subjektet" for økonomisk værdi	19
3.6.3.1. Fortolkning med afsæt i tretrinsetest	19
3.6.3.2. En bredere fortolkning	20
3.6.4. Økonomisk værdi for streamingtjenesten	20
3.6.5. Rationaliseringsgevinst	20
3.6.6. Gevinst ved hurtig og effektiv streamingtjeneste	21
3.6.6.1. Juridiske forfattere	21
3.6.6.2. Analyse	22
3.6.6.3. Formålet med art. 5, stk. 1	22
3.6.7. Konklusion	23
3.7. Andre streaming teknologier	23
3.8. Offline streaming	24
3.8.1. Teknisk beskrivelse	24
3.8.2. Juridisk kvalifikation	24
3.9. Peer-to-peer streaming	24
3.9.1. Teknisk beskrivelse	24
3.9.2. Juridisk kvalifikation	25
3.9.2.1. Fremførelsesretten	25
3.9.2.2. Eksemplar fremstillingsretten	26
3.10. Konklusion	26
Kapitel 4. Ulovlig streaming af musik	27
4.1. Udbyderen og brugeren	27
4.2. Netværksoperatøren	27
4.2.1. E-handelsdirektivet og infosoc-direktivet	28
4.2.2. De danske regler	28
4.3. Retspraksis om fagedforbud rettet mod netværksoperatører	29

4.2.4. Analyse af dommene.....	30
4.2.5 Konklusion	31
Kapitel 5. Erhvervsdrivendes brug af online streaming	32
5.1. Fornyet offentlig fremførelse	32
5.1.1. Offentlig fremførelse og overføring til almenheden	32
5.1.2. Problemstillingen	33
5.2. "Offentlig fremførelse"	33
5.3. "Overføring til almenheden"	34
5.4. EUD's praksis om "overføring"	34
5.4.1. Premier League dommen	34
5.4.2. Nyt publikum	34
5.4.3. Distanceelementet	35
5.5. Vurdering om streaming udgør en "overføring"	35
5.6. "Almenheden"	36
5.6.1. Retsstillingen før SCF dommen	36
5.6.2. Retsstillingen iht. SCF dommen	37
5.7. "Almenheden" iht. EUD praksis sammenlignet med dansk retspraksis om "offentlig fremførelse"	38
5.7.1. Antallet af kunder.....	39
5.7.1.1. "Ubestemt antal potentielle modtagere"	39
5.7.1.2. "Betydeligt antal personer"	39
5.7.2. Det kommercielle element	40
5.7.2.1. Det kommercielle element i dansk praksis	40
5.7.2.2. Det kommercielle element iht. SCF dommen.....	41
5.7.3. Konklusion	42
5.8. En frisørs streaming af musik i frisørsalonen	42
5.8.1. SCF dommens anvendelse på en frisørsalon.....	42
5.8.2. Konklusion	43
5.9. SCF dommens rækkevidde	43
5.9.1. Infosoc-direktivet og låne- og lejedirektivet.....	44
5.9.2. SCF dommen.....	45
5.9.3. OSA dommen.....	45
5.9.4. Analyse af retsstillingen.....	46
5.10. Konklusion	47
6. Konklusion.....	47
7. Litteraturliste	48
8. Bilag.....	50

Kapitel 1. Indledning

Der findes i dag et stort udbud af lovlige streaming-tjenester, der mod betaling giver sine brugere adgang til at streame millionvis af sange. Alle og enhver med en computer og internetopkobling kan blive abonnenter på disse tjenester, og brugerne kan lytte ubegrænset til al den musik de vil, hvor og hvornår de ønsker. De seneste tal fra musikbranchen viser, at streaming af musik har overhalet sal-

get af fysiske cd'er og digitale download.¹ Denne udvikling skyldes i høj grad udbredelsen af hurtige internetforbindelser, som har muliggjort streaming af musik af høj kvalitet.

Omfanget af ulovlig streaming er tilsvarende stigende. De hurtige internetforbindelser giver mulighed for at streame musikken, dvs. downloade musikken løbende mens man hører den, i stedet for at downloade den permanent. RettighedsAlliancen forventer, at ulovlig streaming vil blive den mest udbredt fildelingsmetode i nær fremtid, hvor den vil overhale traditionel fildeling.²

En tredje tendens er, at erhvervsdrivende, der anvender baggrundsmusik i deres forretningslokaler, må forventes i stigende grad at streame deres musik fremfor at lytte til radio eller afspille en cd.³ Streaming giver de erhvervsdrivende mulighed for at tilpasse deres baggrundsmusik til kundesegment, sæson m.m.

Omfanget og betydningen af streaming er endnu ikke slået igennem i den juridiske litteratur, hvor streaming-teknologien og dens samspil med ophavsretten og internetretten er sparsomt behandlet. Dette har vakt min nysgerrighed, og jeg har på den baggrund stillet spørgsmålet: Hvilke juridiske problemstillinger er forbundet med streaming af musik?

1.1. Præsentation af specialets indhold og systematik

Denne afhandling omhandler streaming af musik. Streaming er en ny måde at bruge musik, og en relativt ny teknologi. Idet der er tale om et nyere fænomen, som ikke er velbeskrevet i den juridiske litteratur, har en stor del af arbejdet med afhandlingen gået ud på at finde ud af, hvilke juridiske problemstillinger streaming af musik indebærer. Der har ikke fra starten været et på forhånd defineret problem, som har været genstand for diskussion i juridisk litteratur, domme m.m. I stedet har jeg selvstændigt fundet tre juridiske problemstillinger, som jeg mener, er interessante og relevante.

Specialet indledes i *kapitel 2* med en kort redegørelse for den ophavsretlige beskyttelse af musik med fokus på de regler, som er relevante for streaming og resten af afhandlingen. Dernæst behandles én problemstilling i hvert kapitel i kapitlerne 3-5.

Det første problem der behandles i *kapitel 3*, er hvilke ophavsretligt relevante handlinger lovlig streaming indebærer: Hvilke rettigheder er involveret i en sådan transmission over internettet? Er det fremførelse eller overføring til almenheden, er det eksemplar fremstilling eller alle tre? Med *lovlig* menes, at rettighedshaverne har givet samtykke til brugen. Det største problem i denne forbindelse er *caching*. Når en bruger af en streamingtjeneste streamer musik, lagres en midlertidig kopi af musikfilen i hukommelsen på brugerens computer. Denne lagring kaldes *caching*. Cachings forhold til ophavsretten er ikke ganske afklaret, fordi det ligger et sted på grænsen mellem beskyttet og undtaget brug af værkerne.⁴ I den af EU-Kommissionen bestilte rapport om infosoc-direktivet⁵ "Study on the application" fra 2013 anfører forfatterne, at forholdet mellem eneretten til eksemplar fremstilling og de ikke-permanente kopier i slutbrugerens ende, der skabes ved fx streaming, stadig

¹ IFPI Danmark: Musikselskaber 2014 – tal og perspektiver, s. 8.

² Rettighedsalliancen: Piratguiden, s. 4.

³ Schovsbo m.fl.: Immaterialret, s. 161.

⁴ Hugenholtz: E.I.P.R. 2000, 482-493 (s. 483).

⁵ Europarlamentet og Rådets direktiv 2001/29/EF af 22. maj 2001.

er usikkert på trods af de seneste domme fra EU-Domstolen.⁶ Det første kapitel omhandler således generelt hvilke ophavsretligt relevante handlinger streaming indebærer, i særdeleshed cachings forhold til ophavsretten.

Det andet problem der behandles i *kapitel 4* er *ulovlige* streamingtjenester. Med *ulovlig* menes at rettighedshaverne ikke har givet samtykke til brugen. Der redegøres især for det ophavsretlige grundlag for, at nedlægge et midlertidigt forbud mod en netværksoperatør. I dag er rettighedshaverne bedst modtræk mod ophavsretskrænkende websider ofte at anmode om forbud nedlagt mod den netværksoperatør, hvor den krænkende internet tjeneste er kunde. Forbuddet går ud på, at netværksoperatøren pålægges at blokere for deres brugeres adgang til en bestemt webside, eller at lukke for en bestemt internetforbindelse. I dette kapitel undersøges, på hvilket ophavsretligt grundlag, et sådant forbud støttes, herunder hvilke krænkende handlinger en netværksoperatør foretager.

Det sidste problem, der behandles i *kapitel 5*, er en erhvervsdrivendes streaming af musik i sine forretningslokaler. Den juridiske teori og retspraksis har hidtil anset en erhvervsdrivendes afspilning af musik i sine forretningslokaler for en *offentlig fremførelse*, fordi fremførelsen sker for et tilstedeværende publikum. Nyere praksis fra EU-Domstolen kan pege i retning af, at erhvervsdrivendes streaming af musik i fremtiden skal anses for en *overføring til almenheden*. Dette er interessant, idet *overføring til almenheden* er et EU-retligt begreb, som indeholder nogle andre kriterier end det traditionelle begreb *offentlig fremførelse*, som vi kender fra dansk retspraksis. I dette afsnit analyseres om streaming omfattes af begrebet *overføring til almenheden* og de nærmere implikationer heraf.

1.2. Problemformulering

Specialets *primære* mål er at analysere hvilke ophavsretligt relevante handlinger streaming af musik indebærer. Målet er især at afklare cachings forhold til eksemplar fremstillingsretten. Dette vil ske på baggrund af retspraksis fra EU-Domstolen, samt en fortolkning af infosoc-direktivets artikel 5, stk. 1. I tilknytning hertil vil jeg undersøge hvilke ophavsretligt relevante handlinger, der danner grundlag for, at man kan nedlægge midlertidigt forbud mod netværksoperatører. Dette vil ske på baggrund af en analyse af dansk retspraksis med inddragelse af relevant teori.

Det *sekundære* mål er at belyse og klarlægge de spørgsmål, der opstår i forbindelse med erhvervsdrivendes streaming af musik i deres forretningslokaler. I hvilket omfang indebærer streaming en overføring til almenheden, og hvilken forskel gør det. Denne analyse vil tage udgangspunkt i retspraksis fra EU-Domstolen.

1.3. Afgrænsning

Afgrænsningsmæssigt omhandler specialet *on demand* streaming af musik, ikke live streaming eller streaming af andre medier herunder film. Det er ligeledes udenfor rammerne at se på det grænseoverskridende element i streaming, herunder lovvalgsspørgsmål m.m. Jeg har valgt at fokusere på cachings forhold til undtagelsen i OHL § 11a, og det falder udenfor rammerne af afhandlingen at undersøge cachings forhold til undtagelsen i OHL § 12. Jeg har valgt denne afgrænsning til dels af pladsmæssige hensyn, til dels fordi OHL § 11a specifikt regulerer midlertidige kopier.

⁶ Triaille m.fl.: Study on the application, s. 156 og 175.

I kapitel 4 vil jeg udelukkende behandle det *ophavsretlige* grundlag for et forbud nedlagt mod en netværksoperatør. Hermed menes hvilke ophavsretskrænkende handlinger en netværksoperatør foretager. Jeg vil ikke komme ind på de processuelle regler, herunder de enkelte betingelser i retsplejeloven.

1.4. Metode, teori og forkortelser

I min afhandling benytter jeg den juridiske retsdogmatiske metode, hvor gældende ret beskrives, systematiseres og analyseres.

Der findes så vidt vides ikke juridisk litteratur om streaming, hvilket muligvis hænger sammen med, at streaming er et relativt nyt fænomen i ophavsretten. Mine resultater er således i høj grad baseret på en selvstændig analyse af regler og retspraksis. Den vigtigste regel er OHL § 11a, som er en implementering af infococ-direktivets art. 5, stk. 1. Infococ-direktivets art. 5, stk. 1 er en obligatorisk undtagelse til ophavsretten i EU, og det er i den forbindelse relevant at henvise til juridisk litteratur fra andre medlemslande. Det har vist sig, at bestemmelsen er sparsomt behandlet i den danske og øvrige europæiske juridiske litteratur, hvilket muligvis hænger sammen med, at bestemmelsen først er blevet fortolket af EU-Domstolen i de seneste år.

Idet jeg har besluttet at gå i dybden med den ophavsretlige kvalificering af streaming, har det været nødvendigt at lave en dybdegående systematisering og analyse af betingelserne i infococ-direktivets artikel 5, stk. 1. *Kapitel 3* er derfor i udpræget grad udtryk for en selvstændig analyse af infococ-direktivet og EU-Domstolens praksis på området. *Kapitel 5*, der omhandler erhvervsdrivendes streaming af musik, er også i høj grad uopdyrket land, hvilket nok igen hænger sammen med, at de relevante domme fra EU-Domstolen er faldet indenfor de seneste 2-3 år. Denne del af afhandlingen baseres således på en selvstændig analyse af EU-Domstolens praksis, sammenlignet med relevant juridiske teori.

I afhandlingen forkortes EU-Domstolen til EUD. OHL § 11a er som nævnt en implementering af infococ-direktivets art. 5, stk. 1, og der henvises til art. 5, stk. 1 når EU-Domstolens praksis analyseres, men ellers til OHL § 11a, uden at der er tilsigtet nogen særlig pointe med at henvise til den ene eller anden bestemmelse.

Kapitel 2. Ophavsrettens indhold

2.1 Værksbeskyttelse og naborettigheder

Ophavsretsloven beskytter fire aktører indenfor musikbranchen: Komponist, tekstforfatter, de udøvende kunstnere og producenten af lydoptagelsen. Ophavsretten til et musikværk tilkommer komponist og tekstforfatter. De udøvende kunstnere og producenten af en lydoptagelse tildeles en nabo-retlig beskyttelse af de lydoptagelser de medvirker på.

Musikværket er selve den musikalske komposition, mens lydoptagelsen er det produkt (også kaldet fonogram), som er resultatet af en indspilning af musikværket. En musik-streamingtjeneste stiller en lydfil til rådighed for sine brugere. Denne indeholder en lydoptagelse, men også en underliggende

komposition. Dermed anvender streamingtjenesten både det underliggende musikværk og den lyd-optagelse, hvorpå musikværket er ”fikseret”.⁷

Det betyder, at når en streamingtjeneste udbyder digital musik til sine slutbrugere, skal tjenesten klare såvel ophavsretten (komponist og tekstforfatter), som naborettighederne (producent og udøvende kunstnere). I det følgende vil jeg kort beskrive værksbeskyttelsen (2.2.) og naborettighederne (2.3.).

2.2 Værksbeskyttelsen. Musikværk og tekst

Jeg vil i denne afhandling lægge til grund, at den musik der streames udgør et beskyttet musikværk med værkshøjde og at beskyttelsestiden ikke er udløbet. Det er således overflødigt at gå dybere ind i disse emner, men det skal blot bemærkes, at musikværker som hovedregel nyder ophavsretlig beskyttelse.⁸

Streamingtjenester udbyder ofte musik, der indeholder tekst. Musik og tekst beskyttes som udgangspunkt som selvstændige værker. Det betyder, at hver ophavsmand har ophavsret til sit eget bidrag og kun det: Komponisten har ophavsret til musikken, mens tekstforfatteren har ophavsret til teksten.⁹ Udnyttelse af hvert bidrag kræver samtykke fra den enkelte ophavsmand.

2.3. Værksbeskyttelsens indhold

Værksbeskyttelsen består af to dele: Ophavsmandens økonomiske enerettigheder, jf. OHL § 2 og ophavsmandens personlige ideelle rettigheder (droit moral), jf. OHL § 3. Ophavsmandens økonomiske enerettigheder består af retten til at gøre værket tilgængeligt for almenheden (2.3.1.) og retten til at fremstille eksemplarer af værket (2.3.2). Enhver udnyttelse af værket på en måde, som omfattes af eneretten, kræver tilladelse fra ophavsmanden.

2.3.1. Tilgængeliggørelse

Ophavsretten indebærer en eneret til at tilgængeliggøre værkerne for almenheden, jf. OHL § 2. Det kan ske ved at sprede værket, fremvise værket eller fremføre værket offentligt, jf. OHL § 2, stk. 3. I denne afhandling er det retten til fremførelse der er relevant. Det er nødvendigt at sondre mellem to typer fremførelse: Offentlig fremførelse, jf. OHL § 2, stk. 3, nr. 3 og overføring til almenheden, jf. OHL § 2, stk. 4, nr. 1. Offentlig fremførelse af værket (også kaldt ”opførelse”) sker for et tilstedeværende publikum. Eneretten til offentlig fremførelse er et dansk begreb med en dansk retspraksis. Overføring til almenheden er en fremførelse over distancen. Det sigter til overføring, der sker ved hjælp af elektroniske midler, og udgår fra et andet sted, end der hvor publikum er.¹⁰ Begrebet blev indført i dansk ret ved implementeringen af infosoc-direktivet i 2002. Overføring til almenheden omfatter, at man stiller værket til rådighed på en sådan måde, at almenheden får adgang på et ”individuel valgt sted og tidspunkt” (on demand), jf. OHL § 2, stk. 4, nr. 1.

⁷ Günther: NIR.2015.150 (s. 158) og Heine m.fl.: Internetjura, s. 386.

⁸ Schönning: Ophavsretsloven med kommentarer, s. 114.

⁹ Schönning: Ophavsretsloven med kommentarer, s. 207.

¹⁰ Schovsbo m.fl.: Immaterialret, s. 153.

2.3.2. Eksemplarfremsstilling

Ophavsmanden har eneret til at fremstille eksemplarer af værket, jf. OHL § 2, stk. 1 og 2. Bestemmelsen er en implementering af infosoc-direktivets art. 2, som harmoniserede retten til eksemplarfremsstilling. EU's definition af eksemplarfremsstilling omfatter kopier som er midlertidige eller permanente, indirekte eller direkte, hele eller delvise, på alle måder og i enhver form. Det ses heraf, at definitionen er bred. Bestemmelsen er teknologineutral, dvs. den gælder for både analog og digital kopiering.¹¹ Der stilles dermed ikke noget krav om, at et ophavsretligt eksemplar skal være synligt.¹² Upload og download af værker på internettet udgør en eksemplarfremsstilling, da handlingerne indebærer, at værket hhv. lagres på en server et sted på internettet (upload) og overføres til et nyt medium (download).¹³

2.4. Naborettighederne. Udøvende kunstnere og pladeproducenter

Når en udøvende kunstners fremførelse er optaget, har kunstneren eneret til at eftergøre og tilgængeliggøre optagelsen, jf. OHL § 65, stk. 2. Ophavsretten til selve lydoptagelsen tilkommer producenten af optagelsen, dvs. den der fremstiller og bekoster lydoptagelsen, jf. OHL § 66, stk. 1. Producentens og de udøvende kunstneres eneret til offentlig fremførelse er underlagt tvangslicens, jf. OHL § 68, stk. 1. Det betyder, at man må anvende udgivne lydoptagelser til bl.a. offentlig fremførelse så længe man betaler for det. Producenten og de udøvende kunstneres ret til at nedlægge forbud og råde er på dette område omformet til en vederlagsret, jf. § 68, stk. 2.

Tvangslicensen gælder dog ikke for on demand tjenester, jf. OHL § 68, stk. 1, 2. pkt., hvilket er en følge af, at infosoc-direktivets art. 3, stk. 2 tildeler producent og udøvende kunstnere en eneret til at stille deres frembringelser til rådighed on demand. Producent og udøvende kunstnere har altså en ubetinget eneret til at tillade eller forbyde, at lydoptagelserne stilles til rådighed on demand.

Producentens og de udøvende kunstneres *vederlagsret* i OHL § 68, stk. 2 er en følge af *låne- og lejedirektivets*¹⁴ art. 8, stk. 2, som indeholder begrebet "overføring til almenheden". Det samme begreb anvendes i infosoc-direktivets art. 3, stk. 1, men art. 3, stk. 1 regulerer kun *ophavsmænds* rettigheder (i forbindelse med musik; komponist og tekstforfatter). Jeg vender tilbage til betydningen af dette i afhandlingens kapitel 5 (5.9.1.-5.9.4.).

Kapitel 3. Lovlig streaming af musik

3.1. Teknisk beskrivelse af streaming

For at kunne analysere streaming ophavsretligt, må man kort redegøre for hvad streaming er. Streaming er grundlæggende en teknologi til at transmittere data til en bruger. Streaming er karakteriseret ved, at brugeren ikke får en permanent kopi af værket på sin computer som ved download, men alene kan lytte eller afspille værket via internettet.

¹¹ Kyst: U.2001B.305 (s. 305).

¹² Bryde Andersen: IT-retten, s. 303.

¹³ Trzaskowski m.fl.: Internetretten, 2. udgave side 441 og Schovsbo m.fl.: Immaterialret, s. 154.

¹⁴ Europaparlamentet og Rådets direktiv 2006/115/EF af 12. december 2006.

Den mest almindelige streaming teknologi er klient-server streaming (også kaldet webbaseret streaming). Den er kendetegnet ved, at data sendes direkte fra streamingtjenestens servere til klienten. En lydfil udgøres af data. Streaming foregår ved, at lydfilen bliver opdelt i små pakker data og sendt til klienten, som afspiller det tidligere modtagne data samtidig med, at den modtager nyt data til brug for afspilningen. Der sendes og modtages således en ”strøm” af data i et flow der passer med, at klienten hele tiden har nok data til at sikre kontinuerlig musik (heraf navnet ”streaming”).

On demand streaming er kendetegnet ved, at brugeren har mulighed for at påvirke musikken; brugeren kan vælge musiknumre, søge på albums, numre og kunstnere, hoppe frem og tilbage i det enkelte nummer, skifte nummer, sætte på pause m.m. Og brugeren kan høre musikken på et hvilket som helst tidspunkt og et hvilket som helst sted.

On demand streaming kræver, at brugeren har et computerprogram, der kan afspille musikken. Dette computerprogram kaldes ”klienten”. Klienten vil ofte være et software program, som streamingtjenesten har udviklet specifikt til musikstreaming og som brugeren har downloadet til sin computer, men on demand streaming omfatter også, at brugeren streamer direkte i sin browser vha. et plug-in program. Jeg mener ikke det gør nogen forskel i forhold til ophavsretten, om ”klienten” udgøres af en software eller et plug-in program, idet der er tale om den samme proces.

Streaming er således en metode til at transmittere data til en bruger. Det følgende omhandler hvilke rettigheder, der er involveret i denne transmission.

3.2. Oversigt. Hvilke ophavsretligt relevante handlinger indebærer streaming?

Min hypotese er, at streaming vil indebære følgende ophavsretligt relevante handlinger:

- Lagring på en server hos udbyderen (3.3.)
- Udbud på tjenesten (3.4.) og
- Lagring hos brugeren - caching (3.5.).

Disse tre led udgør tilsammen det såkaldte triptykon, som udgør det typiske fundament for alle internettransmissioner.¹⁵ De to ”nemme” handlinger er lagring på serveren og udbud på tjenesten (3.3. og 3.4.). Her er resultatet det samme uanset hvilken type streaming der er tale om. Den handling, der medfører tvivl, er den midlertidige lagring der sker i brugerens cache (3.5.). Her afhænger resultatet af en nærmere analyse af EUD’s praksis samt hvilken type streaming, der er tale om.

3.3. Lagring på en server hos udbyderen

I praksis vil det være nødvendigt, at udbyderen foranlediger en lagring af musikken på en server for at kunne gøre den tilgængelig på internettet. Denne lagring vil udgøre en eksemplar fremstilling, som kræver rettighedshavernes samtykke.¹⁶ Dette gælder også for streamingtjenester: Streamingtjenesten må lagre lydfilene på en central server for at kunne udbyde musikken på tjenesten. Ved denne lagring flyttes filerne fra ét medium til et andet medium, typisk fra cd/masterbånd til en server. Denne lagring udgør en eksemplar fremstilling iht. OHL § 2.

¹⁵ Heine m.fl.: Internetjura, s. 412.

¹⁶ Heine m.fl.: Internetjura, s. 412 og Günther: NIR.2015.150 (s. 157).

3.4. Udbud på tjenesten

Streamingtjenesten stiller dernæst musikken til rådighed for sine brugere. Idet brugeren selv kan vælge tid og sted for afspilningen, er der tale om en tilgængeliggørelse on demand, der som tidligere nævnt er omfattet af rettighedshavernes eneret i OHL § 2, stk. 4, nr. 1. Der sker en overføring til almenheden allerede når tjenesten stiller værket til rådighed. Det er således tilstrækkeligt, at tjenesten etablerer en platform, fx en hjemmeside, der udbyder musikken. Det er ikke et krav, at streamingtjenesten rent *faktisk bruges*.¹⁷ Det betyder, at det er tilgængeliggørelse, uanset at tjenesten kun har ganske få brugere.

Det er dog stadig et krav, at "almenheden" har adgang til værkerne. EUD har afsagt en række domme angående begrebet "almenheden". Til brug for dette afsnit er det tilstrækkeligt at nævne, at:

- Almenheden betyder "et ubestemt antal potentielle modtagere".¹⁸
- At der skal være tale om et "ubestemt antal" betyder, at værket skal gøres tilgængeligt på enhver hensigtsmæssig måde i forhold til alle, dvs. ikke være begrænset til særlige medlemmer af en privat gruppe.¹⁹
- Der skal være tale om "et betydeligt antal personer", hvilket indebærer en vis minimumsgrænse.²⁰

Når musik stilles tilgængeligt på internettet får almenheden adgang, idet kredsen af *potentielle* brugere er de mange millioner internetbrugere. Det gør ingen forskel, at man skal oprette et log-in og betale et abonnement for at få adgang til tjenesten. I disse tilfælde skal musikken stadig anses for tilgængeliggjort for almenheden, idet kredsen af mulige brugere ikke kan anses for begrænset heraf.²¹

3.5. Lagring hos brugeren - caching

Når brugeren streamer musikken, lagres en midlertidig kopi af musikfilen i hukommelsen på brugerens computer, såkaldt *caching*. Caching har været genstand for en del ophavsretlig diskussion. Det skyldes, at caching indeholder et modsætningsforhold mellem eneretten til eksemplar fremstilling og almen praksis på internettet. På den ene side vil det være vanskeligt at begrænse brugen af caching på internettet, idet caching udgør en integreret del af transmissioner på internettet, men på den anden side udgør caching af ophavsretligt beskyttet materiale principielt en eksemplar fremstilling.

Der findes flere typer caching. Den caching, som streamingteknologien anvender, er lokal caching (også kaldt "client caching"). Den går ud på, at filer lagres i den lokale cache på brugerens egen computer.²² Formålet med lokal caching er at gøre filen lettere tilgængelig for senere brug ved at den gemmes i cachen, hvorfra den hurtigt kan hentes igen. Hvis brugeren for nyligt har afspillet den

¹⁷ SGAE dommen, præmis 43 og Bryde Andersen: IT-retten, s. 313f.

¹⁸ SGAE dommen, præmis 37, og Svensson dommen præmis 21.

¹⁹ SCF dommen, præmis 86.

²⁰ SCF dommen, præmis 86.

²¹ Heine m.fl.: Internetjura, s. 400.

²² Hugenholtz: E.I.P.R. 2000, 482-493 (s. 483) og Aplin m.fl.: Intellectual Property Law, s. 218.

samme sang, kan klienten afspille sangen direkte fra computerens cache.²³ Dermed undgår man at skulle hente lydfilen igen. Brugeren kan tømme cachen manuelt, men ellers vil computerens cache-hukommelse normalt have en prædefineret kapacitet, hvor cachen overskrives af nye filer når den er fyldt op.

I de næste afsnit vil jeg undersøge, hvordan caching behandles i ophavsretten og undersøge hvordan forskellige typer streamingteknologi benytter caching. Jeg vil først slå fast om cachekopier i det hele taget er omfattet af ophavsmandens økonomiske eneret, og dernæst se på om de er omfattet af undtagelsen i OHL § 11a.

3.5.1. WCT og WPPT

Der er to traktater, der ligger til grund for infosoc-direktivet. WIPO-traktaten om ophavsret (WCT) og WIPO-traktaten om fremførelser og fonogrammer (WPPT), begge fra 1996.²⁴ I arbejdet med disse traktater opnåede man ikke enighed om forståelsen af eneretten til eksemplar fremstilling i forbindelse med digital formidling. Stridspunktet var især i hvilket omfang den fremstilling af flygtige kopier, som sker som led i transmissionen på et netværk omfattes af ophavsmandens eneret til eksemplar fremstilling.²⁵ Da man ikke kunne blive enig om en fælles forståelse i traktaterne, var det op til EU at skabe en balanceret regulering af midlertidige eksemplarer i infosoc-direktivet.

3.5.2. Infosoc-direktivet

Før infosoc-direktivet var det genstand for juridisk diskussion i Danmark, om en så kortvarig lagring som caching overhovedet var en eksemplar fremstilling. Efter omfattende diskussioner vedrørende den retlige kvalifikation af midlertidige eksemplar fremstillinger blev det i forbindelse med en ændring af ophavsretsloven i 1998 antaget i forarbejderne, at sådanne midlertidige eksemplar fremstillinger måtte falde uden for den ophavsretlige eneret til eksemplar fremstilling i OHL § 2.²⁶

Denne diskussion blev senere afblæst med den meget brede eneret til eksemplar fremstilling, som EU indførte med infosoc-direktivets art. 2, og som den danske lovgiver har implementeret i OHL § 2, stk. 2. Infosoc-direktivets art. 2 indebærer, at alle kopier på internettet som udgangspunkt er omfattet af eneretten, herunder også de flygtige lagringer i computerens cache, der opstår som led i en transmissionsproces via internettet.²⁷ Der er herefter ikke tvivl om, at også client caching udgør en eksemplar fremstilling iht. art. 2. Dette understøttes også af, at infosoc-direktivets betragtning nr. 33 nævner caching som et eksempel på en kopi, der kan være undtaget fra eneretten til eksemplar fremstilling, hvilket jo må forudsætte, at caching i første række er omfattet af eneretten til eksemplar fremstilling.

²³ Heine m.fl.: Internetjura, s. 396.

²⁴ Infosoc-direktivets betragtning nr. 15.

²⁵ Astri M. Lund: NIR.2001.604 (s. 612).

²⁶ Forslag til lov om ændring af Ophavsretsloven, L 37 (som fremsat den 26. marts 1998), bemærkninger til punkt 3.1. og Salung Petersen: NIR.2009.21 (s. 23).

²⁷ Schovsbo m.fl.: Immaterialret, s. 149f og Kyst: U.2001B.305 (s. 305).

3.5.3 OHL § 11a

OHL § 11a undtager visse teknisk betonedede, underordnede og flygtige kopier fra eneretten til eksemplar fremstilling. Reglen er en implementering af infosoc-direktivets art. 5, stk. 1, som er den eneste obligatoriske undtagelse i infosoc-direktivet. Art. 5, stk. 1 fremstår i høj grad som en færdig lovtekst, og den danske lovgiver har da også implementeret bestemmelsen nærmest ordret.

I stedet for at lade eneretten i art. 2 sætte grænserne for den ophavsretlige beskyttelse, har EU valgt at fastsætte en meget bred eneret og så begrænse denne vha. undtagelsen til eneretten i art. 5, stk. 1. Den korrekte metode må således være at læse den brede eneret i art. 2 i nær sammenhæng med undtagelsen i art. 5, stk. 1.

Baggrunden for undtagelsen i art. 5, stk. 1 er ganske enkelt, at den er nødvendig. Der skabes tusindvis af midlertidige kopier af ophavsretligt beskyttede værker i forbindelse med transmissioner på internettet. Ifølge art. 2 ville mange af disse handlinger på internettet kræve tilladelse fra ophavsmanden. Art. 5, stk. 1 skaber den nødvendige balance mellem ophavsretten og brugen af ophavsretten på internettet.

3.5.4. De fire betingelser i art. 5, stk. 1

En midlertidig kopi er undtaget fra eneretten, hvis den opfylder følgende fire kumulative betingelser:

- Den er flygtig eller tilfældig,
- Den udgør en integrerende og væsentlig del af en teknisk proces,
- Den har udelukkende til formål at muliggøre en mellemmands transmission af et værk i et netværk mellem tredjemænd eller en lovlig brug af et værk, og
- Den har ikke en selvstændig økonomisk værdi.

Der er i princippet en femte betingelse i art. 5, stk. 1; kopien skal være midlertidig. Schricker anfører, at begreberne er overlappende på den måde, at hvis kopien er flygtig, må den nødvendigvis også være midlertidig.²⁸ Jeg er enig i denne betragtning; ”midlertidig” udgør efter en naturlig sproglig forståelse et længere tidsrum end ”flygtig”. Idet EUD i øvrigt har lagt vægt på om kopien er ”flygtig”, ikke ”midlertidig”, vil jeg i det følgende arbejde ud fra at der kun er fire betingelser.

3.5.5. Retskilder

Art. 5, stk. 1 er en kompleks bestemmelse, der har indført en ny terminologi. De to store (af EU-Kommissionen bestilte) rapporter om infosoc-direktivet, ”Study on the Application” fra 2013 og ”Study on the Implementation” fra 2007 bemærker begge, at betingelserne er meget komplekse at fortolke og anvende.²⁹ Det er således nødvendigt at dykke dybere ned i betingelserne. De danske forarbejder citerer stort set betragtningerne fra infosoc-direktivet, mens forarbejderne i EU-regi bidrager til forståelsen:

²⁸ Schricker: Urheberrecht Kommentar, s. 965.

²⁹ Hugenholtz m.fl.: Study on the Implementation, s. 32 og Triaille m.fl.: Study on the Application, s. 111.

3.5.5.1. EU's forarbejder til art. 5, stk. 1

Art. 5, stk. 1 er et resultat af en længere diskussion i EU om, hvorvidt og i hvilket omfang kopier, der bliver skabt under computeres behandling af værker, skal være omfattet af eneretten til eksemplar fremstilling. Diskussionen har omhandlet lovligheden af aktiviteter som midlertidige kopier i computerens hukommelse, internet browsing og brugen af routere og proxy servere, som alle er essentielle dele af internettet. De to modstridende synspunkter er, at der på den ene side utvivlsomt opstår kopier i alle disse tilfælde, men på den anden side skal eneretten ikke udvides til at dække den rene brug af et værk, som traditionelt har været holdt udenfor eneretten.³⁰

Betragtning nr. 33 til infosoc-direktivet forklarer reglen i art. 5, stk. 1. Betragtningen starter med at opremse de fire betingelser og nævner dernæst caching og browsing: "[...] For så vidt handlingerne opfylder disse betingelser [de fire betingelser, red.], bør denne undtagelse også dække browsing samt handlinger, der muliggør lagringer i cache-hukommelsen, herunder sådanne, som bidrager til, at transmissionssystemerne fungerer effektivt[...]". Spørgsmålet er hvilken betydning det har, at betragtningen nævner caching. Nogle forfattere finder støtte heri til at antage, at caching normalvis er omfattet af art. 5, stk. 1.³¹ Andre forfattere mener tværtimod, at det ikke kan tillægges nogen betydning, og går så langt som til at sige, at betragtningen blot bekræfter, at caching "i princippet" kan være dækket af bestemmelsen.³²

Betragtningen betyder nok ikke, at caching altid er omfattet af art. 5, stk. 1. Det er jo stadig et krav, at de fire betingelser i bestemmelsen er opfyldte.³³ Men betragtningen viser alt andet lige hvilke typer af handlinger, Europa-Parlamentet og Rådet havde for øje, da de vedtog direktivet. Betragtningerne udgør en form for præambel til direktivet, der udlægger direktivets formål og regler, og EUD tillægger betragtningerne ganske betydelig vægt når de skal fortolke infosoc-direktivet.³⁴ Betragtningen skaber således en vis formodning for, at caching er omfattet af art. 5, stk. 1.

Art. 5, stk. 1 er i øvrigt ikke en bestemmelse med klare forarbejder, der udlægger lovgivers formål. Den lovgivningsmæssige proces i EU viser, at Kommissionen og Parlamentet var uenige omkring ordlyden af bestemmelsen, og den endelige formulering, som blev vedtaget ved et møde i Ministerrådet, er i højere grad udtryk for et pragmatisk (politisk) kompromis mellem modstående interesser, end det er en afgrænsning som er logisk afledt ud fra naturen af retten til eksemplar fremstilling.³⁵

Dette er muligvis baggrunden for, at reglen er ganske vanskelig at fortolke og anvende. Jeg er endnu ikke stødt på juridisk litteratur, der dybdegående analyserer hvad de enkelte begreber i bestemmelsen betyder. Jeg mener det er nødvendigt at gå i dybden med begreberne, hvis man skal give et seriøst bud på i hvilket omfang caching er omfattet af art. 5, stk. 1. Det er efter min mening ikke tilstrækkeligt at analysere de enkelte betingelser ud fra ordlyden af bestemmelsen uden at inddrage EUD's praksis, da betingelserne i høj grad er uddybet og defineret gennem EUD's praksis.

³⁰ Dreier m.fl.: Concise European Copyright Law, s. 371.

³¹ Aplin m.fl.: Intellectual Property Law, s. 218.

³² Hugenholtz m.fl.: Study on the Implementation s. 32.

³³ Kyst: U.2001B.305 (s. 315, note 7).

³⁴ Se fx Infopaq I, præmis 41, 59 og 63.

³⁵ Hugenholtz m.fl.: Study on the Implementation, s. 31 og Hart: E.I.P.R 2014, 630-639 (s. 630).

3.5.5.2. EUD's praksis om art. 5, stk. 1

Jeg lægger stor vægt på EUD's praksis, da det er EUD, der har kompetence til at fortolke EU-reglerne. EU's fortolkning af de EU retlige regler er bindende i hele EU, og er forpligtende for alle retsanvendere i EU.³⁶ EUD har endnu ikke taget stilling til caching i forbindelse med kommercielle streamingtjenester. Det følgende er således i høj grad en prognose for, hvad jeg på baggrund af EUD's hidtidige praksis forventer, at EUD vil finde frem til. EUD har i de senere år fortolket og uddybet betingelserne i art. 5, stk. 1 i indtil videre fire domme. Det drejer sig om Infopaq I dommen afsagt i 2009, Premier League (2011), Infopaq II (2012) og senest Public Relations (2014).

3.5.6. Analyse af EUD's praksis i forhold til streaming

3.5.7. Flygtig eller tilfældig

Den første betingelse er alternativ; cachekopien skal være flygtig eller tilfældig for at være undtaget eneretten. Af Infopaq dommen, U.2013.1782H, hvorunder Højesteret traf beslutning om to præjudicielle forelæggelser for EUD, kan udledes, at "flygtig" indebærer, at kopien skal slettes automatisk, og at sletningen ikke må være afhængig af et skøn udøvet af en fysisk person. Cachekopier på en computer opfylder disse krav, idet computeren automatisk sletter kopierne, i takt med at cachehukommelsen fyldes op.

Udover kravet om automatisk sletning indebærer "flygtig" også et krav om, at sletningen skal ske indenfor et "kort tidsrum".³⁷ I Public Relations tog EUD nærmere stilling til hvad et "kort tidsrum" er. Det er "[...] det tidsrum, der er nødvendigt for, at den tekniske proces virker korrekt [...]"³⁸ Referencen for tidsrummet er altså, hvad der er nødvendigt for den tekniske proces.³⁹ Der er mest der peger i retning af, at en cachekopi *ikke* er flygtig: En cachekopi kan ligge i computerens hukommelse i lang tid, idet de cachede filer først slettes, når den prædefinerede plads til cachefilerne er opbrugt. Dette bakkes op af juridisk litteratur. I Study on the Implementation konkluderer forfatterne, at kopier, der dannes i den lokale cache, ikke er flygtige, da de kan vare i timer, dage eller længere.⁴⁰ Dreier m.fl. anfører samme konklusion i sin kommentar til art. 5, stk. 1.⁴¹ Schack anfører i sin kommentar til den tyske ophavsretslov, § 44a UrhG, der er en ordret implementering af art. 5, stk. 1, at caches i dag er så store og bliver bevaret så lang tid også efter slukning af computeren, at de dér opståede kopier, ikke længere kan anses for midlertidige.⁴²

Betingelserne er alternative, hvilket indebærer, at det i princippet er uden betydning, at cachekopien ikke er flygtig, hvis den i stedet er tilfældig. En cachekopi er tilfældig hvis to betingelser er opfyldte: Cachekopien må hverken have en "selvstændig *eksistens*" eller et "selvstændigt *formål*" i forhold til den tekniske proces, som den udgør en del af.⁴³

³⁶ Engsig Sørensen m.fl.: EU retten, s. 107.

³⁷ Infopaq I dommen, præmis 66.

³⁸ Public Relations, præmis 40.

³⁹ Triaille m.fl.: Study on the Application, s. 114.

⁴⁰ Hugenholtz m.fl.: Study on the Implementation, s. 32.

⁴¹ Dreier m.fl.: Concise on European Copyright Law, s. 372.

⁴² Schack: Urheber- und Urhebervertragsrecht, afsnit 420.

⁴³ Public Relations, præmis 43.

At kopien ikke har en selvstændig *eksistens* betyder, at internetbrugerne ikke selv må kunne frembringe kopierne i cachen uden for den tekniske proces.⁴⁴ Denne betingelse er opfyldt ifbm. streaming, fordi de cachede filer krypteres på en sådan måde, at brugeren ikke har adgang til at åbne og håndtere lydfilen. Lydfilen *ligger* i cachen, men den kan ikke åbnes og flyttes rundt af brugeren.

At kopien ikke har et selvstændigt *formål* betyder, at kopiens eneste formål og anvendelse skal være at indgå i den pågældende tekniske proces.⁴⁵ I og med at lydfilen er krypteret, kan den ikke anvendes til andre formål end streamingen. Den caching der sker i en streamingproces opfylder således betingelsen om at være "tilfældig".

3.5.8. Integrerende og væsentlig del af en teknisk proces

For at undtages eneretten skal cachekopien dernæst være en integrerende og væsentlig del af en teknisk proces. "Integrerende" betyder ifølge EUD's praksis, at de kopier der skabes helt og holdent laves indenfor rammerne af den tekniske proces.⁴⁶ EUD sagde i Public Relations, at de kopier der skabes i cachen i forbindelse med, at en internetbruger besøger en webside er en "integrerende" del af den tekniske proces at "browse".⁴⁷ Jeg kan ikke se, at streaming adskiller sig fra browsing på dette punkt; de kopier, der skabes ved streaming af musik er vel i samme grad en "integrerende" del af den tekniske proces at "streame", idet kopierne skabes indenfor rammerne af den tekniske proces.

Den juridiske litteratur har diskuteret hvad en "væsentlig del af en teknisk proces" betyder. Dreier m.fl. mener, at kopien skal være teknisk nødvendig: "The limitation of art. 5(1) only applies to reproductions that exist due to technical necessities".⁴⁸ EUD har en anden fortolkning; "væsentlig del af en teknisk proces" betyder, at den tekniske proces ikke ville kunne udføres "korrekt og effektivt" uden disse kopier.⁴⁹ Kravet er altså ikke teknisk nødvendighed, forstået på den måde, at den tekniske proces ikke *kan* gennemføres uden brug af kopierne. Så længe den nævnte proces ikke er effektiv uden kopierne, er betingelsen opfyldt. Når man surfer på nettet er caching en "væsentlig del af den tekniske proces" fordi internettet ville være betragteligt mindre effektivt uden caching. Det blev afgjort i Public Relations.⁵⁰ Det må antages, at EUD vil finde det samme resultat fsva. streaming ud fra deisen, at man *kan* streame fra internettet uden caching, men det er væsentligt mindre effektivt; streaming uden caching vil indebære at "klienten" skal downloade filerne fra streamingtjenesten hver gang brugeren lytter til et nummer.

3.5.9. En mellemands transmission af et værk eller en lovlig brug af et værk

Den tredje betingelse for at undtage cachekopier fra eneretten er, at den midlertidige kopi udelukkende skal have til formål at muliggøre

⁴⁴ Public Relations, præmis 49-50.

⁴⁵ Public Relations, præmis 49-50.

⁴⁶ Public Relations, præmis 28-29.

⁴⁷ Public Relations, præmis 33.

⁴⁸ Dreier m.fl.: Concise on European Copyright Law, s. 372.

⁴⁹ Public Relations, præmis 28 og Infopaq II præmis 30.

⁵⁰ Public Relations, præmis 34-35.

- En mellemands transmission af et værk i et netværk mellem tredjemænd, jf. art. 5, stk. 1, litra a eller
- En lovlig brug af et værk, jf. art. 5, stk. 1, litra b.

Det interessante i forbindelse med streaming er betingelsen om en ”lovlig brug af et værk”. Det afgørende her er, at se på om *den brug af værket* som cachekopien muliggør, er lovlig.⁵¹ Kravet om, at brugen skal være ”lovlig” må nødvendigvis referere til en juridisk norm udenfor art. 5, stk. 1. Hvis ”lovlig” blot refererede til de andre betingelser i art. 5, stk. 1, ville bestemmelsen blive selvrefererende.⁵² Det fremgår af betragtning nr. 33 til infosoc-direktivet, at en brug skal anses for ”lovlig” når den er godkendt af rettighedshaveren, eller når den ikke er undergivet lovmæssige restriktioner.⁵³ I forbindelse med streaming på lovlige tjenester som Spotify, TDC Play m.fl. er der tale om lovlig brug, fordi rettighedshaveren har givet samtykke til, at hans musik stilles til rådighed på tjenesten.

3.6. Ikke en selvstændig økonomisk værdi

Det fjerde og sidste krav er, at det midlertidige eksemplar ikke må have en selvstændig økonomisk værdi. Den brede ordlyd ”selvstændig økonomisk værdi” giver ikke meget vejledning; alle former for økonomisk værdi er tilsyneladende omfattet.

Betingelsen er stort set ikke behandlet i den danske juridiske litteratur. Den er derimod behandlet i den EU ophavsretlige litteratur og nationale litteratur fra andre EU medlemslande, herunder Tyskland og England, hvor betingelsen generelt er kritiseret.⁵⁴ Kritikken går på, at det er et vagt begreb, der ikke referer til noget kendt princip i international eller national ophavsret, og som ikke er nærmere beskrevet i direktivet eller de forberedende arbejder. Dette gør vurderingen, og dermed skillelinjen mellem krænkende og ikke-krænkende handlinger uvis og uforudsigelig. I det følgende vil jeg forsøge at lave en dybdegående analyse af begrebet med udspring i EUD’s praksis.

3.6.1. EUD’s praksis

EUD har fortolket på begrebet i dommene Premier League og Infopaq II.

Premier League (2011)

Premier League sagen drejede sig om en britisk pubejer, der anvendte en satellitdekoder til at opnå adgang til den græske Premier League dækning. Rettighedshaverne til Premier League anlagde sag og spørgsmålet for EUD var, om de tekniske kopier, der blev lagret i dekoderen og på tv-skærmen i pubben var undtaget fra eneretten i medfør af art. 5, stk. 1. I den konkrete sag var den økonomiske fordel ved de midlertidige kopier i dekoder og tv-skærm ikke selvstændig, da den ikke gik ud over fordelene afledt af ”den blotte modtagelse af udsendelsen”.

⁵¹ Hugenholtz m.fl.: Study on the implementation, side 34.

⁵² Bing: NIR.2008.191 (s. 196).

⁵³ Infosoc-direktivets betragtning nr. 33.

⁵⁴ Se fx Seville: EU Intellectual Property Law and Policy, s. 53, Hugenholtz: Study on the implementation, s. 35 og 60 og Hart: E.I.P.R. 2014, 630-639 (s. 631).

Den nærmere begrundelse var, at de midlertidige kopier i dekoder og tv-skærm udgjorde en *uadskillelig og ikke-selvstændig del* af processen til modtagelse af tv-udsendelserne. Kopierne gennemførtes i øvrigt uden at de personer, som herved havde adgang til de beskyttede værker, kunne øve indflydelse på dem eller var bevidste herom. Følgelig kunne disse kopier ikke generere en yderligere økonomisk fordel, der gik ud over den fordel, der fulgte af ”den blotte modtagelse” af de omhandlede udsendelser.⁵⁵

Det interessante ved Premier League dommen er, at EUD opstillede en art formodningsregel angående den økonomiske værdi. Hvis ingen personer kan øve indflydelse på kopierne eller er bevidste om, at kopierne overhovedet findes, kan der ikke være tale om en selvstændig økonomisk værdi. Med andre ord: En selvstændig økonomisk værdi forudsætter en form for bevidsthed omkring kopiernes tilstedeværelse.

Infopaq II (2012)

Infopaq sagerne vedrørte det danske firma Infopaq, der drev presseovervågningsvirksomhed. Infopaq scannede dagens aviser ind til brug for elektronisk søgning i aviserne. Dermed dannedes nogle midlertidige kopier af aviserne, som var ophavsretligt beskyttede og spørgsmålet var, om disse kopier var omfattet af art. 5, stk. 1. Højesteret forelagde spørgsmål for EUD i to omgange. I anden omgang spurgte Højesteret bl.a. ud fra hvilke kriterier det skal bedømmes, om midlertidige reproduktionshandlinger har en selvstændig økonomisk værdi, og hvorvidt brugerens rationaliseringsgevinster kan indgå i bedømmelsen.⁵⁶

EUD startede med at slå fast, at det ikke er enhver økonomisk værdi, der er omfattet. De midlertidige eksemplarer, der er reguleret i art. 5, stk. 1, har typisk to formål:

- 1) At give brugeren *adgang* til beskyttede værker. Eftersom disse værker har en selvstændig økonomisk værdi, må adgangen til dem og brugen af dem således nødvendigvis have en økonomisk værdi.⁵⁷
- 2) At *effektivisere* brugen af et værk. De midlertidige eksemplarer indebærer nødvendigvis, at der opstår en mulighed for at opnå *rationaliseringsgevinster* og dermed forøge fortjenesten eller nedsætte produktionsomkostningerne.⁵⁸

Adgang og effektivisering udgør *ikke i sig selv* en selvstændig økonomisk værdi. Der skal mere til. EUD gik nu videre og sagde hvad dette ”mere” er: Der foreligger en selvstændig økonomisk værdi i det tilfælde, at den økonomiske fordel ved kopien er ”forskellig fra eller adskillelig fra” den økonomiske fordel, der opnås ved en lovlig brug af det pågældende værk. Og den må ikke give anledning til en ”yderligere økonomisk fordel”, der går ud over den, der ellers skabes ved den lovlige værksbrug.⁵⁹

Selvom præmisserne er kryptiske, nævnes to konkrete situationer, hvor den økonomiske værdi under alle omstændigheder vil være *forskellig* eller *adskillelig*. Det vil være tilfældet, hvor ophavsmanden kan antages at kunne opnå en fortjeneste ved en økonomisk udnyttelse af *selve* de midlerti-

⁵⁵ Premier League, præmis 174-178.

⁵⁶ Infopaq II, præmis 23.

⁵⁷ Infopaq II, præmis 48.

⁵⁸ Infopaq II, præmis 49.

⁵⁹ Infopaq II, præmis 50.

dige kopier. Og hvor de midlertidige kopier leder frem til en ændring af eksemplaret.⁶⁰ Der nævnes også en situation, hvor der *ikke* er en selvstændig økonomisk værdi. Dette er tilfældet, hvis den økonomiske fordel først realiseres ved *brugen* af kopien, da fordelene så ikke er *forskellig* fra eller kan *adskilles* fra de fordele, der opnås ved *brugen* af kopien.⁶¹

Præmisserne er i tråd med det ophavsretlige princip at *brugen* af et værk, fx det at lytte til musik, ikke i sig selv er begrænset af ophavsretten så længe enerettighederne ikke er involveret. Hvis *brugen* af en midlertidig kopi medfører en fordel, vil denne gevinst typisk ikke have en selvstændig økonomisk værdi. Præmisserne må nok forstås sådan, at EUD sonderer mellem tilfælde, hvor kopien blot udgør en praktisk-teknisk funktion i forhold til selve værksudnyttelsen. Herunder at give adgang eller effektivisere *brugen*. Og tilfælde hvor kopien har en mere løsrevet funktion, hvor kopien i højere grad kan stå på egne ben.

I Infopaq sagen opnåede virksomheden visse rationaliseringsgevinster ved at anvende de midlertidige kopier, da alternativet var at læse aviserne manuelt, og skrive og printe et resumé. Denne rationaliseringsgevinst havde ikke en selvstændig økonomisk værdi, da de økonomiske fordele først realiseredes ved *brugen* af kopien. Og det kunne ikke antages, at Infopaq kunne opnå en fortjeneste ved en økonomisk udnyttelse af selve de midlertidige kopier.⁶²

Public Relations (2014)

I Public Relations sagen anførte den forelæggende ret, Supreme Court of the United Kingdom, at de cachekopier, der skabes når man åbner en webside på sin computer opfyldte betingelsen om ikke at have en selvstændig økonomisk værdi, og EUD tog derfor ikke stilling til spørgsmålet.⁶³ Supreme Courts ræsonnement var, at cachekopien ikke havde nogen økonomisk værdi *for brugerne*, idet den økonomiske fordel var tæt forbundet med selve *brugen* af kopien på computerskærmen.⁶⁴ Det er uden tvivl korrekt, at en cachekopi ikke har en selvstændig økonomisk værdi *for brugeren* (i forbindelse med lovlig værksbrug); brugeren har i forvejen lovlig adgang til værket og cachekopien faciliterer blot denne adgang. Resultatet følger for så vidt allerede af Premier League dommen: Idet kopierne er krypterede, kan brugerne ikke øve indflydelse på kopierne, og ofte er brugerne ikke engang bevidste om at kopierne findes.⁶⁵ Det interessante i forbindelse med streaming er derimod, om cachekopierne har en økonomisk værdi *for streamingtjenesten*.

3.6.2. Analyse af cachekopiers selvstændige økonomiske værdi

I det følgende vil jeg undersøge om cachekopierne har en selvstændig økonomisk værdi for streamingtjenesten. Det første spørgsmål er, om streamingtjenestens økonomiske værdi i det hele taget er omfattet af bestemmelsen; hvem er "subjektet" for den økonomiske værdi (3.6.3.). Det næste spørgsmål er, om streamingtjenesterne så *har* en "selvstændig økonomisk værdi" (3.6.4.).

⁶⁰ Infopaq II, præmis 52 og 54.

⁶¹ Infopaq II, præmis 51.

⁶² Infopaq II, præmis 51.

⁶³ Public Relations, præmis 25.

⁶⁴ Supreme Court of the United Kingdoms dom af 17. april 2013, præmis 29.

⁶⁵ Premier League, præmis 174-178.

3.6.3. "Subjektet" for økonomisk værdi

Det fremgår af art. 5, stk. 1, at en midlertidig kopi kun er undtaget fra eneretten hvis den ikke har en selvstændig økonomisk værdi. Det første spørgsmål jeg vil rejse er "subjektet" for økonomisk værdi. *For hvem* er det, at kopierne ikke må have en selvstændig økonomisk værdi? Skal det forstås bredt, således at cachekopierne ikke må have en økonomisk værdi for brugerne, streamingtjenesten og andre? Eller skal det forstås mere snævert ud fra ophavsmandens forhold? Forstået på den måde, at det kun er en økonomisk værdi som ophavsmanden *selv* ville kunne udnytte, fx ved at sælge kopierne.

En kopi har uden tvivl selvstændig økonomisk værdi i de tilfælde, hvor ophavsmanden selv ville kunne udnytte kopien økonomisk. Dette følger af Infopaq II dommen: Der er tale om en selvstændig økonomisk værdi hvis ophavsmanden må antages at kunne opnå en fortjeneste ved en økonomisk udnyttelse af selve de midlertidige kopier.⁶⁶ I et sådant tilfælde er kopien ikke omfattet af undtagelsen i art. 5, stk. 1. Spørgsmålet er, om der også kan foreligge en selvstændig økonomisk værdi i tilfælde, hvor kopien har en økonomisk værdi for andre end ophavsmanden. Dette afhænger af, hvordan man fortolker "selvstændig økonomisk værdi", herunder om man fortolker med afsæt i tretrinstesten (3.6.3.1.) eller anlægger en bredere fortolkning (3.6.3.2.).

3.6.3.1. Fortolkning med afsæt i tretrinstesten

Forarbejderne til ophavsretsloven anfører, at kravet om selvstændig økonomisk værdi skal "ses i sammenhæng" med tretrinstesten i infosoc-direktivets art. 5, stk. 5.⁶⁷ Art. 5, stk. 5 er en implementering af tretrinstesten fra Bernerkonventionens art. 9, stk. 2.⁶⁸ I samme retning mener Guido Westkamp, at selvstændig økonomisk værdi er afledt af tretrinstesten i Bernerkonventionens art. 9, stk. 2.⁶⁹ EUD har helt generelt anført, at art. 5, stk. 1 skal "fortolkes i lyset" af tretrinstesten.⁷⁰

Ifølge tretrinstesten må undtagelser fra den ophavsretlige eneret kun anvendes i visse særlige tilfælde, der ikke strider mod "den normale udnyttelse af værket" og ikke indebærer urimelig skade for "rettighedshaverens legitime interesser". Den normale udnyttelse af værket betyder ifølge den generelle fortolkning af Bernerkonventionens art. 9, stk. 2, at hvis rettighedshaveren normalt ville kunne opnå vederlag for den pågældende brug, skal udnyttelsesformen være forbeholdt rettighedshaveren. Bestemmelsen kan siges at fremsætte det generelle princip, at rettighedshaveren bør kunne deltage i enhver økonomisk eller kommerciel brug af hans værk.⁷¹ Rettighedshaverens legitime interesser betyder, at rettighedshaveren skal sikres en indtjening, dvs. et vederlag.⁷²

Tretrinstesten knytter sig således tæt til *rettighedshaverens* økonomiske interesser: "Den normale udnyttelse af værket" handler om rettighedshaverens mulighed for at udnytte værkerne økonomisk; og "rettighedshaverens legitime interesser" indebærer, at rettighedshaveren skal sikres et vederlag. En fortolkning ud fra tretrinstesten medfører således en mere snæver forståelse af begrebet økonomisk værdi, med fokus på rettighedshaverens forhold.

⁶⁶ Infopaq II, præmis 52.

⁶⁷ Forslag til lov om ændring af Ophavsretsloven, L 19 (som fremsat den 2. oktober 2002), bemærkninger til nr. 7.

⁶⁸ Triaille m.fl.: Study on the Application, s. 248.

⁶⁹ Westkamp: George Washington International Law Review 2004 (s. 1097).

⁷⁰ Infopaq I, præmis 58.

⁷¹ Schönning: U.2000B.499 (s. 502) og Westkamp: George Washington International Law Review 2004 (s. 1097).

⁷² Schönning: U2000B.499 (s. 502).

Hvis man analyserer kravet om selvstændig økonomisk værdi i art. 5, stk. 1 ud fra tretrinseten, har cachekopien næppe en selvstændig økonomisk værdi: En cachekopi er ikke en ”normal udnyttelse af værket”, og det går ikke på tværs af rettighedshaverens legitime interesse, da rettighedshavere normalt ikke får betaling for caching; det er ikke normal praksis at indgå ”caching licenser”.⁷³

3.6.3.2. En bredere fortolkning

Selvom denne fortolkning (med afsæt i tretrinseten) har meget for sig, er resultatet ikke utvivlsomt. Der er således noget der tyder på, at EUD arbejder ud fra en bredere forståelse af begrebet. EUD har i flere sager undersøgt en økonomisk værdi af kopier, der næppe kan siges at være en ”normal udnyttelse” for rettighedshaveren. Herunder i Infopaq sagerne, hvor EUD vurderede, om de midlertidige kopier der dannedes i computeren i datafangstprocessen havde en selvstændig økonomisk værdi, men fandt frem til, at det konkret ikke var tilfældet, da den økonomiske fordel ikke kunne adskilles fra selve brugen af værket.⁷⁴ EUD har ikke afvist, at der *kan* være tale om en økonomisk fordel i disse tilfælde. Study on the implementation anfører i tråd hermed, at man ikke skal kigge snævert på rettighedshavernes økonomiske interesser, men se på selve udnyttelsen af cachekopierne og spørge hvorvidt udnyttelsen er udført som en selvstændig økonomisk aktivitet.⁷⁵ I U.2013.1782H procederede Infopaq på, at selvstændig økonomisk værdi skal forstås ud fra rettighedshaverens forhold, mens aviserne (rettighedshaverne) procederede på, at kopierne havde en økonomisk værdi for Infopaq (en bredere fortolkning). Landsretten fandt tilsyneladende, at begge typer økonomisk værdi var omfattet, men dette kan nok ikke tillægges afgørende vægt, idet landsrettens begrundelse (rationaliseringsgevinst m.m.) er i strid med EUD’s svar i den anden præjudicielle forelæggelse (Infopaq II). Højesteret fik ikke mulighed for at tage stilling til spørgsmålet om økonomisk værdi.

Resultatet er ikke afklaret. Der er som nævnt gode argumenter for at fortolke ”økonomisk værdi” i forhold til rettighedshaverens økonomiske interesse. Det kan på den anden side ikke afvises, at begrebet økonomisk værdi skal forstås i en bredere sammenhæng, hvor man også kan se på, om andre interessenter opnår en økonomisk fordel af kopien. Virkningen heraf er, at en økonomisk værdi for andre interessenter *kan* medføre, at en cachekopi ikke er omfattet af undtagelsen i art. 5, stk. 1.

3.6.4. Økonomisk værdi for streamingtjenesten

Cachekopier har som nævnt ikke en selvstændig økonomisk værdi for brugerne af en lovlig streamingtjeneste. Det interessante er at analysere om en kommerciel streamingtjeneste kan anses for at have en økonomisk fordel ved cachekopierne. Tjenesten kan tænkes at have en rationaliseringsgevinst (3.6.5.) og/eller en gevinst ved at kunne udbyde en hurtig og effektiv tjeneste (3.6.6.).

3.6.5. Rationaliseringsgevinst

Caching medfører, at streamingtjenesten opnår en rationaliseringsgevinst når brugeren lytter til en lydfil, han tidligere har hørt. I et sådant tilfælde ligger lydfilen allerede i cachen. Da lydfilen allerede

⁷³ Hugenholtz: E.I.P.R. 2000, 22(10), 482-493 (s. 488).

⁷⁴ Infopaq II, præmis 51.

⁷⁵ Hugenholtz m.fl.: Study on the implementation, s. 35.

de ligger i cachen, kan brugeren høre filen fra cachen, hvilket nedsætter belastningen på den streaming der sker fra tjenesten. Hvilket kan medføre, at tjenesten ikke har brug for så stor serverkapacitet og dermed færre omkostninger til servere, vedligehold af servere, elektricitet m.m. Det følger nu af Infopaq II dommen, at en rationaliseringsgevinst, herunder lavere produktionsomkostninger, som udgangspunkt ikke udgør en ”selvstændig økonomisk værdi”. Streamingtjenestens økonomiske fordel ved at deres software anvender caching, udgør således ikke en ”selvstændig økonomisk værdi”.

3.6.6. Gevinst ved hurtig og effektiv streamingtjeneste

Caching muliggør, at streamingtjenestens transmission af lyden til brugeren er hurtig og effektiv uden nævneværdig forsinkelse. Samtidig kan lyd kvaliteten forbedres, når der ikke skal transmitteres så meget data fra serveren. Dette muliggør, at tjenesten kan udbyde et kvalitetsprodukt, som kan konkurrere på markedet. Det kan tjenesten reklamere for, og dermed opnå flere nye kunder og heraf økonomisk fordel. Fx har musikstreamingtjenesten Spotify vha. caching opnået en ganske kort forsinkelse (fra brugeren trykker play til musikken spiller). Dette fremgår af artiklen ”Predicting Response Times for the Spotify Backend”.⁷⁶

3.6.6.1. Juridiske forfattere

Der er forfattere der mener, at caching, og især proxy caching, har en selvstændig økonomisk værdi for visse internetudbydere og -tjenester. Forfatterne til Internetjura er inde på, at proxy caching har en selvstændig økonomisk værdi for internetudbydere og -leverandører.⁷⁷ Proxy caching er en form for caching som en internetudbyder foretager for at optimere overførselshastighederne for sine kunder. Dette fungerer sådan, at udbyderen på sin egen server lagrer en kopi af de websites, kunderne hyppigst besøger. Når én kunde én gang har hentet et website, ligger det i internetleverandørens proxy cache. Hvis en kunde senere klikker ind på det pågældende website, hentes siden så fra internetudbyderens proxy cache, hvilket er hurtigere og optimerer overførselshastighederne.⁷⁸ Proxy cachings funktion minder således om client caching.

Forfatterne til Internetjura mener, at kravet om selvstændig økonomisk værdi harmonerer dårligt med at visse internetleverandører reklamerer med gode overførselshastigheder som følge af, at den pågældende internetleverandør foretager en omfattende caching. På den baggrund antager de, at proxy server caching har en selvstændig økonomisk værdi for internetleverandørerne, jf. art. 5, stk. 1. Schack anfører i sin kommentar til den tyske ophavsretslov, Urheber- und Urhebervertragsrecht, at caching, og især proxycaching, sparer transmissionstid og penge, og at man derfor ikke kan frakende caching den selvstændige økonomisk værdi i forhold til § 44a UrhG, som er en ordret implementering af infosoc-direktivets art. 5, stk.1.⁷⁹

⁷⁶ ”Predicting Response Times for the Spotify Backend”, s. 1. Artiklen er tilgængelig på <http://www.csc.kth.se/~gkreitz/responsetimes/responsetimes.pdf> (senest tilgået den 31. juli 2015).

⁷⁷ Heine m.fl.: Internetjura, s. 397f og s. 488f.

⁷⁸ Kyst: U.2001B.305 (s. 315, note 7) og Heine m.fl.: Internetjura, s. 396f.

⁷⁹ Schack: Urheber- und Urhebervertragsrecht, s. 207.

3.6.6.2. Analyse

Selvom forfatterens betragtninger har noget for sig, mener jeg, at resultatet er tvivlsomt. For det første er en cachekopi som nævnt ikke en "normal udnyttelse", som rettighedshaveren selv ville kunne udnytte. For det andet nævner betragtning nr. 33 til infosoc-direktivet caching og skaber en vis formodning for, at cachekopier er omfattede af art. 5, stk. 1. For det tredje er betragtningerne ikke på linje med EUD's seneste praksis, som det loyalt skal anføres, at forfatterne ikke har haft mulighed for at tage højde for. I Infopaq II sagde EUD, at hvis den økonomiske fordel ved kopien først realiseres ved *brugen* af kopien, er der ikke tale om en selvstændig økonomisk værdi.⁸⁰ Den omtalte gevinst ved en stabil og hurtig tjeneste er vel i høj grad kendetegnet ved, at det netop er *brugen af cachekopierne* – det faktum, at brugerne streamer fra cachen i stedet for serverne – der udgør den økonomiske fordel. Selvom streamingtjenesterne ganske givet kan opnå en økonomisk fordel, kan denne fordel ikke adskilles fra selve *brugen af kopierne*. Ud fra EUD's hidtidige praksis, taler mest således for, at EUD i en eventuel fremtidig sag vil finde, at disse kopier er undtagne fra eneretten.

3.6.6.3. Formålet med art. 5, stk. 1

Resultatet underbygges også af formålet med art. 5, stk. 1. Formålet indgår som en del af EU-Domstolens fortolkningsmetode: Udgangspunktet er bestemmelsens ordlyd, men i tvivlstilfælde, hvor den EU-retlige lovgivning er formuleret vagt og upræcist, vil Domstolen lægge vægt på en formålsfortolkning af den konkrete regel.⁸¹ EU-Kommissionen udlægger det overordnede formål med art. 5, stk. 1 på følgende måde i det begrundede forslag til infosoc-direktivet, det såkaldte "Explanatory Memorandum":

"The purpose of Article 5(1) is to exclude from the scope of the reproduction right certain acts of reproduction which are dictated by technology, but which have no separate economic significance of their own."⁸²

Idéen med art. 5, stk. 1 må være at undtage *brugen af værker*, hvor kopien som sådan kun skabes som en del af den måde teknologien virker. En sådan brug konkurrerer ikke med den normale udnyttelse af værket i sig selv, men "faciliterer" blot *brugen af værket*. Man kan således argumentere for, at det specifikke formål med art. 5, stk. 1 er at minimere de juridiske forhindringer for lovlig brug af værker på internettet. Dette gør man ved at fraskære nogle af de flygtige eller tilfældige kopier, som er underordnede, set i forhold til den lovlige brug af værket. Hermed sikres hensynet til internettets funktionalitet.

Art. 5, stk. 1 har sandsynligvis også et vist underliggende "teknologi-venligt" formål, idet det må forventes, at nye tekniske løsninger, så længe de er lovlige og uden egentlig selvstændig økonomiske betydning, vil falde ind under art. 5, stk. 1.⁸³ Denne teknologi-venlige tilgang kan også genfindes i EUD's seneste praksis.

⁸⁰ Infopaq II, præmis 50-51.

⁸¹ Engsig Sørensen m.fl.: EU retten, s. 108.

⁸² EU-Kommissionens Explanatory Memorandum til Infosoc-direktivet, s. 29.

⁸³ Savin: EU Internet Law, s. 129.

I Public Relations og Premier League anførte EUD, at fortolkningen af art. 5, stk. 1 skal "[...]muliggøre og sikre nye teknologiers udvikling og funktion".⁸⁴ I Premier League fandt EUD frem til, at de tekniske kopier, der blev lagret i dekoderen og på tv-skærmen i pubben, ikke havde en selvstændig økonomisk værdi. Resultatet underbyggedes til dels af det teknologi-venlige formål, men også af en konsekvensbetragtning: Hvis kopierne ikke blev anset for at opfylde de i art. 5, stk. 1 fastsatte betingelser ville alle tv-seere, der benytter sig af moderne apparater, i mangel af en tilladelse fra rettighedshaverne være forhindret i at modtage udsendelser, der indeholder udsendte værker. Dette ville hæmme, eller endog lamme, en effektiv udbredelse af og et effektivt bidrag fra de nye teknologier, i strid med EU-lovgivers vilje.⁸⁵

3.6.7. Konklusion

Spørgsmålet er ikke endeligt afklaret, og der består en betydelig usikkerhed angående forståelsen af "selvstændig økonomisk værdi". Jeg mener, at de nævnte forfatteres synspunkter er blevet underkendt af EUD's seneste praksis i Infopaq II dommen. Synspunkterne stemmer heller ikke med det teknologi-venlige formål, som EUD har givet udtryk for, idet art. 5, stk. 1 skal muliggøre og sikre nye teknologiers udvikling og funktion.

Min konklusion er, at den brug af caching der sker ved streaming ikke har en selvstændig økonomisk værdi for streamingtjenesten. Det indebærer, at når en streamingtjeneste anvender en cache-kopi af et værk til at opnå en hurtigere transmission af data, er der tale om en teknisk-praktisk udnyttelse af værket, som ikke er ophavsretligt relevant. Dette må gælde uanset om streamingtjenesten kan spare omkostninger ved at bruge cachekopierne, og uanset om streamingtjenesten herigennem kan tjene penge på at udbyde en hurtigere tjeneste.

Den samlede konklusion er, at caching ved klient-server streaming som beskrevet opfylder betingelserne i art. 5, stk. 1, og dermed er undtaget fra eneretten til reproduktion. Det betyder bl.a., at caching i forbindelse med en sådan streaming ikke skal licenseres særskilt.

3.7. Andre streaming teknologier

De foregående afsnit har omhandlet klient-server baseret streaming. Jeg er under mit arbejde med afhandlingen blevet gjort opmærksom på, at der findes andre streaming teknologier. Jeg vil i det følgende foretage en ophavsretlig analyse af to andre streaming teknologier for at se om der er en forskel:

- Offline streaming (3.8) og
- Peer-to-peer streaming (3.9.)

De to teknologier anvendes af musik streamingtjenesten Spotify, og jeg har valgt analysere disse typer streaming fordi teknologien er velbeskrevet i artiklen "Spotify – Large Scale, Low Latency, P2P Music-on-Demand Streaming".⁸⁶

⁸⁴ Public Relations, præmis 24 og Premier League, præmis 164.

⁸⁵ Premier League, præmis 179.

⁸⁶ Artiklen er tilgængelig på <https://www.csc.kth.se/~gkreitz/spotify-p2p10/spotify-p2p10.pdf> (senest tilgået den 31. juli 2015).

3.8. Offline streaming

3.8.1. Teknisk beskrivelse

I de senere år har flere streamingtjenester lanceret et særligt abonnement, der indeholder en offline funktion. Med en offline funktion kan brugeren vælge, at musik, der ellers ville skulle streames, gemmes på computeren. Offline funktionen fungerer ved at brugeren opretter en spilleliste med et antal numre og aktiverer offline funktionen for spillelisten. Herefter hentes de pågældende numre ned i computerens cache og lagres der permanent. Brugeren kan herefter afspille disse numre til enhver tid uden at have adgang til internettet. Brugeren kan slå offline funktionen til og fra. Det betyder, at numrene er lagret i computerens cache, så længe brugeren har slået offline funktionen til.

3.8.2. Juridisk kvalifikation

Selvom offline funktionen udbydes af streamingtjenesterne, savnes streaming teknologiens karakteristika, idet der ikke er en konstant strøm af data, men derimod en permanent kopi i computerens cache. Offline streaming har således mere tilfælles med traditionel download. Offline funktionen falder ikke ind under art. 5, stk. 1 af flere grunde. *For det første* er cachekopierne hverken flygtige eller tilfældige. Cachekopierne slettes ikke efter et kort tidsrum, og de slettes ikke automatisk; brugeren kan selv vælge om han vil slå offline funktionen til eller fra, og sletningen afhænger således helt og holdent af brugeren. Cachekopierne er heller ikke tilfældige. Kopierne har her et selvstændigt formål udover den tekniske proces: At brugeren kan lytte til musikken offline. Dermed går kopiens formål udover den tekniske proces at streamer musik, som jo netop består i at *transmittere* data over internettet.

For det andet har cachekopierne en selvstændig økonomisk værdi for tjenesten. Offline funktionen medfører, at streamingtjenesten har et helt nyt produkt at sælge og streamingtjenesterne tager da også en højere pris for et abonnement med offline funktion. Den økonomiske fordel som streamingtjenesten opnår ved at udnytte cachekopierne kan dermed adskilles fra den økonomiske fordel, de ellers opnår ved at udbyde værket på tjenesten. Det er således en yderligere økonomisk fordel, og dermed en "selvstændig økonomisk værdi" iht. EUD's praksis, som gennemgået tidligere.

Konklusionen er, at offline streaming indebærer en eksemplar fremstilling på brugerens computer, som ikke er omfattet af art. 5, stk.1, og som derfor skal licenseres selvstændigt.

3.9. Peer-to-peer streaming

3.9.1. Teknisk beskrivelse

Nogle streamingtjenester, herunder Spotify, anvender peer-to-peer baseret streaming i stedet for klient-server baseret streaming. Peer-to-peer streaming er en metode til at transmittere data *mellem brugere*. Forskellen er, at ved klient-server streaming streamer brugeren fra tjenestens server, men ved peer-to-peer streaming streamer brugeren fra *en anden brugers (peers) cache*. Det primære formål med peer-to-peer streaming er at aflaste streamingtjenestens servere.

Det fungerer ved, at brugerne har midlertidige kopier af lydfiletne lagret i computerens cache, som beskrevet tidligere. Når en bruger vil lytte til et bestemt stykke musik og trykker play, begynder klienten at søge i netværket efter peers (andre klienter) med det relevante track i cachen. Klienten sender en forespørgsel til de peers der ser ud til at være hurtigst til at levere et track. Når en peer svarer ja på forespørgslen begynder klienten at downloade lydfilet. Lydfilet transmitteres altså direkte *fra peer til peer - fra cache til cache*.

Klienten kan vælge at downloade hele filet fra én peer eller i stedet downloade små brudstykker af filet fra forskellige peers, og så selv samle stykkerne til en lydfilet. Alt dette foregår automatisk. Klienten udfører alle handlingerne på egen hånd uden brugerens indvirkning. Teknologien indebærer, at klienten typisk downloader og uploader musik på samme tid. Sideløbende med at klienten downloader data fra peer-to-peer netværket, uploader klienten data til andre peers i netværket.

3.9.2. Juridisk kvalifikation

Peer-to-peer streaming fungerer ved, at klienterne uploader og downloader musik fra hinanden. Det er oplagt at analysere om denne upload og download af cachekopier udgør en selvstændig fremførelse og eksemplar fremstilling ifølge ophavsretsloven.

3.9.2.1. Fremførelsesretten

Man kunne argumentere for, at peer-to-peer streaming indebærer, at den samme musik stilles til rådighed to gange: *Indledningsvist* stiller tjenesten værkerne til rådighed på tjenestens platform. *Dernæst* stiller brugerne den samme musik til rådighed for andre brugere. Dette sker ved at brugeren har et "lille bibliotek" af musik i sin cache, som bliver stillet til rådighed for de andre brugere. Spørgsmålet er om dette er en *selvstændig* fremførelse eller om det hele skal anses for *én samlet fremførelse*, jf. OHL § 2, stk. 3.

Det er nok mest korrekt at se det hele som én samlet fremførelse fra streamingtjenesten til brugerne, idet brugerne ikke foretager en selvstændig fremførelse. For det første fordi brugerne ikke er bevidste omkring overføringen, for det andet fordi der ikke er et nyt publikum.

For det første er det slet ikke brugerne, der stiller filetne til rådighed. Det er en automatiseret proces, hvor klienten forbinder brugerne og transmitterer filetne fra bruger til bruger. Spørgsmålet er, om det gør nogen forskel, om det er mand eller maskine der stiller værket til rådighed? Det følger af EUD's retspraksis, at der kun er tale om overføring til almenheden, hvis den der står for det, gør det bevidst ("med fuldt kendskab til konsekvenserne af hans handlinger").⁸⁷ Brugere er, når de streamer, ikke bevidste om, at musikken deles fra deres cache eller hvornår og med hvem delingen sker.

For det andet stilles filetne ikke til rådighed for et "nyt publikum". Indenfor en streamingtjeneste er det samme publikum, der modtager musikken. Det er en betingelse for overføring til almenheden, at der er *nye modtagere* af værkerne. I Svensson dommen sagde EUD, at linking fra en webside til Göteborg-Postens webside indeholdende avisartikler, kun ville være en tilgængeliggørelse af avisartiklerne, hvis linket blev rettet mod et "nyt publikum", set i forhold til det publikum, der allerede havde adgang til avisartiklerne på Göteborg-Postens webside. Hvis der derimod var tale om det

⁸⁷ SGAE, præmis 42 og Schovsbo m.fl.: Immaterialret, s. 157f.

samme publikum som allerede havde adgang til Göteborg-Postens webside, var det ikke en overfø- ring til almenheden, da værkerne jo allerede var frit tilgængelige på denne webside. EUD fandt, at det var samme publikum, da der var fri adgang til begge websider, dvs. de potentielle brugere på begge websider udgjorde det samme publikum.⁸⁸

3.9.2.2. Eksemplarfremsstillingsretten

Betingelserne i art. 5, stk. 1 er gennemgået ovenfor. I forhold til peer-to-peer streaming kan man diskutere om den brug af cachekopier, der sker, er ”tilfældig”. Den deling af cachekopier der sker i peer-to-peer netværket har vel ikke den samme ”tilfældige” karakter eftersom musikstreamingtjenesten *bevidst* har indrettet sin tjeneste på at udnytte cachekopiering til at maksimere ydelsen på sin streamingtjeneste. Man kan sige, at peer-to-peer streaming går et skridt videre end klient-server streaming, idet peer-to-peer teknologien anvender cachekopierne *aktivt*: Teknologien etablerer et helt netværk af klienter der konstant uploader og downloader cachekopierne. Man kunne argumen- tere for, at denne *aktive* brug af cachekopierne overskrider grænsen for det som EUD kalder ”tilfæl- dig caching”.

Selvom det er en fin betragtning, har en sådan fortolkning ikke dækning i hverken forarbejder eller retspraksis. EUD’s praksis viser som nævnt, at den rigtige reference i forhold til om en kopi er ”til- fældig” er ”den tekniske proces”: Cachekopien må ikke have en selvstændig eksistens eller formål udover ”den tekniske proces”.⁸⁹ Selvom streamingtjenestens klienter anvender cachekopierne og up- og downloader dem mellem brugernes computere, har kopierne ikke som sådant en selvstændig funktion *ud over* den tekniske proces, som i dette tilfælde er peer-to-peer teknologien.

Streamingtjenesten opnår uden tvivl en væsentlig økonomisk fordel ved at anvende peer-to-peer streaming: Den tidligere nævnte undersøgelse om Spotifys streaming viste fx, at kun 8,8 % af mu- sikken streames fra Spotifys servere, mens resten streames fra peer-to-peer netværket (35,8 %) eller den lokale cache (55,4 %).⁹⁰ Omkostningerne ved at streame musikken lægges over på brugerne, som til gengæld bebyrdes med at deres cache-hukommelse fyldes med musik, og deres internetfor- bindelse anvendes til at up- og downloade musik til peer-to-peer netværket. Den økonomiske fordel er muligvis betydelig og der er tale om en mere intens brug af caching. Men hvis man overfører EUD’s retspraksis om selvstændig økonomisk værdi direkte til peer-to-peer streaming, kan man ræsonnere som følger: Den økonomiske fordel er muligvis større, men der er stadig tale om en rati- onalisering-effektiviserings gevinst, som først realiseres når kopierne *bruges* i peer-to-peer netvær- ket, og den økonomiske værdi kan derfor ikke adskilles fra selve *brugen* af cachekopierne. Jeg kan derfor ikke se, at peer-to-peer streaming adskiller sig væsentligt fra klient-server streaming set i forhold til EUD’s praksis.

3.10. Konklusion

Konklusionen er, at streaming som forventet indebærer 3 ophavsretligt relevante handlinger:

- Lagring på en server hos udbyderen

⁸⁸ Svensson, præmis 24-28.

⁸⁹ Public Relations, præmis 43.

⁹⁰ ”Spotify – Large Scale, Low Latency, P2P Music-on-Demand Streaming”, s. 7.

- Udbud på tjenesten og
- Lagring hos brugeren - caching.

Den første handling indebærer en eksemplar fremstilling af musikværk og lydoptagelse, mens den anden handling indebærer tilgængeliggørelse af samme. Hver af disse handlinger skal tillades individuelt og særskilt af de rettighedshavere til musik, som er behandlet i kapitel 2, da alle musikrettighedshaverne som nævnt har en ubetinget eneret for så vidt angår tilgængeliggørelse on demand. Lagringen hos brugeren indebærer en eksemplar fremstilling, men den vil ofte være undtaget fra eneretten, jf. OHL § 11a. Resultatet afhænger dog af hvilken type streaming der er tale om: Ved klient-server streaming og peer-to-peer streaming er kopien undtaget, mens offline streaming indebærer en eksemplar fremstilling, der skal licenseres selvstændigt.

Kapitel 4. Ulovlig streaming af musik

I det følgende vil jeg foretage en ophavsretlig analyse af en ulovlig streamingtjeneste, der stiller musik til rådighed på internettet. Ved ulovlig forstås, at rettighedshaverne ikke har givet tilladelse til brug af musikken. En ulovlig tjeneste vil indebære to krænkere af ophavsretten: Udbyderen og brugeren (4.1.), men den foretrukne reaktion fra rettighedshaverne vil ofte være at anmode om et midlertidigt forbud nedlagt mod netværksoperatøren (4.2.).

4.1. Udbyderen og brugeren

Udbyderen er den person, der uploader musikken til websiden. Der kan ikke være tvivl om, at udbyderen af en ulovlig streamingtjeneste krænker ophavsretten. Udbyderen foretager objektivt set de samme ophavsretlige handlinger som en udbyder af en lovlig streamingtjeneste: Eksemplar fremstilling og fremførelse (tilgængeliggørelse on demand), jf. ovenfor i afsnit 3.3.-3.4. Eftersom udbyderen ikke har samtykke fra rettighedshaverne vil der være tale om en krænkelse.

Det næste spørgsmål er om brugeren, der streamer musik fra en ulovlig streamingtjeneste, foretager en handling der er i strid med enerettighederne. Selve det at *lytte* til musik er ikke reguleret i ophavsretten, og fremførelse indenfor det private område falder udenfor ophavsmandens eneret, jf. OHL § 2, stk. 3 e.c. Det afgørende for, om brugeren foretager en ulovlig handling ved at streame musikken må antages at være, om der lagres et eksemplar på brugerens computer. Hvis tjenesten anvender en af de streamingteknologier, som er gennemgået ovenfor, vil der lagres en kopi i computerens cache, som ophavsretligt set udgør en eksemplar fremstilling, jf. ovenfor afsnit 3.5.2. Brugeren kan ikke henvise til, at han har ret til at fremstille kopier til personlig brug, jf. OHL § 12, da der ikke foreligger et lovligt forlæg, jf. § 11, stk. 3. Brugeren kan heller ikke undslå sig ansvar med henvisning til OHL § 11a, da kravet om lovlig brug heller ikke vil være opfyldt.⁹¹

4.2. Netværksoperatøren

En netværksoperatør er en erhvervsdrivende, typisk et teleselskab, der ejer og stiller sit netværk til rådighed for datakommunikation mellem sine kunder. Netværksoperatøren foretager videreformid-

⁹¹ Schönning: Ophavsretsloven med kommentarer, s. 238.

ling af data gennem netværket og automatiseret caching i forbindelse hermed.⁹² Efter nyere dansk retspraksis kan netværksoperatører ved fogedforbud pålægges at *blokere* for deres brugeres adgang til bestemte krænkende websider eller helt at *lukke* for en bestemt internetforbindelse.

4.2.1. E-handelsdirektivet og infosoc-direktivet

Netværksoperatører kan som udgangspunkt ikke gøres ansvarlige for den information, der transmitteres gennem deres netværk, jf. e-handelsdirektivets art. 12 og 13, der fritager for såvel straf- som erstatningsansvar.⁹³ Ansvarsfrihed efter e-handelsdirektivet afskærer imidlertid ikke de foreløbige retsmidler, herunder forbud.⁹⁴

Infosoc-direktivets art. 8, stk. 3 pålægger medlemsstaterne at sikre, at rettighedshaverne kan kræve forbud nedlagt over for mellemmand, hvis tjenester anvendes af tredjemand til krænkelse af ophavsretten. Formålet er ifølge betragtning nr. 59 til infosoc-direktivet, at mellemmand, herunder netværksoperatører, ofte er bedst i stand til at bringe sådanne krænkelse til ophør. Betingelserne for sådanne forbud skal fastsættes i den nationale lovgivning.

4.2.2. De danske regler

I Danmark har man implementeret infosoc-direktivets art. 8, stk. 3 ved at sørge for, at kravet om lovligt forlæg i OHL § 11, stk. 3 også gælder for reglen i OHL § 11a. Kravet om lovligt forlæg blev indført under behandlingen af L141 fra folketingsåret 2000-2001, dvs. før infosoc-direktivet. Kravet om lovligt forlæg betyder, at en eksemplarfremsættelse af et værk iht. en undtagelse i OHL kapitel 2 alene må finde sted på grundlag af et lovligt eksemplar eller en lovlig tilgængeliggørelse. Det fremgår af forarbejderne, at det herefter ”objektivt set” ikke vil være tilladt at fremstille eksemplarer af værker hvis der ikke foreligger et sådant lovligt forlæg.⁹⁵ Det betyder, at en netværksoperatørs transmission af ophavsretskrænkende materiale ”objektivt set” vil indebære en krænkelse, uanset at kopierne i øvrigt er omfattede af en undtagelse til ophavsretten, herunder OHL § 11a. Ved at stille krav om et lovligt forlæg sikrede lovgiver, at retsstridighedsbetingelsen er opfyldt når en netværksoperatør transmitterer ophavsretskrænkende materiale, således at det er muligt at nedlægge forbud efter de almindelige regler om fogedforbud i retsplejeloven.⁹⁶

Fogedforbud blev afskaffet i forbindelse med retsplejereformen, med virkning fra 1. juli 2013, hvor reglen om forbud blev flyttet fra retsplejelovens § 642 til § 413. Dermed flyttede man kompetencen til at nedlægge forbud fra fogedretten til domstolens retsafdeling, og et fogedforbud kaldes nu blot et ”midlertidigt forbud”.⁹⁷ Ifølge forarbejderne svarer de materielle betingelser i § 413, med enkelte sproglige ændringer, til de hidtil gældende betingelser.⁹⁸ Domme og teori angående den tidligere §

⁹² Salung Petersen: NIR.2009.21 (s. 21) og Heine m.fl.: Internetjura, s. 476.

⁹³ Salung Petersen: NIR.2009.21 (s. 21f).

⁹⁴ E-handelsdirektivets art. 12, stk. 3 og art. 13, stk. 3, Stamatoudi m.fl.: EU Copyright Law, A Commentary, s. 507f og Andersen m.fl.: Retshåndhævelse af immaterialrettigheder, s. 282.

⁹⁵ Ændringsforslag til forslag til lov om ændring af ophavsretsloven (som fremsat den 10. januar 2001), L 141 – bilag 55, bemærkningerne til nr. 1.

⁹⁶ Forslag til lov om ændring af Ophavsretsloven, L 19 (som fremsat den 2. oktober 2002), bemærkningerne til nr. 7 og Salung Petersen: NIR.2009.21 (s. 25f).

⁹⁷ Højlund Christensen: Karnovs lovsamling: Retsplejelovens § 413, note 1963.

⁹⁸ Forslag til lov om ændring af retsplejeloven m.m., L 47 (som fremsat den 1. november 2012), bemærkningerne til § 413 og Højlund Christensen: Karnovs lovsamling: Retsplejelovens § 413, note 1976.

642 er således fortsat relevant. Én af betingelserne for et forbud er retsstridighedsbetingelsen; kravet om, at rekvisitus foretager en retsstridig handling. Betingelsen er objektiv, således at der blot skal foreligge en krænkelse af rekvisitens ret i objektiv forstand, mens rekvisiti subjektive tilregnelser (uagtsomhed eller forsæt) er uden betydning.⁹⁹ I det følgende vil jeg undersøge hvilke retsstridige handlinger, der ifølge retspraksis danner grundlag for et forbud mod en netværksoperatør.

4.3. Retsspraksis om fagedforbud rettet mod netværksoperatører

Efter nyere dansk retspraksis er det muligt at få nedlagt fagedforbud mod netværksoperatører på grundlag af krænkende indhold på websider. Der er nedlagt forbud i følgende sager:

U.2006.1474H (TDC sagen)

I U.2006.1474H var et stort antal musikværker blevet gjort tilgængeligt til download fra to servere. Serverne var tilsluttet internettet via en internetforbindelse hos netværksoperatøren TDC. Ved Højesterets kendelse blev det forbudt TDC at transmittere musikværkerne fra serverne. Højesterets begrundelse var, at indehaverne af serverne havde foretaget omfattende krænkelse af ophavsretten til musikværkerne. TDC's transmission af værkerne indebar en midlertidig eksemplar fremstilling af den karakter som er omhandlet i OHL § 11a. Men da denne fremstilling ikke skete på grundlag af et lovligt forlæg, indebar transmissionen, at TDC "objektivt" krænkede ophavsretten og dermed foretog handlinger, som stred mod rekvisitens ophavsret, jf. RPL § 642, stk. 1.

Allofmp3 sagen (2006)¹⁰⁰

Sagen omhandlede websiden www.allofmp3.com, hvor indehaverne af hjemmesiden uploadede og solgte musik til digital download uden tilladelse fra rettighedshaverne. Fogedretten fulgte den samme begrundelse som Højesteret i U.2006.1474H; de midlertidige eksemplarer udgjorde en "objektiv" krænkelse og Tele 2 kunne ikke påberåbe sig OHL § 11a, da der ikke forelå et lovligt forlæg. Fogedrettens kendelse gik på et forbud for Tele2 til at "medvirke til andres tilgængeliggørelse og eksemplar fremstilling" [min fremhævelse], men dette er nok begrundet i at rekvisiten havde nedlagt påstand om medvirken.¹⁰¹

U.2010.2221H (Pirate Bay sagen)

Sagen drejede sig om den svenske webside www.thepiratebay.org, som tilbød en peer-to-peer tjeneste, hvor brugerne kunne downloade musikfiler uden rettighedshavernes samtykke. RettighedsAlliancen anmodede om nedlæggelse af fagedforbud mod netværksoperatøren Telenor. Fogedretten nedlagde forbud med den begrundelse, at netværksoperatørens transmission indebar midlertidig eksemplar fremstilling. Landsretten og Højesteret stadfæstede forbuddet, men med en anden begrundelse end fogedretten. Mens fogedretten lagde vægt på de midlertidige eksemplarer, lagde landsretten og Højesteret vægt på, at Telenor *medvirkede* til *andres* eksemplar fremstilling og tilgængeliggørelse for almenheden af værkerne ved at give sine kunder adgang til www.thepiratebay.org.

⁹⁹ Andersen m.fl.: Retshåndhævelse af immaterialrettigheder, s. 281f.

¹⁰⁰ Københavns Fogedrets kendelse af 25. oktober 2006 i sag F1-15124/2006. Vedlagt som bilag A.

¹⁰¹ Frost: Lov og Data nr. 89, 2007 (s. 24, note 7).

Grooveshark sagen (2012)¹⁰²

Den sidste dom der refereres her omhandlede websiden www.grooveshark.com, hvorfra brugerne kunne streame musik on demand uden tilladelse fra rettighedshaverne til musikken. RettighedsAlliancen anmodede fogedretten på Frederiksberg om at nedlægge fogedforbud. Dette skulle rettes mod teleselskabet 3, således at det blev forbudt selskabet at ”formidle adgang” for sine kunder til websiden. Fogedretten nedlagde fogedforbud navnlig med henvisning til, at www.grooveshark.com krænkede rekvirenternes ophavsret, og at netværksoperatørens transmission af data ”objektivt set” udgjorde en krænkelse, jf. OHL § 11, stk. 3 og § 11a, og *derudover* med henvisning til, at teleselskabet 3 medvirkede til krænkelse.

4.2.4. Analyse af dommene

Højesteret lagde i sine præmisser i TDC-sagen udtrykkeligt til grund, at forbuddet var baseret på, at der skete midlertidige eksemplar fremstillinger hos netværksoperatøren. Der var under sagen ingen tvivl om, at TDC ikke havde viden om ophavsretskrænkelserne. Højesteret henviste da også til, at netværksoperatøren ”objektivt” krænkede ophavsrettighederne, og at der kunne nedlægges forbud selvom TDC ikke havde været bekendt med krænkelse. Højesterets præmisser må nok forstås således, at operatørens gode tro ikke har betydning for retsstridighedsbetingelsen for nedlæggelse af forbud.¹⁰³ Dette er fint i tråd med forarbejderne til L141, der som nævnt sagde, at en eksemplar fremstilling uden lovligt forlæg ”objektivt set” indebærer en krænkelse. I Allofmp3 og Grooveshark sagen henviste fogedretten også til de midlertidige eksemplarer som grundlag. I den sidste dom henviste fogedretten *tillige* til, at rekviritus *medvirkede* til krænkelse ved at give sine kunder adgang til websiden, selvom rekvirenten så vidt ses ikke havde procederet på medvirken. Denne ”helgardering” fra fogedrettens side skal muligvis ses i lyset af Højesterets dom i U.2010.2221H.

I U.2010.2221H begrundede Højesteret fogedforbuddet med at netværksoperatøren *medvirkede* til krænkelse. Højesterets begrundelse skal nok ses i sammenhæng med, at rekvirenten for fogedretten havde nedlagt påstand om medvirken.¹⁰⁴ Der gælder den særlige processuelle regel i forbudssager, at parterne under kære af et nedlagt forbud er bundne af de for fogedretten nedlagte påstande, jf. retsplejelovens § 587, stk. 4, 2. pkt.¹⁰⁵ Højesteret måtte således tage stilling til den påstand om medvirken, som rekvirenten nu engang havde nedlagt i fogedretten.

Herudover præciserede Højesteret forbuddets omfang. Fogedrettens forbud (som landsretten stadfæstede), forbød rekviritus at ”medvirke til andres tilgængeliggørelse og eksemplar fremstilling via websiden”. Denne formulering kunne pege i retning af en subjektiv medvirken til krænkelse. Højesteret præciserede, at forbuddet måtte forstås som en forpligtelse for Telenor til *at undlade at medvirke* til, at deres kunder får adgang til den pågældende hjemmeside. Med denne formulering ønskede Højesteret sandsynligvis at præcisere, at der ikke var tale om en *subjektiv* medvirken til selve krænkelse. Det giver vel heller ikke meget mening at snakke om subjektiv medvirken for netværksoperatører, da en netværksoperatør som oftest vil være uvidende om, hvad kunderne foretager på netværket, herunder hvilke krænkelse. Netværksoperatørens medvirken er således en *ob-*

¹⁰² Frederiksberg Fogedrets kendelse af 20. februar 2012 i sag FS 11-18685/2011. Vedlagt som bilag B.

¹⁰³ Riis: NIR.2007.89 (s. 89).

¹⁰⁴ Frost: Lov og Data nr. 89, 2007 (s. 24, note 7).

¹⁰⁵ Kistrup m.fl.: Fogedsager, s. 646.

jektiv medvirken, *ikke* en subjektiv medvirken.¹⁰⁶ Nogle forfattere kalder dette for ”teknisk medvirken”: Rent *teknisk* medvirker netværksoperatøren til krænkelsen, idet krænkerne anvender hans netværk.¹⁰⁷

Man kan så spørge, hvorfor rekvirenten nedlagde en påstand om medvirken i Pirate Bay sagen. Rekvirentens påstand om medvirken skal nok ses i sammenhæng med faktum i sagen. I sagen var der det særlige faktum, set i forhold til TDC-sagen, at websiden www.piratebay.org udelukkende indeholdt *torrent filer*. Brugere kunne downloade torrent filen fra websiden, men en torrent fil indeholder ikke ophavsretligt beskyttet materiale, men blot en række data, som kan identificere den ønskede fil hos de andre brugere. En torrent fils funktion er at facilitere download fra bruger til bruger (peer-to-peer). Websiden indeholdt derimod ikke selve det ophavsretligt krænkende materiale (musik, film m.m.). Eftersom torrent filer ikke indeholder ophavsretligt beskyttet materiale, vil netværksoperatørens transmission af disse filer fra www.thepiratebay.org til netværksoperatørens internetbrugere ikke i sig selv indebære nogen midlertidig eksemplar fremstilling hos netværksoperatøren. Den sædvanlige begrundelse om midlertidig eksemplar fremstilling har således været under pres i sagen.¹⁰⁸

4.2.5 Konklusion

Det ophavsretlige grundlag for, at der kan nedlægges et midlertidigt forbud mod en netværksoperatør må fortsat antages at være de midlertidige eksemplarer, der fremstilles ved transmissionen i netværket. Da der ikke foreligger et lovligt forlæg, er der tale om en ”objektiv krænkelse”. At der er tale om en ”objektiv krænkelse” må forstås således, at netværksoperatøren *direkte* krænker ophavsmandens ophavsrettigheder, hvis der ikke er tale om lovligt forlæg. Der er således ikke tale om et medvirkensansvar.¹⁰⁹ Dette grundlag fraviges i U.2010.2221H, som i stedet anvender et medvirkens synspunkt, men dette skal nok ses i sammenhæng med påstanden, som igen skal ses i sammenhæng med det særlige faktum i sagen. TDC-sagens begrundelse må fortsat antages at være gældende ret, og ræsonnementet er da også fulgt (af såvel rekvirent som fogedret) i Grooveshark sagen, som er afsagt i 2012, efter U.2010.2221H. Begrundelsen om en ”objektiv krænkelse” er i tråd med forarbejderne til L141; det vil ”objektivt set” være en krænkelse at fremstille eksemplarer, hvis der ikke foreligger et lovligt forlæg.¹¹⁰

Ved ulovlig *streaming* fra en webside, kan der således nedlægges et forbud på grundlag af de midlertidige eksemplarer, jf. Grooveshark sagen: Ved streaming sker der en transmission af den ulovlige musik fra websiden til brugerne, og i denne transmission vil der skabes midlertidige eksemplarer i operatørens netværk.

¹⁰⁶ Se i samme retning Frost: Lov og Data nr. 89, 2007 (s. 24) angående Allofmp3 sagen.

¹⁰⁷ Salung Petersen: NIR.2009.21 (s. 38).

¹⁰⁸ Salung Petersen: NIR.2009.21 (s. 37f).

¹⁰⁹ Frost: Lov og Data nr. 89, 2007 (s. 24).

¹¹⁰ Ændringsforslag til forslag til lov om ændring af ophavsretsloven (som fremsat den 10. januar 2001), L 141 – bilag 55, bemærkningerne til nr. 1.

Kapitel 5. Erhvervsdrivendes brug af online streaming

Indtil videre har afhandlingen omhandlet streamingprocessen, dvs. selve den proces hvor data transmitteres fra en udbyder til brugeren. I naturlig forlængelse heraf vil jeg nu se på hvad der sker, når brugeren streamer musikken et offentligt sted, mere specifikt når en erhvervsdrivende streamer musik i sine forretningslokaler.

5.1. Fornyset offentlig fremførelse

Hvis en bruger streamer musik privat, skal brugeren ikke betale særskilt vederlag til rettighedshaverne for de musiknumre han lytter til. Den handling at lytte til musik derhjemme privat, med familie og venner, udgør ikke en offentlig fremførelse, der kræver rettighedshaverens tilladelse. Brugeren har allerede, via sit abonnement, betalt for sin del.

Men ethvert tilfælde, hvor værket *på ny* gøres tilgængeligt for offentligheden, er omfattet af ophavsmandens eneret til offentlig fremførelse.¹¹¹ Når en erhvervsdrivende, fx en restaurant, har en radio tændt i sine forretningslokaler, skal restauratøren betale afgift til Koda, selvom radiostationen allerede har betalt for at udsende værkerne i radioen. Dette er tilfældet, fordi restauratørens fremførelse anses for at være en *fornyset offentlig fremførelse*.¹¹² Det samme må gælde hvis restauratøren i stedet tegner et abonnement på en musikstreamingtjeneste, og streamer musikken i sit forretningslokale. Her skal rettighedshaverne tilsvarende have betaling i to omgange: For det første fordi streamingtjenesten stiller værket til rådighed på tjenesten. For det andet fordi restauratøren laver en fornyset offentlig fremførelse.

5.1.1. Offentlig fremførelse og overføring til almenheden

Som nævnt i kapitel 2 indeholder ophavsretsloven forskellige typer fremførelse. Herunder bl.a. den traditionelle offentlige fremførelse for et tilstedeværende publikum (også kaldt *opførelse*) jf. OHL § 2, stk. 3, nr. 3. Og det i dansk ret nyere begreb *overføring til almenheden*, jf. OHL § 2, stk. 4, nr. 1. Opførelse er ikke EU-harmoniseret, idet infosoc-direktivet alene harmoniserede retten til overføring til almenheden, ikke retten til opførelse, jf. infosoc-direktivets art. 3 e.c. Det betyder, at opførelse stadig er et nationalt begreb med en national retspraksis.¹¹³

Overføring til almenheden er derimod et EU-harmoniseret begreb, som er en oversættelse af det engelske ”communication to the public”, som EU indførte med infosoc-direktivet i 2001. Overføringsbegrebet skal således fortolkes i overensstemmelse med direktivet og den tilhørende praksis fra EUD.¹¹⁴ EU har tidligere anvendt begrebet i sin *acquis communautaire*, fx i låne- og lejedirektivet, men begrebet stammer fra WIPO’s Bernerkonvention og WCT.¹¹⁵ Overføring indeholder et *distanceelement* forstået på den måde, at transmissionen udgår fra ét sted og modtages hos publikum et andet sted.

¹¹¹ Stakemann: NIR.2007.134 (s. 136).

¹¹² Madsen: Markedsret, s. 72 og Schönning: Ophavsretsloven med kommentarer, s. 158.

¹¹³ Forslag til lov om ændring af Ophavsretsloven, L 19 (som fremsat den 2. oktober 2002), bemærkninger til nr. 3 og 4.

¹¹⁴ Forslag til lov om ændring af Ophavsretsloven, L 19 (som fremsat den 2. oktober 2002), bemærkninger til nr. 3 og 4.

¹¹⁵ EU-Kommissionens Explanatory Memorandum til infosoc-direktivet, s. 25.

Den danske lovgiver valgte i forbindelse med implementeringen af infosoc-direktivet at holde fast i begrebet offentlig fremførelse ved siden af det nye EU-retlige begreb. Det fremgår af bemærkningerne til lovforslaget, at man fandt, at det i de fleste tilfælde ikke ville spille nogen rolle, om en fremførelse omfattes af det ene eller andet begreb. Visse former for offentlig fremførelse kunne dog ikke karakteriseres som overføring til almenheden, og i så fald ville eneretten følge direkte af § 2, stk. 3, nr. 3.¹¹⁶

5.1.2. Problemstillingen

Man har indtil nu anset en restauratørs brug af musik i sin restaurant for en offentlig fremførelse (opførelse), da fremførelsen sker for et tilstedeværende publikum. I forhold til overføring til almenheden mangler der umiddelbart et distanceelement. Musikken afspilles jo det samme sted som publikum befinder sig, på restauranten. Denne fortolkning er blevet tilsidesat i nyere praksis fra EUD, der siger, at det er overføring til almenheden når en hotelejer stiller tv til rådighed på værelserne (SGAE) og en pubejer viser fodboldkampe i fjernsynet på sin pub (Premier League).

Morten Rosenmeier anfører, at det er særdeles sandsynligt, at erhvervsdrivendes streaming af musik og film fra nettet via tjenester som Spotify, TDC Play, Netflix m.m. også vil blive anset for overføring til almenheden i henhold til denne nyere praksis. Dette er interessant, da det EU retlige begreb indeholder nogle andre kriterier, som ikke altid vil føre til samme resultat som de traditionelle danske kriterier.¹¹⁷ Man kunne forestille sig tilfælde, hvor den erhvervsdrivende var forpligtet til at betale Koda-Gramex afgift efter de danske kriterier, men ikke efter EU kriterierne, og omvendt.

Dette er min indgangsvinkel til i det følgende at analysere erhvervsdrivendes streaming af musik i deres forretningslokaler. Først redegøres for begrebet offentlig fremførelse efter dansk ret (5.2.). Dernæst analyseres EUD's praksis om overføring til almenheden (5.3. og 5.4.) og det vurderes, om en erhvervsdrivendes streaming omfattes af begrebet "overføring" (5.5.). Herefter redegøres for begrebet "almenheden" (5.6.) Det vurderes, om der er en forskel på dansk retspraksis og EUD's praksis i denne henseende (5.7.), og de praktiske konsekvenser af disse forskelle vurderes, herunder vurderes retsstillingen i et konkret tilfælde – en frisørs streaming af musik i sin frisørsalon (5.8.). Afslutningsvis undersøges, om begrebet overføring til almenheden har samme betydning for ophavsmænd som for andre rettighedshavere til musik (5.9.).

5.2. "Offentlig fremførelse"

Ophavsmanden har eneret til offentlig fremførelse, men ikke fremførelse af privat karakter. Koda har ført retssager om afgrænsningen mellem offentlig fremførelse og privat fremførelse helt tilbage fra 1920'erne; og der er en righoldig praksis om brug af musik i foreninger, institutioner, arbejdspladser m.m. Det er lykkedes Koda gradvist at "udvide" begrebet offentlig fremførelse ved at vinde disse retssager.¹¹⁸ Gældende ret er, at det afgørende kriterium er, om der er personlige bånd mellem ham, der beslutter fremførelsen og publikum. Hvis der er personlige bånd, er der ikke tale om offentlig fremførelse. Man er så i stedet inde i privatsfæren. Det afgørende er, om der er personlige

¹¹⁶ Forslag til lov om ændring af Ophavsretsloven, L 19 (som fremsat den 2. oktober 2002), bemærkninger til nr. 3 og 4.

¹¹⁷ Schovsbo m.fl.: Immaterialret, s. 161.

¹¹⁸ Se Schønnings gennemgang i Komponistrettighederne 1926-2001, s. 26ff.

bånd mellem *ham der er ansvarlig* for fremførelsen og publikum, ikke ham der rent fysisk står for fremførelsen.¹¹⁹

5.3. "Overføring til almenheden"

Der kan naturligvis kun være pligt til at anvende EUD's kriterier i forbindelse med fremførsler, der har karakter af en "overføring til almenheden". Det kræver, at to betingelser er opfyldt: Det skal være en "overføring" (5.4.) og det skal være til "almenheden" (5.5.). Det er vigtigt at tage analysen i to led. Dette fremgår af Svensson dommen: Begrebet omfatter to kumulative kriterier, nemlig en "overføring" af et værk og overførslen heraf til en "almenhed".¹²⁰

5.4. EUD's praksis om "overføring"

EUD har i flere omgange udtalt, at "overføring" skal forstås i bred forstand,¹²¹ og det samme fremgår af betragtning nr. 23 til infococ-direktivet. EUD har i de senere år taget stilling til begrebet i en håndfuld domme.¹²² Det er unødvendigt at gennemgå alle dommene, da de bygger ovenpå hinanden. Jeg vil i det følgende tage udgangspunkt i den centrale dom for nærværende problemstilling, Premier League dommen fra 2011.

5.4.1. Premier League dommen

FAPL producerer og ejer tv-rettighederne til Premier League. FAPL sælger tv-rettighederne til licenshaverne område for område, således at der findes én dansk licenshaver, én britisk licenshaver, én græsk licenshaver osv. Denne geografiske opdeling af licenserne forøger indtjeningen for FAPL. Hvis en pub i Storbritannien ville vise Premier League, skulle pubben indgå et abonnement med den britiske licenshaver SKY. Britiske pubber var begyndt i stedet at anvende udenlandske dekokort for at opnå adgang til Premier League fra den græske licenshaver NOVA, som havde et billigere abonnement. FAPL anlagde nu sag mod bl.a. NOVA og de britiske pubber, hvilket endte ud i en præjudiciel forelæggelse for EUD. EUD bekræftede her, at der sker en overføring til almenheden, når en pubejer tænder for sit tv, og dermed overfører værket vha. tv og højtalere til de tilstedeværende gæster i pubben.

5.4.2. Nyt publikum

I Premier League dommen sagde EUD for det første, at en overføring til almenheden forudsætter, at værkerne overføres til et *nyt publikum*. Et *nyt publikum* er et publikum som ophavsmændene ikke havde taget i betragtning da de godkendte deres anvendelse i form af overføringen til det oprindelige publikum.¹²³ Ophavsmændene til en tv-udsendelse regner, når de giver tilladelse til udsendelse af værket i tv, kun med de direkte brugere, dvs. tv-seere som modtager programmet individuelt eller

¹¹⁹ Schovsbo m.fl.: Immaterialret, s. 155 og Schönning: Ophavsretsloven med kommentarer, s. 159.

¹²⁰ Svensson, præmis 16.

¹²¹ Premier League, præmis 186, Svensson præmis 17 og TVCatchup præmis 20.

¹²² Dommene SGAE (2005), SCF (2010), Premier League (2011), Phonographic Performance (2012), TVCatchup (2013), Svensson (2014), OSA (2014) og C More (2015).

¹²³ Premier League, præmis 197 og SGAE, præmis 40-42.

privat. Når en indehaver af en restauration tænder for tv'et udgør de tilstedeværende gæster et yderligere publikum som ophavsmændene *ikke havde taget i betragtning*.¹²⁴

I Svensson dommen var der derimod ikke tale om et *nyt publikum*. En svensk webside linkede til artikler fra Göteborg-Postens webside, men publikum på de to websider var det samme, idet alle internetbrugere i forvejen havde adgang til begge websider.¹²⁵

5.4.3. Distanceelementet

Overføring til almenheden forudsætter som nævnt et distanceelement mellem den, der overfører værket og publikum. I infosoc-direktivets betragtning nr. 23 defineres distancen sådan, at overføring sker til et publikum "som ikke befinder sig på det sted, hvorfra overføringen finder sted". Forarbejderne til ophavsretsloven fra 2002 antog, i tråd med betragtning nr. 23, at gengivelse af radio- og tv-udsendelser i butikker og restauranter ikke har det fornødne distanceelement til at være en overføring til almenheden.¹²⁶

Forarbejderne må siges at være udtryk for en naturlig forståelse af betragtning nr. 23. Hvis en restauratør tænder for et fjernsyn i sin restaurant, sker overføringen fra det samme sted, som publikum befinder sig, og der er ikke den fornødne distance. Denne fortolkning er imidlertid sidenhen blevet tilsidesat af EUD, der har lavet en bredere fortolkning af distanceelementet. Ifølge EUD var formålet med betragtning nr. 23 at præcisere, at overføring til almenheden ikke omfatter "direkte forestilling eller fremførelse", hvormed forstås, at publikum har en "fysisk og direkte kontakt" med den, der fremfører værkerne.¹²⁷

Dette indebærer, at distanceelementet i betragtning nr. 23 er opfyldt så snart der ikke er en sådan "fysisk og direkte kontakt" med publikum. Men man skulle jo mene, at der netop *er* en fysisk og direkte kontakt mellem restauratøren, der tænder fjernsynet/radioen og det tilstedeværende publikum. Og dermed burde der ikke være tale om en overføring til almenheden. Her siger EUD noget ganske overraskende: Det sted distanceelementet skal vurderes ud fra er *ikke* restauranten, hvor tv'et jo ellers er blevet tændt, men "stedet for den udsendte fremførelse". Man skal altså se på hvor udsendelsen originalt er udsendt, i dette tilfælde den tv-station hvor udsendelsen sendes fra, og så vurdere om publikum har en "fysisk og direkte" kontakt hermed. Når man anlægger denne fortolkning af distanceelementet, er det klart, at der ganske ofte vil være et distanceelement, selvom tv'et eller radioen rent fysisk befinder sig i restauranten, så længe udsendelsen originalt er udsendt et andet sted.

5.5. Vurdering om streaming udgør en "overføring"

Hvis en erhvervsdrivende streamer musik i sine forretningslokaler, vil modtagerne være et nyt publikum i forhold til det publikum, som de beskyttede værkers ophavsmænd havde taget i betragtning, da de godkendte anvendelsen på streamingtjenesten. Dette må være tilfældet fordi en streamingtjeneste i første række er tiltænkt brugerens private brug. Til illustration tillægger Spotifys slutbruger-

¹²⁴ Premier League, præmis 198-199.

¹²⁵ Svensson, præmis 24-28.

¹²⁶ Forslag til lov om ændring af Ophavsretsloven, L 19 (som fremsat den 2. oktober 2002), bemærkningerne til nr. 3 og 4.

¹²⁷ Premier League, præmis 201-202.

aftale alene brugeren en ret til at gøre ”personlig, ikke-kommerciel” brug af streamingtjenesten.¹²⁸ Det må betyde, at rettighedshaverne, når de giver tilladelse til streaming af værker, kun regner med de direkte brugere, som er de brugere, der tegner abonnement på tjenesten. De tilstedeværende kunder i en restaurant, café, butik m.m. må anses for at være et ”nyt publikum”.

Streaming bliver, ligesom en tv-udsendelse, udsendt fra et andet sted end der hvor publikum er. Premier League dommen indebærer en ret vidtgående fortolkning af distanceelementet, som medfører, at praktisk taget alle former for streaming udgør en ”overføring”, idet stedet, hvorfra streamingtjenesten udsender fremførelsen, vil være et andet sted end publikum. Der er dermed ikke længere et krav om distance mellem den erhvervsdrivende og ”publikum”, så længe der er distance mellem streamingtjeneste og publikum. Alt dette peger i retning af, at en erhvervsdrivendes streaming i sine forretningslokaler udgør en ”overføring”.

At streaming udgør en ”overføring” gør i første række den forskel, at det er EU begrebet ”overføring til almenheden” der finder anvendelse og at EUD har kompetence til at fastlægge begrebet, herunder hvad der forstås med ”almenheden”. Vurderingen skal altså håndteres efter kriterierne i EU-dommene.

5.6. ”Almenheden”

Det er ikke tilstrækkeligt, at streaming udgør en ”overføring”, da analysen som nævnt falder i to led. Andet led er at se på, om det sker til ”almenheden”. Begrebet ”almenheden” anvendes i infoc-direktivets art. 3, stk. 1 og låne- og lejedirektivets art. 8, stk. 2, men direktiverne definerer ikke begrebet; ”it is a matter for the national law to define public”.¹²⁹ På trods af dette er EUD af den opfattelse, at den har kompetence til at fastslå, hvad der forstås med almenheden. I SGAE sagen havde den østrigske regering i et indlæg gjort gældende, at det tilkommer medlemsstaterne at definere begrebet ”almenheden”, netop med henvisning til, at infoc-direktivet ikke indeholder en definition heraf. EUD sagde hertil, at det følger af kravene om ensartet anvendelse af fællesskabsretten og af lighedsprincippet, at begrebet almenheden skal undergives en selvstændig og ensartet fortolkning i hele fællesskabet. Det følger heraf, at det *alligevel* ikke tilkommer medlemsstaterne at definere begrebet!¹³⁰

Man må nok dele retspraksis om ”almenheden” op i to sektioner: Retsstillingen før SCF dommen (5.6.1.), og retsstillingen iht. SCF dommen (5.6.2.), som afviger en del fra den hidtidige praksis.

5.6.1. Retsstillingen før SCF dommen

I den nærmere definition af ”almenheden” har EUD, som kort berørt i kapitel 2, især lagt vægt på *antallet* af modtagere. Der skal for det første være tale om et ”ubestemt antal potentielle modtagere.”¹³¹ Der skal for det andet være tale om et ”betydeligt antal personer.”¹³²

¹²⁸ Spotify terms and conditions, section 4. Tilgængelig på <https://www.spotify.com/dk/legal/end-user-agreement/#s4> (senest tilgået den 1. juli 2015).

¹²⁹ EU-Kommissionens Explanatory Memorandum til infoc-direktivet, s. 25. Se også Forslag til lov om ændring af Ophavsretsloven, L 19 (som fremsat den 2. oktober 2002), bemærkningerne til nr. 3 og 4 og Dreier m.fl.: Concise on European Copyright Law, s. 361.

¹³⁰ SGAE, præmis 31.

¹³¹ SGAE præmis 37, Svensson præmis 21, OSA præmis 27.

I ”betydeligt antal personer” skal man som udgangspunkt medregne den samlede gruppe af modtagere, der har adgang til det samme værk, dvs. man skal ikke kun se på hvor mange der har *sideløbende* adgang til værket, men også hvor mange der har adgang til værket *efter hinanden*. EUD kalder dette for den ”kumulative virkning”. EUD fandt frem til dette i SGAE dommen: I vurderingen af, hvor mange mennesker, der havde adgang til tv og radio på hotelværelserne, skulle man ikke kun se på, hvor mange gæster der var til stede samtidigt, men også tage hensyn til, at der er stor udskiftning på hotelværelserne, og at der dermed hele tiden kom nye gæster til, der havde adgang til tv og radio. Det var derfor ikke relevant at vurdere ”almenheden” ud fra de gæster der var indlogeret på samme tid.¹³³ EUD har senere fulgt det samme ræsonnement i TVCatchup dommen fra 2013 og OSA dommen fra 2014.¹³⁴

I vurderingen er det ”ikke uden relevans” om den erhvervsdrivende har ”vinding for øje”, dvs. et erhvervsmæssigt sigte, men det er på den anden side ”ikke en afgørende betingelse”. Dette følger af SGAE og Premier League dommene, som fastslog, at det forhold, at indehaveren af hhv. hotellet og restauranten udførte overføringen med vinding for øje ”ikke var uden relevans” for vurderingen af, om der sker en overføring.¹³⁵ I TVCatchup sagen fra 2013 nedtonede EUD betydningen heraf: Betingelsen om ”vinding for øje” var ikke ufravigelig, og ikke afgørende for, om transmissionen kunne kvalificeres som en overføring til almenheden.¹³⁶

5.6.2. Retsstillingen iht. SCF dommen

EUD afgjorde den 15. marts 2012 to sager angående ”overføring til almenheden” iht. låne- og lejedirektivets art. 8, stk. 2. SCF sagen, der handlede om en italiensk tandlæge, der hørte radio i sin private praksis, hvor patienterne var med på en lytter. Og Phonographic Performance sagen, der handlede om et irsk hotel, der stillede radio og tv til rådighed for sine gæster på værelserne.

SCF dommen følger i nogen grad den hidtidige praksis, men afviger på flere vigtige punkter. EUD startede med, helt i tråd med hidtidig praksis at fastslå, at almenheden udgør et ubestemt antal potentielle modtagere og et betydeligt antal personer.¹³⁷ Herefter stak EUD i høj grad af fra den gældende praksis om almenheden, som jeg har omtalt ovenfor.

EUD startede med at henvise til den sædvanlige praksis om, at det ikke er ”uden relevans”, at en overføring sker med vinding for øje. Men det forhold, at en overføring sker med vinding for øje havde så meget desto mere relevans for rettighedshaverne iht. låne- og lejedirektivet *fordi* art. 8, stk. 2 var en ret af fortrinsvis *økonomisk* art¹³⁸ (art. 8, stk. 2 tildeler som nævnt udøvende kunstnere og pladeproducent en *vederlagsret*). EUD henviste dernæst til, at patienterne går til tandlæge med det ene formål at få behandling. Heraf følger, at en tandlæge ikke med rimelighed kunne forvente en stigning af patientkredsen eller at hæve sine priser på baggrund af musikken. Og heraf følger igen, at tandlægens brug af musik ikke skete for vindings skyld.¹³⁹

¹³² SGAE præmis 38, Svensson præmis 21, OSA præmis 27.

¹³³ SGAE, præmis 38-39.

¹³⁴ TVCatchup, præmis 33 og OSA, præmis 28-30.

¹³⁵ SGAE præmis 44 og Premier League, præmis 204-206.

¹³⁶ TVCatchup, præmis 42-43.

¹³⁷ SCF, præmis 84.

¹³⁸ SCF, præmis 88-89 og Phonographic Performance, præmis 36.

¹³⁹ SCF, præmis 97-99.

Den nærmere argumentation for dette var, at det var underforstået i hhv. Premier League og SGAE dommene, at offentligheden i disse sager på den ene eller anden måde var ”modtagelige” for hhv. restaurantens og hotellets kommunikation. Modsat patienter i en tandlægepraksis, der ikke var ”modtagelige” for musik fra radioen, idet de - helt tilfældigt og uafhængigt af deres ønsker - blev fanget i en situation hvor de ikke kunne undgå at høre musikken.¹⁴⁰ Det har den konsekvens, at tandlægen ikke kan forvente øgede indtægter alene på baggrund af baggrundsmusikken. I modsætning til fx en hotelejer, hvor tilbuddet om radio- og tv på værelserne havde en betydning for hotellets klasse og dermed værelsernes pris.¹⁴¹ Heraf fulgte, at tandlægen ikke havde vinding for øje, hvilket talte imod, at der var tale om en overføring til almenheden.¹⁴²

Der var heller ikke tale om et ”ubestemt antal potentielle modtagere”. Tandlægepatienter hos en tandlægeklinik består af en gruppe personer, hvis sammensætning er ”overvejende stabil”, idet andre personer ”i princippet” ikke har adgang til tandlægens ydelser.¹⁴³ I modsætning hertil sagen om det irske hotel, hvor hotelgæster udgør et ubestemt antal, da gæsternes adgang følger af hver gæsts eget valg og alene er begrænset af det pågældende hotels modtagerkapacitet.¹⁴⁴

Ydermere var der ikke tale om et ”betydeligt antal personer”. Kriteriet om et ”betydeligt antal personer” betyder, at begrebet offentligheden har en vis minimumsgrænse, hvilket udelukker en flersidig gruppe af personer, som er ”for lille eller endog ubetydelig”, fra begrebet.¹⁴⁵ Den personkreds der sideløbende opholder sig i tandlægens praksis er almindeligvis stærkt begrænset. Og endnu vigtigere: Man skulle *ikke* medregne den kumulative virkning af, at patienterne havde adgang til værkerne efter hinanden. Selvom patienterne er til stede efter tur, vil de sjældent høre de samme fonogrammer, navnlig når disse er radioudsendte. Det betyder, at man kun skal medregne de personer, der er til stede samtidigt.¹⁴⁶ Dette er stik modsat den fortolkning EUD havde lagt til grund i retspraksis før SCF dommen, hvor man som nævnt skulle medregne den kumulative virkning.

5.7. ”Almenheden” iht. EUD praksis sammenlignet med dansk retspraksis om ”offentlig fremførelse”

Som nævnt anfører Morten Rosenmeier, at det EU retlige begreb indeholder nogle kriterier, som ikke altid vil føre til det samme resultat som de traditionelle danske kriterier.¹⁴⁷ Dette er ganske givet rigtigt, men spørgsmålet er, hvilke forskelle der er tale om. Jeg vil i det følgende undersøge forholdet mellem det EU retlige begreb (SCF dommen) og den danske praksis om ”offentlig fremførelse”. Jeg vil først undersøge om SCF dommen adskiller sig fra dansk retspraksis (5.7.), og dernæst vurdere om SCF dommen ændrer gældende ret i et konkret tilfælde: En frisør, der streamer musik i sin frisørsalon (5.8.).

¹⁴⁰ SCF, præmis 91 og 98.

¹⁴¹ Phonographic Performance, præmis 44-45.

¹⁴² SCF, præmis 99.

¹⁴³ SCF, præmis 95.

¹⁴⁴ Phonographic Performance, præmis 41.

¹⁴⁵ Phonographic Performance, præmis 35.

¹⁴⁶ SCF, præmis 96.

¹⁴⁷ Schovsbo m.fl.: Immaterialret, s. 161.

SCF dommen må nok anses for at være udtryk for en mere snæver fortolkning af fremførelsesbegrebet end dansk retspraksis af navnlig to grunde: EUD's fortolkning af antallet af kunder (5.7.1.) og det kommercielle element (5.7.2.).

5.7.1. Antallet af kunder

Efter EU's praksis skal man ikke kun lægge vægt på *adgangen* til stedet, hvor fremførelsen sker (et "ubestemt antal potentielle modtagere"); der skal også være tale om et vist antal personer (et "betydeligt antal personer").

5.7.1.1. "Ubestemt antal potentielle modtagere"

Efter dansk praksis er det primære kriterium, som nævnt, det personlige bånd, men antallet af tilhørere tillægges også vægt. Ræsonnementet er, at hvis der er et stort antal tilhørere, vil der normalvis ikke være et personligt bånd. Dansk retspraksis har både lagt vægt på, hvor mange personer der *potentielt* kan få adgang, og hvor mange der *aktuelt* er til stede. Men når der er fri adgang til arrangementet, er det uden betydning, hvor mange der rent faktisk er til stede; selv om kun én eller enkelte tilhørere er til stede, er fremførelsen offentlig.¹⁴⁸ Det indebærer, at en fremførelse er offentlig, når den er tilgængelig for alle og enhver eller en større og varierende personkreds.¹⁴⁹

EU lægger også vægt på adgangen, idet publikum skal udgøre et "ubestemt antal potentielle modtagere", men i SCF dommen foretog EUD en ret snæver fortolkning heraf. De tandlægepatienter der frekventerede den samme tandlægeklinik udgjorde ikke et sådant "ubestemt antal". EUD begrundede dette med, at tandlægepatienter består af en gruppe personer, hvis sammensætning er "overvejende stabil" og at andre personer end de faste patienter "i princippet" ikke havde adgang til tandlægens ydelser.¹⁵⁰ I modsætning hertil Phonographic Performance dommen, hvor hotelgæsterne udgjorde et ubestemt antal personer, da gæsternes adgang følger af hver gæsts eget valg og alene er begrænset af det pågældende hotels modtagekapacitet.¹⁵¹

5.7.1.2. "Betydeligt antal personer"

Efter dansk praksis ser man som nævnt på det "personlige bånd". Her tillægger man ikke det konkrete antal af tilhørere afgørende vægt, så længe der er fri adgang for alle eller i hvert fald en større og varierende personkreds. Ræsonnementet må vel være, at når der er fri adgang, har offentligheden mulighed for at overvære fremførelsen og des mindre er sandsynligheden for, at de personlige bånd foreligger. EU begrebet indebærer omvendt, at "almenheden" har en vis minimumsgrænse, hvilket udelukker en flæthed af personer, som er for lille eller endog ubetydelig.¹⁵² Denne minimumsgrænse gælder tilsyneladende uanset, at der er fri adgang til arrangementet. Man skal efter EUD's praksis således altid vurdere, om der er et betydeligt antal personer til stede.

¹⁴⁸ Lund: NIR.1955.69 (s. 80), Udsen: De informationsretlige grundsætninger, s. 173 og Schönning: Ophavsretsloven med kommentarer, s. 158.

¹⁴⁹ Madsen: Markedsret del 3, s. 72.

¹⁵⁰ SCF, præmis 95.

¹⁵¹ Phonographic Performance, præmis 41.

¹⁵² SCF, præmis 86, Phonographic Performance, præmis 35 og Schovsbo m.fl.: Immaterialret, s. 157.

5.7.2. Det kommercielle element

Det kommercielle element, at fremførelsen sker med et vist erhvervmæssigt formål, er blevet tillagt vægt iht. såvel dansk som EUD's praksis.

5.7.2.1. Det kommercielle element i dansk praksis

I vurderingen af offentlig fremførelse har Højesteret i de senere år tillagt det vægt, og formentlig betydelig vægt, om den pågældende aktivitet har et erhvervmæssigt formål.¹⁵³ Det erhvervmæssige kriterium har dog navnlig været fremme i sager om foreningers brug af musik. Her har det kommercielle element været et moment i tvivlstilfælde.¹⁵⁴

Torben Lund anfører, at det er vanskeligt at forestille sig en privat fremførelse med et erhvervmæssigt motiv, men at det dog er tænkeligt.¹⁵⁵ Gunnar Karnell giver udtryk for, at der ikke kan foreligge privat fremførelse, hvis fremførelsen indeholder et erhvervmæssigt element.¹⁵⁶ Det fremgår særligt af nyere praksis, at *fraværet* af et erhvervmæssigt element kan tillægges vægt til fordel for, at fremførelsen er privat.¹⁵⁷ Dette illustreres af to domme: U.2002.649Ø (fremførelse i aerobiccenter) og U.2004.2134H (fremførelse i gymnastikforening). I den første dom var der tale om offentlig fremførelse, i sidstnævnte privat fremførelse. I begge tilfælde var der tale om musikanvendelse på aerobic-hold, og der var væsentlig lighed mellem de faktiske omstændigheder. En forskel var dog, at i U.2002.649Ø forelå et erhvervmæssigt formål (kommercielt aerobiccenter), hvilket ikke var tilfældet i U.2004.2134H.¹⁵⁸

Efter dansk praksis har det kommercielle element som nævnt navnlig været anvendt i tvivlstilfælde i sager angående foreningers brug af musik. Henrik Udsen har lavet en interessant analyse af samspillet mellem offentlighedskriteriet og erhvervskriteriet.¹⁵⁹ Hans pointe er, at erhvervskriteriet *har* betydning i afgrænsningen af begrebet ”offentlig”. Erhvervskriteriets betydning afhænger af, *overfor hvem* fremførelsen sker: I en privatsfære, i en bred, men stadig afgrænset kreds af personer, eller en helt bred og ubestemt personkreds. I det første tilfælde er der klart ikke tale om offentlig fremførelse, og i det sidste er der klart offentlig fremførelse, hvorfor erhvervskriteriet ikke har betydning. I mellemgruppen, hvor fremførelsen sker for en bred, men stadig afgrænset kreds af personer, må det antages, at erhvervskriteriet har en betydning. Ifølge Udsen vil erhvervskriteriet her spille en ikke ubetydelig rolle.

Det er muligvis på denne baggrund, at de danske domme ikke tillægger det afgørende vægt, *hvorfor* en erhvervsdrivende spiller musik i sin butik. Når indehaveren spiller musik i en butik, foreligger der offentlig fremførelse, uanset om musikken mere skyldes hensynet til indehaveren eller de ansatte, og mindre hensynet til kunderne.¹⁶⁰ Ræsonnementet må vel være, at erhvervskriteriet ikke er

¹⁵³ Udsen: De informationsretlige grundsætninger, s. 179f.

¹⁵⁴ Udsen: De informationsretlige grundsætninger, s. 179f og Stakemann: NIR.2007.134 (s. 139).

¹⁵⁵ Lund: NIR.1955.68 (s. 85).

¹⁵⁶ Karnell: NIR.1973.267 (s. 276).

¹⁵⁷ Stakemann: NIR.2007.134 (s. 140).

¹⁵⁸ Stakemann: NIR.2007.134 (s. 140).

¹⁵⁹ Udsen: De informationsretlige grundsætninger, s. 229f.

¹⁶⁰ Schønning: Ophavsretsloven med kommentarer, s. 159.

afgørende, når alle og enhver har adgang til butikken, da der så under alle omstændigheder er tale om en offentlig fremførelse.

Det EU-retlige kriterium ”vinding for øje” adskiller sig fra den danske praksis ved at lægge afgørende vægt på den erhvervsdrivendes *hensigt* med at spille musikken. Der er jo ingen tvivl om, at en tandlæge driver erhvervsdrivende virksomhed. Men efter SCF-dommen er det ikke nødvendigvis tilstrækkeligt, at en tandlæge har et kommercielt sigte med sin virksomhed som sådan, han skal tilmed have et kommercielt sigte med selve det at afspille musik; ”vinding for øje”. Dette peger i retning af en mere snæver fortolkning af fremførelsesbegrebet end den danske praksis.

5.7.2.2. Det kommercielle element iht. SCF dommen

SCF dommen indeholder særligt tre præmisser, der tilsyneladende tillægger det kommercielle element stor betydning. EUD fandt, som nævnt, frem til, at tandlægen ikke spillede musik med vinding for øje. Dette begrundes med, at en tandlæges patientkreds ikke var modtagelig for musikken: Det var tilfældigt og uafhængigt af patienternes ønsker, at de hørte musikken. Heraf fulgte, at musikken ikke havde betydning for frekventeringen af klinikken eller priserne. Og heraf sluttede EUD, at tandlægen ikke havde vinding for øje.¹⁶¹

Morten Rosenmeier vil på baggrund af de seneste domme fra EUD tillægge det afgørende betydning, om baggrundsmusikkens formål er at øge kundernes købelyst og dermed omsætningen.¹⁶² Der er ingen tvivl om, at det kommercielle element spiller en betydende rolle i EUD's afgørelse af tandlæge sagen, og at det *har* betydning, om musikken har en salg fremmende effekt. Der må dog nok udvises varsomhed med at tage præmisserne om vinding for øje ud af den sammenhæng de indgår i. Det er ikke alle SCF dommens præmisser, der kan stå alene. Dommen indeholder 29 præmisser med andre kriterier, og EUD lægger vægt på, at der skal foretages en helhedsvurdering af alle kriterierne: Kriterierne er ikke selvstændige, men indbyrdes forbundne i forhold til hinanden og kriterierne skal anvendes i forhold til deres samspil med hinanden.¹⁶³ I den konkluderende præmis nævner EUD, at resultatet fremgår af *alle* de nævnte momenter.¹⁶⁴ Det er således vanskeligt at lave en generel konklusion kun på baggrund af de tre præmisser om, at tandlægen ikke havde vinding for øje. Jeg mener under alle omstændigheder ikke, at man kan konkludere, at *dét* afgørende kriterium nu er, om den erhvervsdrivende har vinding for øje eller ej. Det er et moment, der indgår sammen med flere andre momenter.

Et interessant aspekt ved SCF dommen er, at den tillægger kundernes ”modtagelighed” for musik en vis vægt. Dette er nok nyt i forhold til dansk praksis. I dansk praksis er det afsenderens og ikke modtagerens forhold, der er afgørende for offentlighedsbegrebet, og man har så vidt ses ikke tillagt tilhørernes ”modtagelighed” vægt.¹⁶⁵ Det har været fremført som et argument for de danske domstole, om deltagerens *motiv* for at deltage i fremførelsen kan tillægges vægt. Eftersom det er underordnet hvordan et værk opleves af modtageren, må det tillige være uden betydning, hvilket motiv deltageren har for at overvære fremførelsen. Momentet er da heller ikke generelt inddraget i de dan-

¹⁶¹ SCF, præmis 97-99.

¹⁶² Schovsbo m.fl.: Immaterialret, s. 162.

¹⁶³ SCF, præmis 79 og Phonographic Performance, præmis 30.

¹⁶⁴ SCF, præmis 100.

¹⁶⁵ Schønning: Ophavsretsloven med kommentarer, s. 158 og Karnell: NIR.1977.113 (s. 126).

ske domstoles afgørelser, og må derfor anses at være uden betydning for om en fremførelse er offentlig eller ej.¹⁶⁶

5.7.3. Konklusion

SCF dommen er på nogle punkter udtryk for en mere snæver fortolkning af begrebet ”overføring til almenheden” end gældende dansk ret. Det gælder navnlig fortolkningen af ”et betydeligt antal personer”, hvor de besøgende hos en tandlæge ikke kunne anses for et sådant. Og at det kommercielle element tillægges en mere vidtgående betydning, idet det tillægges vægt, om den erhvervsdrivende har vinding for øje med selve afspilningen af musik. De momenter jeg har gennemgået ovenfor er dem, som *adskiller* sig fra den danske praksis, men det er vigtigt at pointere, at der også er flere punkter, hvor dansk og EU-retlig praksis minder om hinanden, og såvel dansk som EU-retlig praksis lægger vægt på, at afgørelsen skal og bliver foretaget ud fra en konkret vurdering af alle de tilstedeværende momenter.¹⁶⁷

5.8. En frisørs streaming af musik i frisørsalonen

Efter dansk praksis er der ingen tvivl om at en frisørs afspilning af baggrundsmusik i frisørsalonen er en offentlig fremførelse, jf. den danske frisørdom U.1999.2057V: Frisøren nægtede at betale Koda afgift under henvisning til, at musikafspilningen skete for hans egen skyld og ikke af hensyn til kunderne. Frisøren havde under sagen forklaret, at kunderne kom for at blive klippet, ikke for at høre musik, og at han havde 4-5 kunder om dagen. Byret og landsret lagde vægt på, at der var *fri adgang* til frisørsalonen indenfor åbningstiden, og at musikken således blev afspillet overfor en *ubekendt kreds af personer*. Dommen er fint i tråd med dansk praksis, hvor erhvervsdrivendes afspilning af musik i forretningslokalerne anses for en offentlig fremførelse.¹⁶⁸

Som nævnt må streaming af musik nu anses for en ”overføring”. Morten Rosenmeier anfører, at det efter EU’s praksis ikke længere er givet, at musik i frisørsaloner udgør en offentlig fremførelse. Dette er tilfældet fordi musikkens formål ikke er at øge kundernes købelyst og dermed omsætningen.¹⁶⁹ Argumentet er altså, at frisøren ikke handler med vinding for øje, idet frisøren ikke kan opnå en meromsætning ved at spille musik i sin salon. Jeg vil i det følgende undersøge, om den danske frisørdom er underkendt af EUD’s praksis i SCF dommen. Spørgsmålet er, mere præcist, om en frisørs *streaming* af musik i en frisørsalon udgør en ”overføring til almenheden”.

5.8.1. SCF dommens anvendelse på en frisørsalon

I en almindelig frisørsalon er der ganske få kunder til stede af gangen. I U.1999.2057V forklarede frisøren, at han havde 4-5 kunder om dagen. Ifølge SCF dommen skal man ikke se på, hvor mange kunder frisøren har *om dagen*, men kun se på det antal kunder, der er til stede *på samme tid*. Henset til, at antallet af tandlægepatienter ikke var tilstrækkeligt i SCF dommen, er det svært at se, at antallet af kunder i U.1999.2057V skulle udgøre et ”betydeligt antal personer”.

¹⁶⁶ Stakemann: NIR.2007.134 (s. 144).

¹⁶⁷ Stakemann: NIR.2007.134 (s. 147) og SCF, præmis 79.

¹⁶⁸ Schönning: Ophavsretsloven med kommentarer, s. 158.

¹⁶⁹ Schovsbo m.fl.: Immaterialret, s. 162.

I SCF dommen udgjorde de tandlægepatienter, der frekventerede den samme tandlægeklinik, ikke et ”ubestemt antal potentielle modtagere”. Ræsonnementet må være, at patienterne hos en tandlæge udgør et afgrænset fast klientel. Der er tale om en relativt stabil gruppe af personer, som kun kommer på klinikken, når de er accepteret som patient af den pågældende tandlæge, og bliver indkaldt til konsultation. Det er altså kun folk med tilknytning til tandlægeklinikken der besøger den. En frisør adskiller sig vel fra en tandlæge i den henseende: En frisørsalon er sædvanligvis åben for alle. Alle kan komme ind direkte fra gaden, og få en tid. Der kan være ventetid, men det ændrer ikke ved, at der er fri adgang. Der er således ikke tale om, at andre kunder ”i princippet” ikke har adgang til frisørens ydelser. Kundekredsen hos en frisør må derimod nok antages at udgøre et ”ubestemt antal potentielle modtagere”. Dette er på linje med Phonographic Performance dommen, hvorefter hotelgæster udgør et ubestemt antal, idet gæsternes adgang til hotellet følger af hver gæsts eget valg og alene er begrænset af det pågældende hotels modtagekapacitet.¹⁷⁰

Det kan også diskuteres, om det kommercielle element kan overføres 1:1 fra tandlæge dommen til en frisør. Afspilning af musik har vel *et vist* kommercielt sigte i en frisørsalon. Den gennemsnitlige frisørkunde er på et eller andet plan modtagelig overfor den baggrundsmusik, der afspilles i en frisørsalon. Det er klart, at kunderne ikke kommer for at høre musik, og musikken har nok ikke lige så stor virkning, som når fx en tøjbutik spiller de nyeste hits for at tiltrække de unge kunder. På den anden side vil de fleste kunder vel, alt andet lige, foretrække at høre musik, set i forhold til, at der er stille i salonen. Det kan muligvis få kunden til at slappe af og skabe en bedre oplevelse; det kommercielle element af musik i en frisørsalon kan nok ikke helt frakendes.

5.8.2. Konklusion

Spørgsmålet må anses for tvivlsomt, og skillelinjen mellem offentlig fremførelse kontra privat fremførelse vil altid afhænge af en konkret vurdering. SCF dommen indeholder mange præmisser, og der er både præmisser der taler for og imod, at en frisørs streaming er omfattet af begrebet overføring til almenheden. På den ene side er der i højere grad fri adgang til en frisørsalon, i modsætning til en tandlægeklinik, hvor man kun kommer hvis man i forvejen har en vis tilknytning. Og det kommercielle element kan vel ikke helt frakendes betydning i en frisørsalon. På den anden side udgør kunderne hos en frisørsalon nok ikke et betydeligt antal personer iht. SCF dommen, da man ikke skal medregne den kumulative virkning. Der skal som nævnt både være tale om et ”ubestemt antal potentielle modtagere” og et ”betydeligt antal personer”. Dette peger afgørende i retning af, at en frisørs streaming af musik ikke udgør en overføring til almenheden iht. SCF-dommen. Hvis EUD fortsat finder, at man skal lægge afgørende vægt på kriteriet om et ”betydeligt antal personer” og ikke, i tråd med U.1999.2057V lægge vægt på at der er fri adgang for alle, er det svært at forestille sig, at U.1999.2057V kan opretholdes, i hvert fald for så vidt angår en frisørs streaming af musik.

5.9. SCF dommens rækkevidde

SCF dommen vedrører som nævnt ”communication to the public” iht. låne- og lejedirektivets art. 8, stk. 2. Denne bestemmelse giver udøvende kunstnere og pladeproducenter en vederlagsret hvis en lydoptagelse, som de har rettigheder til, anvendes ved en overføring til almenheden. Denne vederlagsret er implementeret i ophavsretslovens § 68, og vederlagsretten administreres af Gramex.

¹⁷⁰ Phonographic Performance, præmis 41.

Nogle steder oversættes ”communication to the public” til ”overføring til almenheden”, andre steder ”kommunikation til offentligheden”, hvilket er forvirrende, men forvirringen angår kun den danske oversættelse. EUD har således anført, at begrebet ”communication to the public” fremgår af både låne- og lejedirektivet og infosoc-direktivet.¹⁷¹ Spørgsmålet er blot, om det betyder, at begrebet har samme betydning i de to direktiver.

Morten Rosenmeier er så vidt ses den eneste, der har behandlet spørgsmålet i den danske litteratur. Rosenmeiers konklusion er, at det *på den ene side* principielt er muligt, at musik hos tandlæger m.fl. er offentlig fremførelse i forhold til ophavsmænd (infosoc-direktivet), men ikke i forhold til udøvende kunstnere og pladeproducenter (låne- og lejedirektivet). Altså, at der er forskel på de to begreber. Rosenmeier understreger, at der er udtalelser i SCF dommen om, at man ikke nødvendigvis skal operere med samme offentlighedskriterium i relation til udøvende kunstnere (låne- og lejedirektivet) og de egentlige ophavsmænd (infosoc-direktivet).¹⁷²

På den anden side er der ifølge Rosenmeier alligevel stor sandsynlighed for, at det at spille radio i en tandlægeklinik heller ikke er overføring til almenheden efter infosoc-direktivet. Forstået på den måde, at resultatet fra SCF dommen (angående låne- og lejedirektivet) også må gælde for ”overføring til almenheden” iht. infosoc-direktivets art. 3, stk. 1. Rosenmeier bygger dette på, at EUD i SCF i høj grad henviste til de samme kriterier, som EUD tidligere har anvendt i sager om almenheden iht. infosoc-direktivet.¹⁷³

Immaterielret, 3. udgave er ajourført indtil august 2012. Den senere udvikling har vist, at Rosenmeier havde ret i sit første synspunkt. OSA dommen fra 2014 har fastslået, at overføring til almenheden *ikke* har samme betydning i de to direktiver, og at der således principielt kan være forskel på retsstillingen for ophavsmænd og pladeproducent/udøvende kunstnere.

Jeg vil i det følgende gennemgå EUD's begrundelse for dette resultat og analysere, om der er forskel på retsstillingen for ophavsmænd og pladeproducent/udøvende kunstnere.

5.9.1. Infosoc-direktivet og låne- og lejedirektivet

Spørgsmålet er mere generelt, om man kan overføre et resultat fra låne- og lejedirektivet til infosoc-direktivet. Begrebet *overføring til almenheden* genfindes i såvel infosoc-direktivet, som låne- og lejedirektivet. Infosoc-direktivet regulerer ophavsretten, mens låne- og lejedirektivet regulerer den naboretlige beskyttelse, der tillægges pladeproducenter og udøvende kunstnere. Problemet er en følge af, at det i dette tilfælde er uklart, hvordan reglerne i låne- og lejedirektivet og infosoc-direktivet spiller sammen. Da infosoc-direktivet blev vedtaget i 2001, var det nødvendigt at forholde sig til, hvordan direktivet spillede sammen med de andre EU direktiver, herunder låne- og lejedirektivet, som oprindeligt er fra 1992.¹⁷⁴ EU har sidenhen i 2006 vedtaget et nyt låne- og lejedirektiv, men den relevante bestemmelse i art. 8, stk. 2 står uændret.¹⁷⁵ EU forsøgte at løse dette i infosoc-direktivets betragtning nr. 20 ved at anføre, at bestemmelserne i infosoc-direktivet bør gælde med forbehold af bestemmelserne i de andre direktiver, med mindre andet er angivet i infosoc-

¹⁷¹ SCF, præmis 70.

¹⁷² Schovsbo m.fl.: Immaterielret, s 162 og 180.

¹⁷³ Schovsbo m.fl.: Immaterielret, s. 162.

¹⁷⁴ Europarådets direktiv 1992/100/EØF af 19. november 1992.

¹⁷⁵ Europaparlamentet og Rådets direktiv 2006/115/EF af 12. december 2006.

direktivet. Det betyder, at infosoc-direktivet som udgangspunkt lader alle tidligere direktiver stå uberørt.¹⁷⁶ EU forholdt sig derimod ikke til, om begrebet ”communication to the public” skulle have samme betydning i infosoc-direktivet som i låne- og lejedirektivet, hvilket har skabt en uklarhed. EUD har forholdt sig til dette spørgsmål i SCF dommen (5.9.2.) og OSA dommen (5.9.3.), som jeg i det følgende vil gennemgå, afsluttende med en analyse af retsstillingen (5.9.4.).

5.9.2. SCF dommen

I SCF dommen, som blev afsagt i 2012, udtalte EUD sig tvetydigt om spørgsmålet. *På den ene side* henviser EUD til kriterier fra domme angående ”almenheden” i infosoc-direktivets art. 3, og afslutter denne gennemgang med at konstatere, at det navnlig er i forhold til disse kriterier, at tandlægesagen skulle vurderes.¹⁷⁷ *På den anden side* gør EUD opmærksom på, at de to begreber ikke nødvendigvis er de samme, selvom de er enslydende. De anfører, at begreberne er anvendt i forskellige sammenhænge, og at formålene er lignende, men ikke desto mindre delvist forskellige.¹⁷⁸ I forhold til låne- og lejedirektivet skal man således foretage en ”særlig individualiseret vurdering” af begrebet og tage hensyn til, at art. 8, stk. 2 kun giver udøvende kunstnere og pladeproducenter en *vederlagsret af kompenserende art*, mens infosoc-direktivet giver ophavsmændene en præventiv ret, som gør det muligt at forbyde brug af værket.¹⁷⁹

5.9.3. OSA dommen

EUD har sidenhen udtalt sig mere klart i OSA dommen, som blev afsagt i 2014. Sagen omhandlede et tjekkisk kurbad, der havde installeret radio- og tv apparater på kurbadets værelser. Den tjekkiske kollektive forvaltningsorganisation OSA (den tjekkiske pendant til Koda) anlagde sag med henblik på, at kurbadet skulle betale vederlag til ophavsmændene. Kurbadet argumenterede for, at sagen havde samme kendetegn som en tandlæges afspilning af musik i en tandlægeklinik, og at brugen derfor var vederlagsfri, jf. SCF dommen. Hertil sagde EUD følgende:

”Det er i denne forbindelse tilstrækkeligt at bemærke, at de principper, som kan udledes af SCF-dommen, ikke er relevante i den foreliggende sag, eftersom sidstnævnte ikke vedrører den i artikel 3, stk. 1, i direktiv 2001/29 omhandlede ophavsret, men den ret af kompenserende art, som udøvende kunstnere og fonogramfremstillerne har ifølge artikel 8, stk. 2, i Rådets direktiv 92/100/EØF [...]”¹⁸⁰

Herefter afgjorde EUD sagen efter de principper, den har lagt til grund i sin praksis vedrørende infosoc-direktivet. Nu var EUD, i modsætning til i SCF, langt mere klar i spytet: De principper der gælder for låne- og lejedirektivets ”communication to the public” kan *ikke* overføres til infosoc-direktivets ”communication to the public”.

Det er bemærkelsesværdigt, at EUD er kategorisk i sin afvisning af, at principperne er relevante. Der er tale om et ret markant kursskifte i forhold til SCF-dommen, hvor EUD anvendte flere af principperne fra infosoc-direktivet, og var langt mere vag og uklar i forhold til samspillet mellem

¹⁷⁶ Stamatoudi m.fl.: EU Copyright Law, A Commentary, s. 400.

¹⁷⁷ SCF præmis 84-91 og Schovsbo m.fl.: Immaterialret, s. 162.

¹⁷⁸ SCF, præmis 74.

¹⁷⁹ SCF, præmis 75-76 og Schovsbo m.fl.: Immaterialret, s. 158.

¹⁸⁰ OSA, præmis 35.

begreberne. I SCF mente EUD således blot, at de to begreber ”ikke nødvendigvis” var de samme, men var ikke ganske afvisende overfor tanken. Dette kursskifte *kan* naturligvis være udtryk for, at EUD har fortrudt den snævre fortolkning de lagde til grund i SCF dommen, men det er nok spekulation, og spørgsmålet må klarlægges i EUD’s fremtidige domme på området.

Konklusionen er, at OSA dommen fastslog, at SCF dommens præmisser ikke finder anvendelse på infosoc-direktivets område. OSA dommen kan derimod ikke antages at underkende SCF dommen i forhold til forståelsen af låne- og lejedirektivet, da OSA vedrører infosoc-direktivet, og idet man ifølge OSA netop skal sondre mellem de to direktiver. Det peger i retning af, at overføring til almenheden ikke længere kan antages at have den samme betydning iht. infosoc-direktivet (ophavs-mænd; komponist og tekstforfatter) og låne- og lejedirektivet (pladeproducent/udøvende kunstnere). Dette er nyt i forhold til dansk praksis, hvor man ikke har sondret mellem offentlig fremførelse på Koda området (komponist/tekstforfatter) og Gramex området (pladeproducent/udøvende kunstnere). Det er jo her samme begreb, ”offentlig fremførelse”, jf. OHL § 2, stk. 3, nr. 3 og § 68, stk. 1.

5.9.4. Analyse af retsstillingen

OSA dommen har slået fast, at begrebet ikke har helt samme betydning, men hvilken materiel forskel er der så mellem overføring til almenheden i de to direktiver?

For det første skal man iht. infosoc-direktivet medregne den kumulative virkning af, hvor mange personer der har adgang efter hinanden, mens man iht. låne- og lejedirektivet skal nøjes med at se på den sideløbende adgang.

For det andet kan der også spores en vis forskel i selve antallet af personer. I Phonographic Performance sagde EUD, at et ”betydeligt antal personer” iht. låne- og lejedirektivet betyder, at begrebet almenheden har en vis minimumsgrænse, hvilket udelukker en flerhed af personer, som er for lille eller endog ubetydelig, fra begrebet. Og i SCF, at der ikke er tale om ”almenheden”, hvis sammensætningen af personer i gruppen er ”overvejende stabil”. EUD har ikke udtalt noget tilsvarende i domme vedrørende infosoc-direktivet.

For det tredje tillægges det nok ikke lige så stor betydning iht. infosoc-direktivet, om den erhvervsdrivende har vinding for øje og om kunderne er modtagelige for musikken, idet vinding for øje ”ikke er en afgørende betingelse” i vurderingen på infosoc-området.¹⁸¹ I dommene angående låne- og lejekriteriet bliver kriteriet om ”vinding for øje” og kundernes modtagelighed tillagt større betydning, bl.a. som følge af, at der er tale om en vederlagsret, som har en økonomisk natur.¹⁸²

Retsstillingen efter OSA dommen er, at man kan ende i den mærkværdige situation, at musik hos en erhvervsdrivende, som har et meget lille antal kunder til stede i sine forretningslokaler på samme tid, og hvis kunder ikke kan anses for ”modtagelige” for musikken, udgør en overføring til almenheden iht. infosoc-direktivet, men ikke iht. låne- og lejedirektivet med den følge, at det kun er ophavsmændene (komponist og tekstforfatter), der har ret til vederlag for brug af musikken. Dette er en bemærkelsesværdig retsstilling, som kan føre til vanskelige sondringer i praksis. Konsekvensen kan i sidste ende blive, at der skal betales Koda-afgift, men ikke Gramex-afgift for den samme af-

¹⁸¹ SGAE præmis 44, Premier League, præmis 204-206 og TVCatchup, præmis 42-43.

¹⁸² SCF, præmis 88-89.

spilning af musik. Selvom det er bemærkelsesværdigt, er det ikke desto mindre gældende ret (i hvert fald indtil EUD afsiger en ny dom på området).

5.10. Konklusion

Nyere praksis fra EUD peger i retning af, at erhvervsdrivendes streaming af musik i fremtiden vil blive anset for en "overføring", idet der er et nyt publikum og distanceelementet er opfyldt. Om det så vil udgøre en overføring til "almenheden" afhænger af en konkret vurdering. SCF dommen indebærer en mere snæver fortolkning af "almenheden", end den danske praksis om offentlig fremførelse. Der er således meget der taler for, at en frisørs streaming af musik i en frisørsalon ikke vil blive anset for en overføring til almenheden. OSA dommen viste, at SCF dommen kun gælder på låne- og lejeditivets område. Dette indebærer, at man skal anvende andre kriterier på infosoc-direktivets område, og at resultatet ikke nødvendigvis vil være det samme.

6. Konklusion

I den første del af specialet fandt jeg ud af, at den transmission af data, som streaming udgør, indebærer tre ophavsretligt relevante handlinger: Lagring på en server, udbud på tjenesten og lagring hos brugeren (*caching*). De to første handlinger skal tillades individuelt og særskilt af de pågældende rettighedshavere.

Analysen af *caching* viste, at *caching* udgør en eksemplar fremstilling, men som oftest vil være omfattet af undtagelsen i infosoc-direktivets art. 5, stk. 1. Resultatet afhænger dog af hvilken type streaming der er tale om. *Caching* ifbm. klient-server baseret streaming og peer-to-peer streaming må antages at være undtaget iht. art. 5, stk. 1, mens offline streaming ikke er omfattet af art. 5, stk. 1. Offline streaming skal således licenseres selvstændigt.

Analysen af art. 5, stk. 1 viste, at især betingelsen om selvstændig økonomisk værdi er uklar og svær at anvende. En uklarhed er, om økonomisk værdi skal forstås strikt ud fra rettighedshavers forhold eller i en bredere forstand, således at andre interessenters økonomiske værdi også er omfattet. Der er argumenter for begge løsninger, men det kan ikke afvises, at begrebet skal forstås i en bredere forstand. En endelig afklaring heraf kræver, at EUD tager stilling.

Art. 5, stk. 1 er en regel med kumulative betingelser, hvoraf én af betingelserne "selvstændig økonomisk værdi" er uklar. Den brede ordlyd og de manglende klare forarbejder giver EUD et bredt spillerum til at udfylde begrebet. EUD har de senere år fortolket på betingelserne, men der er stadig en vis usikkerhed, hvilket ikke medvirker til forudsigelighed i retsstillingen. Art. 5, stk. 1 har således den praktiske konsekvens at åbne op for konflikter og retssager om, hvorvidt en kopi har en sådan økonomisk værdi.¹⁸³ Dette kan især tænkes i forbindelse med transmissioner på internettet, hvor der skabes et stort antal midlertidige kopier.

Hvad angår *ulovlig streaming* har rettighedshaveren mulighed for at nedlægge et midlertidigt forbud mod den netværksoperatør, hvor den ulovlige streamingtjeneste er kunde. En gennemgang af retspraksis viste, at det ophavsretlige grundlag for, at der kan nedlægges forbud er *de midlertidige eksemplarer* der opstår i netværksoperatørens transmission. Disse kopier er ikke undtaget iht. art. 5,

¹⁸³ Westkamp: George Washington International Law Review 2004 (s. 1097).

stk. 1 pga. det danske krav om lovligt forlæg. U.2010.2221H lægger i stedet vægt på, at netværksoperatøren medvirker til de ulovlige handlinger, men det må antages at skyldes de konkrete omstændigheder i sagen. Ved *ulovlig streaming* kan der nedlægges forbud på grundlag af de midlertidige eksemplarer. Dette er tilfældet fordi den ulovlige musik transmitteres gennem netværksoperatørens netværk, hvorved der skabes midlertidige eksemplarer i netværksoperatørens netværk.

Når en *erhvervsdrivende* streamer musik i sine forretningslokaler vil det, med stor sandsynlighed, være en "overføring til almenheden" iht. nyere praksis fra EUD, idet der er et nyt publikum, og distanceelementet er opfyldt. EUD's praksis er i visse henseender udtryk for en mere snæver fortolkning af fremførelsesbegrebet end den danske praksis om offentlig fremførelse. Dette gælder dog især på låne- og lejeditivets område. Selvom låne- og lejeditivet og infosoc-direktivet indeholder det samme begreb, "overføring til almenheden", kan man ikke anvende de samme principper i vurderingen, jf. OSA-dommen. Dette indebærer den retsstilling, at en afspilning af musik kan tænkes at udgøre en overføring til almenheden iht. ét af direktiverne, men ikke det andet. En afspilning af musik, der er fæstet på en plade eller anden indspilning, vil udløse såvel ophavsretten (infosoc-direktivet) som de udøvende kunstnere/pladeproducenters vederlagsret (låne- og lejeditivet), men vurderingen for de to kategorier er delvist forskellig. Forskellene på de to direktiver består navnlig i antallet af tilhørere og betydningen af det kommercielle element.

7. Litteraturliste

Bøger

- Andersen*, Mads Bryde: IT-retten, 2. udgave, Gads Forlag, København, 2005.
- Andersen*, Niels M., *Carlquist*, Arly og *Rubinstein*, Anders: Retshåndhævelse af immaterialrettigheder, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København, 2006.
- Aplin*, Tanya og *Davis*, Jennifer: Intellectual Property Law, 2. udgave, Oxford University Press, Oxford, 2013.
- Dreier*, Thomas og *Hugenholtz*, P. Bernt: Concise on European Copyright Law, Kluwer Law International, 2006.
- Heine*, Kasper, *von Haller Grønbaek*, Martin og *Trzaskowski*, Jan: Internetjura, 2. udgave, Thomson, København, 2002.
- Karapapa*, Stavroula: Privat Copying, Routledge, Abingdon, 2012.
- Kistrup*, Michael, *Møgelvang-Hansen*, Peter og *Lindencrone Petersen*, Lars: Fogedsager, 4. udgave, Thomson Reuters, København, 2009.
- Kohn Al og Kohn*, Bob: Kohn on music licensing, 4. udgave, Wolters Kluwer Law & Business, Alphen aan den Rijn, 2010.
- Madsen*, Palle Bo: Markedsret del 3, 5. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København, 2008.
- Savin*, Andrej: EU Internet Law, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2013.
- Schack*, Haimo: Urheber- und Urhebervertragsrecht, 5. udgave, Mohr Siebeck, Tübingen, 2010.
- Schovsbo*, Jens og *Rosenmeier*, Morten: Immaterialret, 3. udgave, under medvirken af Clement Salung Petersen, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København, 2013.
- Schricker*, Gerhard: Urheberrecht Kommentar, 3. udgave, Forlaget C.H. Beck, München, 2006.
- Schønning*, Peter: Komponistrettighederne 1926-2001, Forlaget Thomson, København, 2001.

Schønning, Peter: Ophavsretsloven med kommentarer, 5. udgave, Karnov Group Denmark, København, 2011.

Seville, Catherine: EU Intellectual Property Law and Policy, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2009.

Stamatoudi, Irini og Torremans, Paul: EU Copyright Law A Commentary, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2014.

Sørensen, Karsten Engsig, Nielsen, Poul Runge, Hartig Danielsen, Jens: EU retten, 6. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København 2014.

Trzaskowski, Jan, Deichmann, Hanne Kirk, Jakobsen, Søren Sandfeld, Karstoft, Susanne, Langsted, Lars Bo, Riis, Thomas og Tranberg, Charlotte Bagger: Internetretten, 2. udgave, Ex Tuto Publishing, København, 2012.

Udsen, Henrik: De informationsretlige grundsætninger, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København, 2009.

Artikler

Bing, Jon: Strømning av åndsverk. Noen opphavsrettslige aspekter ved en tenkt maskin: NIR.2008.191.

Frost, Kim: Piratebay: ny dansk kendelse om fagedforbud mod Internet-udbydere: Lov & Data nr. 94, juni 2008.

Frost, Kim: TDC og Allofmp3: to nye kendelser om fagedforbud mod Internet-udbydere i dansk ret: Lov og Data nr. 89, april 2007.

Günther, Petteri: Harmonising Collective Rights Management and Multi-Territorial Licensing of Music for Online Use in the European Union: NIR.2015.150.

Hart, Michael: Infosoc – an overview: E.I.P.R. 2002, 24(2), 58-64

Hart, Michael: The legality of internet browsing in the digital age: E.I.P.R. 2014, 36(10), 630-639

Hugenholtz, P. Bernt: Caching and copyright: the right of temporary copying: E.I.P.R. 2000, 22(10), 482-493.

Karnell, Gunnar: Upphovsrättslig offentlighet och framföranderätt: NIR.1973.267

Kyst, Martin: Direktivet om ophavsret i informationssamfundet: U.2001B.305.

Lund, Astri M. Lund: Begrebet "offentlig fremførelse" i nordisk ophavsrett i lys av den internasjonale og europeiske utvikling i de siste år: NIR.2001.604.

Lund, Torben: Grænsen mellem "offentlig" og "privat": NIR.1955.68.

Riis, Thomas: Ulovlig transmission af musikværker på internettet. Kommentar til Højesterets kendelse af 10. februar 2006: NIR.2007.89.

Salung Petersen, Clement: Netværksoperatørernes rolle i bekæmpelsen af ophavsretskrænkelser på internettet: NIR.2009.21.

Sandfeld Jakobsen, Søren og Salung Petersen, Clement: Injunctions against Mere Conduit of Information Protected by Copyright – A Scandinavian Perspective: International Review of Intellectual Property and ~~1800~~ petition Law, IIC 2/2011 (s. 151)

Schønning, Peter: Lovlige kopier af ulovlige eksemplarer? U.2000B.499.

Schønning, Peter: Lovligheden af links på internettet efter Svensson/Retriever dommen: U.2014B.417.

Stakemann, Helle: Offentlighedsbegrebet i forbindelse med fremførelse af ophavsretligt beskyttede musikværker i foreninger og på arbejdspladser: NIR.2007.134.

Westkamp, Guido: Transient copying and public communications: The creeping evolution of use and access rights in European Copyright Law: 36 George Washington International Law Review 1057 2004.

Domsliste

C More: Sag C-279/13

Frederiksberg Fogedrets kendelse af 20. februar 2012 i sag FS 11-18685/2011

Infopaq I: Sag C-5/08

Infopaq II: Sag C-302/10

Københavns Fogedrets kendelse af 25. oktober 2006 i sag F1-15124/2006

OSA: Sag C-351/12

Phonographic Performance: Sag C-162/10

Premier League: De forenede sager C-403/08 og C-429/08

Public Relations: Sag C-360/13

SCF: Sag C-135/10

SGAE: Sag C-306/05

Supreme Court of the United Kingdoms dom af 17. april 2013 i Public Relations Consultants Association Limited v. The Newspaper Licensing Agency Limited and others.

Svensson: Sag C-466/12

TVCatchup: Sag C-607/11

U.2002.649Ø

U.2004.2134H

U.2006.1474H

U.2010.2221H

Øvrigt materiale

Hugenholtz, P. Bernt m.fl.: Study on the Implementation of Directive 2001/29/EC on Copyright and Related Rights in the Information Society, tilgængelig på EU Kommissionens hjemmeside: http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/studies/infosoc-study_en.pdf (senest tilgået den 1. juli 2015)

Triaille, Jean-Paul m.fl.: Study on the Application of Directive 2001/29/EC on Copyright and Related Rights in the Information Society, tilgængelig på EU kommissionens hjemmeside: http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/studies/131216_study_en.pdf (senest tilgået den 1. juli 2015)

EU-Kommissionens Explanatory Memorandum til Infosoc-direktivet: "European Commission Explanatory Memorandum to the Proposal for European Parliament and Council on the harmonization of certain aspects of copyright and related rights in the Information Society, 10 December 1997, COM(97) 628 Final."

IFPI Danmark: Musikselskaber 2014 – tal og perspektiver. Tilgængelig på <http://www.ifpi.dk/publikationer/Musikselskaber2014.pdf> (senest tilgået den 12. juli 2015).

RettighedsAlliancen: Piratguiden – en guide til det digitale marked. Tilgængelig på <http://www.rettighedsalliancen.dk/wp-content/uploads/2015/02/Piratguiden-pr.1.9.2014.pdf> (senest tilgået den 12. juli 2015).

8. Bilag

Bilag A: Københavns Fogedrets kendelse af 25. oktober 2006 i sag F1-15124/2006.

Bilag B: Frederiksberg Fogedrets kendelse af 20. februar 2012 i sag FS 11-18685/2011.