



Specialeafhandling:

Det danske aftalelicenssystem i et menneskeretligt, folkeretligt og EU-retligt perspektiv

Fagområde: Immaterialret
Problemformulering: Hvad karakteriserer det danske aftalelicenssystem, hvilke fordele og retlige udfordringer knytter sig til dets anvendelse i praksis, og i hvilket omfang er systemet foreneligt med menneskeretten, folkeretten og EU-retten?

Navn	KU-brugernavn
Jakob Djurhuus Ipsen	Sxm111

Vejleder: Morten Rosenmeier	Antal tegn: 138.495
------------------------------------	----------------------------

Må benyttes på Det Kongelige Bibliotek (sæt kryds).	
Må ikke benyttes på Det Kongelige Bibliotek (sæt kryds).	X

Studerende på Cand. soc i jura (sæt kryds)	
Studerende på Cand. jur (sæt kryds)	X

Afleveringsdato: 02.06.2025	Karakter: 12
------------------------------------	---------------------

Abstract (Antal tegn eks. mellemrum: 2.319)

With the rapid rise of digital technologies and the increasing mass use of copyrighted works, the need for efficient and legally sustainable rights clearance has become more urgent. The Danish extended collective license system (ECL) is often viewed as a pragmatic response to this challenge. Though widely praised, the system's stable reputation may obscure important legal complexities and unresolved tensions. This thesis explores whether its perceived reliability holds up under closer analysis.

The present thesis aims to define the characteristics of the Danish ECL system, identify the advantages and legal challenges of its practical application, and assess the system's compatibility with human rights law, international law, and EU law.

To address these questions, the analysis begins with an introduction to the foundations of copyright law and the role of collective rights management. This includes an overview of how collective management organizations operate and why they are essential to the ECL model. It then examines the historical development and legal framework of the Danish ECL system, tracing its roots to Svante Bergström's ideas and analyzing its distinctive features and regulatory structure. Subsequently, the thesis analyses the practical strengths and weaknesses of the model, noting that while the benefits, such as legal certainty, efficient licensing, and equal treatment, generally outweigh the drawbacks, the system relies on structural and cultural conditions that may limit its broader applicability. The final chapters assess its compatibility with international and supranational legal standards, beginning with Article 11 of the European Convention on Human Rights and the extent to which the ECL model may interfere with the negative freedom of association. The analysis then turns to the Berne Convention, focusing on Article 9(1) on the exclusive right of reproduction, Article 5(2) on the prohibition of formalities, and Article 9(2), which sets out the three-step test for permissible limitations and exceptions. Finally, the analysis considers whether Article 12 of the DSM Directive is properly implemented in Danish law.

The legal assessment finds that although the ECL model may align with these standards, its legitimacy depends on strong procedural safeguards, legal proportionality, and ongoing rights-based oversight.

The thesis concludes that while the Danish ECL system is a functionally effective and widely accepted solution, and currently compatible with human rights law, international law, and EU law,

its long-term legitimacy depends on continued attention to legal clarity, institutional accountability, and fulfilment of key procedural safeguards.

Indhold

DEL 1: INTRODUKTION	8
1.1 Indledning.....	8
1.2 Problemformulering	9
1.3 Emneafgrænsning	9
1.4 Metode.....	10
1.5 Afhandlingens struktur.....	12
DEL 2: KOLLEKTIV FORVALTNING AF OPHAVSRETTIGHEDER	14
2.1 Ophavsrettens grundtræk	14
2.2 Kollektiv forvaltning af ophavsrettigheder.....	15
2.3 Hvorfor forvalte rettigheder kollektivt	15
2.4 Kollektive forvaltningsorganisationer.....	16
2.4.1 Historisk.....	16
2.4.2 Fra praksis til lov	17
2.5 Juridiske grundlag for kollektiv rettighedsforvaltning	18
DEL 3: DET DANSKE AFTALELICENSSYSTEM	20
3.1 Introduktion til aftalelicens	20
3.2 Aftalelicens i et historisk perspektiv.....	21
3.2.1 Analyse af Bergströms ”Program för upphovsrätten”.....	21
3.3 Implementeringen af aftalelicenssystemet	25
3.4 Aftalelicens i den danske ophavsretslov	26
3.4.1 Ophavsretslovens § 50.....	26
Retssikkerhedsmæssige garantier for uorganiserede rettighedshavere	33
3.5 Delkonklusion	35

DEL 4: FORDELE OG ULEMPER VED AFTALELICENSSYSTEMET	36
4.1 Fordelene ved aftalelicenssystemet	36
4.2 Ulemperne ved aftalelicenssystemet	38
4.3 Konkret afvejning af fordele og ulemper	41
4.4 Generel udfordring for aftalelicenssystemet.....	41
4.5 Delkonklusion	44
DEL 5: AFTALELICENSSYSTEMET I LYSET AF MENNESKERETTEN.....	45
5.1 EMRK artikel 11 og negativ foreningsfrihed	45
5.2 Finder artikel 11 anvendelse på kollektive forvaltningsorganisationer	47
5.3 Udgør det danske aftalelicenssystem et indgreb i den negative foreningsfrihed?	48
5.4 Kan indgrebet retfærdiggøres efter EMRK art. 11, stk. 2	49
5.4.1 Hjemmelskravet.....	49
5.4.2 Legitimt formål.....	49
5.4.3 Nødvendighed og proportionalitetskravet	51
5.5 Delkonklusion	53
DEL 6: AFTALELICENSSYSTEMET I LYSET AF FOLKERETTEN	54
6.1 Bernerkonventionen.....	54
6.2 Artikel 5, stk. 2 – formalitetskravet	55
6.2.1 Udgør opt-out en formalitet.....	56
6.3 Artikel 9, stk. 1 – eksklusivitet	60
6.3.1 Udgør aftalelicenssystemet en indgreb i eksklusiviteten.....	60
6.4 Udgør aftalelicenssystemet en indskrænkning eller undtagelse?.....	61
6.5 Artikel 9, stk. 2 – Tretrinstesten	63
6.5.1 Tretrinstestens anvendelse på aftalelicenssystemet.....	64
6.6 Delkonklusion	67

DEL 7: AFTALELICENSSYSTEMET I LYSET AF EU-RETTE	68
7.1 Perioden før vedtagelsen af DSM-direktivet	68
7.2 DSM-direktivet	70
7.3 DSM-direktivets artikel 12	72
7.4 Fortolkning af artikel 12: Overordnede krav til nationale aftalelicensordninger	75
7.5 Danske aftalelicenssystems forenelighed med DSM-direktivets artikel 12	79
7.5.1 Grundlæggende bemærkning til forenelighed	79
7.5.2 Analyse af aftalelicenssystemets forenelighed	79
7.6 Delkonklusion	88
DEL 8: KONKLUSION	89
DEL 8: LITTERATURLISTE	91

Del 1: Introduktion

1.1 Indledning

I takt med digitaliseringens hastige udvikling og den stigende masseanvendelse af ophavsretligt beskyttet materiale er behovet for effektive og retligt holdbare løsninger til rettighedsklarering blevet mere og mere nødvendige. Det danske aftalelicenssystem, som siden begyndelsen af 1960'erne har været anvendt til kollektiv forvaltning af ophavsrettigheder, fremhæves ofte som et pragmatisk svar herpå. Systemet er kendetegnet ved, at en kollektiv aftale mellem en forvaltningsorganisation og en bruger tillægges bindende virkning også for rettighedshavere, der ikke er medlemmer af organisationen (herefter uorganiserede rettighedshavere).

Aftalelicenssystemets appel rækker dog ud over dets praktiske effektivitet. Det bygger på en ideologisk balance mellem statslig regulering og individuel autonomi. I modsætning til tvangslicenser bevarer rettighedshaveren kontrollen over sine værker. Systemet forener således tvangslicensens effektivitet med respekt for rettighedshaverens eksklusivitet. Som beskrevet af Jane Ginsburg lader aftalelicenssystemet rettighedshavere "holde hænderne på rattet, også på informationsmotorvejen." I den forbindelse sammenligner Thomas Riis og Jens Schovsbo systemet med en Volvo: en tryk og stilfuld køreoplevelse, men stiller spørgsmålet, om den i realiteten er en "Lemon": funktionsdygtig ved første øjekast, men mangelfuld under pres. Dette spændingsfelt mellem effektivitet, kontrol og retssikkerhed er centralt for vurderingen af systemets retlige og praktiske bæredygtighed.¹

Med tiden har der især blandt lovgivere udviklet sig en udbredt opfattelse af, at aftalelicens er uproblematisk i forhold til internationale normer. Ifølge professor Rognstad har denne "feel-good"-stemning nået et niveau, hvor det nærmest er blevet et mantra i nordisk ophavsretslovgivning, at aftalelicenser pr. definition er gode og forenelige med gældende undtagelsesregler. Ikke alle deler dog denne optimisme. Gunnar Karnell har således omtalt systemet som "a real Nordic smorgasbord of problems", hvilket peger på, at dets retlige implikationer og praktiske kompleksitet ikke nødvendigvis er så ukontroversielle, som det ofte fremstilles.²

¹ Riis og Schovsbo, "Extended Collective Licenses and the Nordic Experience - It's a Hybrid but Is It a Volvo or a Lemon?", 2.

² Riis og Schovsbo, 11.

Systemets anerkendte effektivitet kan bidrage til en oplevelse af uproblematiskhed. Det bør dog overvejes, om fraværet af kritik i højere grad skyldes en strukturel tilbageholdenhed med at udfordre et veletableret system, hvor betydelige økonomiske interesser, især hos de kollektive forvaltningsorganisationer, kan have præget og begrænset den retspolitiske debat. Spørgsmålet er derfor, om aftalelicensen, trods sit image som en pålidelig “Volvo”, i virkeligheden har karakter af en “Lemon”.

1.2 Problemformulering

Hvad karakteriserer det danske aftalelicenssystem, hvilke fordele og retlige udfordringer knytter sig til dets anvendelse i praksis, og i hvilket omfang er systemet foreneligt med menneskeretten, folkeretten og EU-retten?

1.3 Emneafgrænsning

Denne afhandling afgrænses til en analyse af det danske aftalelicenssystem inden for ophavsrettens område og dets forhold til udvalgte internationale og EU-retligt regulerede rammer. Fokus er på den kollektive forvaltning gennem godkendte forvaltningsorganisationer og deres ret til at indgå aftaler med virkning for både organiserede og uorganiserede rettighedshavere.

Afhandlingen afgrænses geografisk og retligt til det danske aftalelicenssystem og dets funktion i dansk ret. Komparative analyser inddrages kun, hvor de bidrager til forståelsen af den danske model eller relevante internationale forpligtelser. Afhandlingen rummer dog enkelte perspektiverende bemærkninger til de udfordringer, en overførsel af modellen kan medføre i retssystemer uden tilsvarende tradition.

Afhandlingen omfatter alene en analyse af systemets forenelighed med udvalgte retskilder: Den Europæiske Menneskerettighedskonvention³ (EMRK), vedrørende menneskeretten,

³ Den Europæiske Menneskerettighedskonvention af 4. november 1950 (herefter EMRK)

Bernerkonventionen⁴ (BKV) vedrørende folkeretten og til sidst EU-rettens DSM-direktiv⁵ (DSMD). Andre internationale konventioner og EU-retsakter behandles kun i det omfang, de er af direkte betydning for forståelsen af de nævnte retskilder. Afgrænsningen medfører, at analysen udelukkende omfatter specifikt udvalgte bestemmelser fra de tre nævnte kilder: EMRK art. 11, BKV art. 5, stk. 2, art. 9, stk. 1 og art. 9, stk. 2 samt DSMD art. 12.

Endvidere beskæftiger afhandlingen sig ikke med konkrete anvendelsesområder for de enkelte aftalelicensbestemmelser i OPHL, men fokuserer på de overordnede principper og retsgarantier i systemet som helhed.

Afhandlingen indeholder således ikke en udtømmende gennemgang af hele den internationale og EU-retlige regulering, men alene en målrettet analyse af udvalgte bestemmelser, der vurderes mest relevante for aftalelicenssystemets retlige legitimitet.

1.4 Metode

Afhandlingen anvender den retsdogmatiske metode til at besvare problemformuleringen. Metoden har til formål at fastlægge gældende ret (de lege lata) gennem en systematisk, metodisk og transparent fremgangsmåde.⁶ Først identificeres de relevante retskilder, hvorefter disse analyseres og fortolkes, så det kan udledes hvad gældende ret er på området.⁷

Til besvarelsen af problemformuleringen anvendes de retskilder, der traditionelt anses som relevante inden for den retsdogmatiske metode, herunder lovgivning, forarbejder, juridisk litteratur og retspraksis.⁸

⁴ Bernerkonventionen om beskyttelse af litterære og kunstneriske værker af 9. september 1886, senest revideret i Paris den 24. juli 1971 og ændret den 28. september 1979 (Herefter BKV).

⁵ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv (EU) 2019/790 af 17. april 2019 om ophavsret og beslægtede rettigheder på det digitale indre marked og om ændring af direktiv 96/9/EF og 2001/29/EF (herefter DSMD).

⁶ Munk-Hansen Carsten og Munk-Hansen Carsten, *Retsvidenskabsteori.*, 204.

⁷ Blume Peter, *Retssystemet og juridisk metode.*, 32–33.

⁸ Blume Peter, 183–202.

Eftersom nærværende afhandling har til formål at analysere det danske aftalelicenssystem med fokus på dets forenelighed med menneskeretten, folkeretten og EU-retten, inddrages de relevante retskilder i nationale og internationale/supranationale.

På nationalt niveau udgør Ophavsretsloven⁹ den primære retskilde, særligt §§ 50-52 om aftalelicens, suppleret af de specifikke bestemmelser, hvor aftalelicens anvendes. Endvidere inddrages Lov om kollektiv forvaltning af ophavsret¹⁰. For forståelsen og fortolkningen af disse bestemmelser inddrages relevante forarbejder og juridisk litteratur. Især lovforarbejderne til OPHL inddrages, da disse afspejler lovgivers hensigt med reglerne og de bagvedliggende hensyn.¹¹

På menneskeretligt niveau analyseres EMRK, med fokus på artikel 11 om foreningsfrihed, herunder den negative foreningsfrihed. Fortolkningen af bestemmelsen sker med støtte i relevant retspraksis fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol (EMD) og juridisk litteratur.

På folkeretligt niveau udgør BKV den relevante retskilde. Afhandlingen fokuserer på artikel 5, stk. 2 om formalitetsforbuddet, artikel 9, stk. 1 om eksklusivitet og artikel 9, stk. 2, som indeholder den såkaldte tretrinstest. Fortolkningen af disse bestemmelser sker med udgangspunkt i juridisk litteratur og WIPO's kommentarer til konventionen.

På EU-retligt niveau analyseres artikel 12 i DSM-direktivet, som vedrører nationale aftalelicenssystemer. Herudover inddrages direktiv 2014/26/EU om kollektiv forvaltning af ophavsret og beslægtede rettigheder (CRMD)¹². Her bliver henvist til EU-forarbejderne til de to direktiver, som ligesom de danske bidrager til fastlæggelsen af baggrunden for reglerne.¹³ EU-retlig praksis fra EU-Domstolen (EUD) inddrages i det omfang, den belyser direktivfortolkning og grundlæggende rettighedsprincipper. Herudover anvendes juridisk litteratur til fortolkning af DSMD art. 12.

⁹ Ophavsretsloven (lovbekendtgørelse nr. 1144 af 23. oktober 2014 med senere ændringer (herefter OPHL))

¹⁰ Lov om kollektiv forvaltning af ophavsret, lov nr. 321 af 5. april 2016 (herefter KFO)

¹¹ Blume Peter, *Retssystemet og juridisk metode.*, 189.

¹² Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/26/EU af 26. februar 2014 om kollektiv forvaltning af ophavsret og beslægtede rettigheder samt multiterritoriale licenser for rettigheder til musikværker med henblik på onlineanvendelse i det indre marked (herefter CRMD)

¹³ Blume Peter, *Retssystemet og juridisk metode.*, 189.

Generelt for afhandlingen anvendes retspraksis selektivt og primært som støtte for fortolkning af de ovennævnte retskilder. Grundet begrænset relevant retspraksis på området benyttes juridisk litteratur til at belyse gældende ret. Peter Blume anerkender, at juridisk litteratur har retskildemæssig betydning, særlig som støtte i juridisk argumentation, hvorfor litteraturen kan bidrage med fortolkninger og systematisering af gældende ret.¹⁴

Afslutningsvis inddrages i løbet af opgaven visse retspolitiske betragtninger og implikationer. Dette skyldes primært, at aftalelicenssystemet kun i begrænset omfang er behandlet i retspraksis, hvorfor mange af de centrale spørgsmål ikke alene kan besvares ud fra gældende ret. Formålet er at supplere den retsdogmatiske metode og give et bredere perspektiv på systemets indretning og mulige udvikling.¹⁵

1.5 Afhandlingens struktur

Følgende afhandling er struktureret som følger:

I del 2 introduceres ophavsrettens grundtræk og den kollektive rettighedsforvaltning, herunder de kollektive forvaltningsorganisationernes funktion og deres retlige grundlag.

I del 3 besvares problemformuleringens første led gennem en redegørelse for det danske aftalelicenssystem. Der fokuseres på systemets oprindelse, historiske udvikling og gældende retlige rammer.

I del 4 besvares problemformuleringens andet led ved en analyse af de fordele og retlige udfordringer, der knytter sig til aftalelicenssystemet i praksis. Der fokuseres på balancen mellem effektiv rettighedsforvaltning og ophaverens kontrol. Afsnittet afsluttes med en vurdering af, om systemet kan anses for at være en hensigtsmæssig løsning.

I del 5-7 besvares problemformuleringens tredje og sidste led gennem en analyse af, om det danske aftalelicenssystem er foreneligt med de krav og begrænsninger, der følger af EMRK, BKV og DSMD.

¹⁴ Blume Peter, 31–33.

¹⁵ Blume Peter, 339–54.

I del 5 vurderes, om det danske aftalelicenssystem udgør et indgreb i den negative foreningsfrihed efter EMRK art. 11. Dernæst vurderes, om et sådant indgreb kan retfærdiggøres som lovligt og proportionalt og dermed anses for foreneligt med menneskeretten.

I del 6 vurderes, om det danske aftalelicenssystem er foreneligt med BKV og dermed folkeretten. Fokus er særligt på, hvorvidt systemets udformning og praktiske anvendelse lever op til bestemmelserne om formalitetsforbud, eksklusivitet og tretrinstesten.

I del 7 vurderes, om det danske aftalelicenssystem er foreneligt med EU-retten. Først gennemgås udviklingen frem til DSM-direktivet og dets artikel 12, hvorefter det vurderes, om systemet opfylder de opstillede krav og dermed kan anses for foreneligt med EU-retten.

Endelig fremlægges den samlede konklusion i del 8.

Del 2: Kollektiv forvaltning af ophavsrettigheder

Helt grundlæggende hviler aftalelicens på princippet om, at rettighedshavere organiserer sig i kollektive forvaltningsorganisationer (CMO'er), som foretager en kollektiv forvaltning af deres ophavsrettigheder. For at forstå aftalelicensens rolle og funktion i ophavsretten er det derfor nødvendigt først at klarlægge de grundlæggende mekanismer, hvormed ophavsrettigheder forvaltes i praksis.

Følgende afsnit har til formål kort at introducere ophavsrettens grundtræk og redegøre for den kollektive forvaltning af ophavsrettigheder. I den forbindelse søges det besvaret, hvordan kollektiv rettighedsforvaltning fungerer i Danmark, og hvilken rolle CMO'er spiller i denne sammenhæng. Hermed skabes det nødvendige afsæt for den efterfølgende analyse af aftalelicenssystemet.

2.1 Ophavsrettens grundtræk

OPHL, sikrer ophavere og andre rettighedshavere rettigheder til deres litterære eller kunstneriske værker. Denne beskyttelse indebærer, at det som udgangspunkt kræver tilladelse at bruge det beskyttede stof på de rettighedsbelagte måder, som fremgår af OPHL's §§ 2 og 3.¹⁶ Eneretten til at kontrollere og regulere brugen af egne værker udgør det grundlæggende princip i ophavsrettens forvaltning.

I henhold til OPHL § 1 beskyttes originale litterære og kunstneriske værker, så længe de opfylder det EU-harmoniserede originalitetskrav.¹⁷ I det øjeblik et sådant værk skabes, opnår ophaveren eneret til at råde over værket i både oprindelig og ændret form, jf. OPHL's § 2. Denne eneret omfatter blandt andet retten til eksemplarfremsstilling og tilgængeliggørelse for almenheden. Enhver anvendelse, der griber ind i disse rettigheder, kræver derfor dennes tilladelse.¹⁸

¹⁶ Mathiasen Jakob Plesner, *Entertainmentretten*, 41.

¹⁷ Rosenmeier Morten, Schovsbo Jens, og Salung Petersen Clement, *Immaterielret.*, 71–75.

¹⁸ Mathiasen Jakob Plesner, *Entertainmentretten*, 16.

De økonomiske rettigheder udgør typisk en væsentlig indtægtskilde for ophaveren, da disse kan overdrages helt eller delvist, jf. § 53, stk. 1, og dermed give mulighed for at opnå indtægt gennem vederlag.¹⁹

2.2 Kollektiv forvaltning af ophavsrettigheder

Kollektiv forvaltning indebærer, at ophavere og øvrige rettighedshavere overlader administrationen af deres rettigheder til en CMO, som på deres vegne varetager licensering og rettighedsclearing over for brugere. Ordningen er særligt relevant ved masseanvendelse af værker, hvor individuel klarering er upraktisk eller uforholdsmæssigt byrdefuld. CMO'en bemyndiges herved til at indgå aftaler og opkræve vederlag for offentlig brug af værkerne.²⁰

Selvom forvaltningsbegrebet ikke er klart defineret, fremgår det af CRMD²¹ betragtning 2, at kollektiv forvaltning omfatter licensudstedelse, kontrol, håndhævelse, opkrævning af indtægter og fordeling af vederlag.

CMO'ernes eksistens forudsætter derfor, at der løbende skabes værker, som egner sig til kollektiv forvaltning. Herved understøtter CMO'ernes kollektive forvaltning ophavsrettens kulturpolitiske formål: at fremme kreativ produktion og sikre rimeligt vederlag til ophaverne.²²

2.3 Hvorfor forvalte rettigheder kollektivt

Kollektiv forvaltning af ophavsrettigheder er opstået som en praktisk løsning på de udfordringer, der følger med især massebrug af ophavsretligt beskyttede værker. Modellen muliggør effektiv klarering og administration af rettigheder til gavn for både rettighedshavere og brugere.

Selvom både rettighedshavere og brugere ideelt set foretrækker direkte klarering, er kollektiv forvaltning ofte den mest praktiske løsning. Derfor håndteres størstedelen af ophavsretsklareringen i Danmark gennem CMO'er, som skaber lavere transaktionsomkostninger og effektiv adgang til

¹⁹ Dyekjær Thomas Maagaard, Duelund Peter, og Maagaard Thomas, *Spillet om ophavsretten*, 13.

²⁰ Mathiasen Jakob Plesner, *Entertainmentretten*, 42.

²¹ Mathiasen Jakob Plesner m.fl., *Lov om kollektiv forvaltning af ophavsret.*, 54.

²² Schønning Peter, *Ophavsretsloven med kommentarer*, 97–102.

beskyttet materiale.²³ Dette ses f.eks. ved, at Koda i 2023 fordelte 1.128 mio. kr. til rettighedshavere²⁴, hvilket viser modellens økonomiske bæredygtighed og dens centrale rolle i at sikre både brugervenlighed og rimeligt vederlag.

Kollektiv forvaltning forenkler rettighedsadministrationen ved at samle licensering og betaling ét sted. Det sparer ressourcer for rettighedshavere og muliggør betaling i situationer, hvor individuel klarering er urealistisk. Samtidig styrker centraliseringen brugen af værker, da bred licensering giver højere indtjening og mere effektiv forvaltning. For brugerne betyder det nem og juridisk sikker adgang gennem én samlet aftale, som mindsker risikoen for brud på ophavsretten. Ordningen sikrer også fair og gennemsigtig prissætning. Hermed understøtter modellen det ophavsretlige formål om at fremme skabelse og adgang til værker, ved at sikre rettighedshavere stabil indtjening og brugere lovlig adgang til kultur og viden.²⁵

For at forstå, hvordan denne forvaltning fungerer i praksis, er det nødvendigt at se nærmere på de aktører, som håndterer rettighederne på vegne af ophaverne. I det følgende afsnit introduceres derfor begrebet kollektiv forvaltningsorganisation.

2.4 Kollektive forvaltningsorganisationer

Brugen af ophavsretligt beskyttet materiale er på visse områder så udbredt, at det i praksis er umuligt for brugerne at indhente tilladelse fra hver enkelt rettighedshaver. Derfor varetages rettighedsklaringen i vidt omfang af kollektive forvaltningsorganisationer.²⁶ I den forbindelse har Mogens Kocktvedgaard beskrevet disse som ”*ophavsrettens praktiske grise*.”²⁷

2.4.1 Historisk

Kollektiv forvaltning har rødder helt tilbage til 1700-tallets Frankrig, hvor dramatikere som Beaumarchais og Sedaine krævede betaling og kontrol med opførelse af deres værker. Dette førte i

²³ Mathiasen Jakob Plesner m.fl., *Lov om kollektiv forvaltning af ophavsret.*, 23.

²⁴ Koda, *Gennemsigtighedsrapport 2023*, april 2024, 4

²⁵ Mathiasen Jakob Plesner, *Entertainmentretten*, 43–46.

²⁶ Rosenmeier Morten, Schovsbo Jens, og Salung Petersen Clement, *Immaterialret.*, 129.

²⁷ Mathiasen Jakob Plesner m.fl., *Lov om kollektiv forvaltning af ophavsret.*, 21.

1777 til oprettelsen af Bureau de législation dramatique og i 1829 til dannelsen af SACD, den første moderne CMO. En lignende udvikling skete på musikområdet, hvor manglende betaling ved offentlig fremførelse førte til oprettelsen af SACEM i 1851. Disse initiativer lagde grunden til den moderne kollektive forvaltning, som bygger på juridisk anerkendelse af klare ophavsrettigheder. Oprindeligt fokuserede CMO'er på opførelsesrettigheder, men med tiden er deres virke udvidet til en bredere vifte af rettigheder i takt med nye udnyttelsesformer.²⁸

2.4.2 Fra praksis til lov

Selvom CMO'er har eksisteret i over 100 år, har deres rolle fået stigende betydning i takt med, at kreative frembringelser udgør en større del af økonomien, og massebrug af ophavsrettigheder er blevet mere udbredt. Før vedtagelsen af CRMD fandtes der imidlertid ingen specifik dansk lovgivning om CMO'er. Retstilstanden var præget af usikkerhed og blev hovedsageligt reguleret gennem konkurrenceretten, hvor fragmentariske afgørelser skabte et uforudsigeligt retligt grundlag.²⁹³⁰ Dette førte til et ønske om harmonisering, som blev udgangspunktet for CRMD, hvis formål var at fastlægge fælles EU-regler for CMO'er.³¹ Direktivet blev implementeret i dansk ret med lov nr. 321 af 5. april 2016 om kollektiv forvaltning af ophavsret (KFO), der nu regulerer CMO'ernes struktur, drift og relation til både medlemmer og brugere.

Ifølge KFO § 2, nr. 1, der implementerer CRMD art. 3³², defineres en CMO som en organisation, som er bemyndiget ved lov eller ved overdragelse, licens eller anden kontraktmæssig aftale til at forvalte ophavsrettigheder for mere end en rettighedshaver til kollektiv gavn for disse rettighedshavere som sit eneste primære formål, og som opfylder et eller begge af følgende kriterier:

- Indgår de nødvendige aftaler på vegne af rettighedshavere om brug af beskyttet stof eller
- opkræver betaling til rettighedshaverne eller
- begge dele³³

²⁸ Riis, Rognstad, og Schovsbo, "Collective Agreements for the Clearance of Copyrights – The Case of Collective Management and Extended Collective Licenses", 1–2.

²⁹ Mathiasen Jakob Plesner m.fl., *Lov om kollektiv forvaltning af ophavsret.*, 39.

³⁰ Eksempelvis de såkaldte CISAC-sager

³¹ Mathiasen Jakob Plesner m.fl., *Lov om kollektiv forvaltning af ophavsret.*, 34–36.

³² Mathiasen Jakob Plesner m.fl., 52.

³³ Rosenmeier Morten, Schovsbo Jens, og Salung Petersen Clement, *Immaterialret.*, 129.

For at en organisation kan anses som en CMO, skal flere kumulative betingelser være opfyldt, dog behøver kriterierne om aftaleindgåelse og betaling ikke være opfyldt samtidigt.³⁴ CMO'ens grundlæggende funktion er at fungere som bindeled mellem rettighedshavere og brugere.³⁵

2.4.2.2 Typer af kollektive forvaltnings organisationer

Der findes en række organisationer, der varetager kollektiv forvaltning af ophavsrettigheder. Nogle af organisationerne har individuelle medlemmer, enten fysiske eller juridiske personer, mens andre fungerer som fællesorganisationer, hvor medlemskredsen består af andre organisationer.³⁶ Nogle CMO'er repræsenterer rettighedshaverne direkte, fx KODA, hvor komponister, tekstforfattere og musikforlag er medlemmer og har givet direkte fuldmagt til forvaltning af offentlig fremførelse. De fleste danske CMO'er fungerer dog som fællesorganisationer, hvor medlemmerne er andre organisationer og ikke de enkelte rettighedshavere.³⁷ I disse tilfælde gives fuldmagten indirekte gennem medlemskab i en faglig organisation, hvis vedtægter bemyndiger organisationen til kollektiv forvaltning, som derefter overdrages til en CMO. Et eksempel er Tekst & Node, der forvalter rettigheder til bl.a. tekster, noder og billeder og repræsenterer en bred kreds af rettighedshavere gennem medlemskab i faglige organisationer. Der kan også være flere led i medlemskabet, fx når akademiske forfattere er medlem af DJØF, som er medlem af Akademikerne, der igen er medlem af Tekst & Node.³⁸

2.5 Juridiske grundlag for kollektiv rettighedsforvaltning

Kollektiv rettighedsforvaltning indebærer dermed, at en organisation på vegne af flere ophavere eller andre rettighedshavere indgår de nødvendige aftaler om brug af beskyttet materiale og/eller opkræver betaling for denne brug. Dette rejser spørgsmålet om, hvilket juridisk grundlag der muliggør, at sådanne organisationer kan handle på vegne af rettighedshaverne.

³⁴ Mathiasen Jakob Plesner m.fl., *Lov om kollektiv forvaltning af ophavsret.*, 53.

³⁵ Mathiasen Jakob Plesner m.fl., 22.

³⁶ Mathiasen Jakob Plesner, *Entertainmentretten*, 58.

³⁷ Mathiasen Jakob Plesner, 58.

³⁸ Mathiasen Jakob Plesner, 49–50.

For det første kan det ske på rent eneretsgrundlag. Her agerer forvaltningsorganisationen på baggrund af fuldmagter fra de rettighedshavere, som er medlemmer, og disse fuldmagter udgør det eneste juridiske grundlag.

For det andet kan det ske på grundlag af aftalelicenser. Det betyder, at aftaler indgået af CMO'er med deres kunder, baseret på fuldmagter fra rettighedshavere, også kan binde rettighedshavere, der ikke har givet fuldmagt, forudsat Kulturministeriets godkendelse.

For det tredje kan kollektiv rettighedsforvaltning i nogle tilfælde ske i henhold til lovbestemte ordninger, herunder tvangslicens.³⁹

Relevant for denne afhandling er naturligvis kollektiv forvaltning på aftalelicensgrundlag, hvilket vil blive undersøgt nærmere i nedenstående afsnit.

³⁹ Mathiasen Jakob Plesner, 46–47.

Del 3: Det danske aftalelicenssystem

Masseudnyttelse af ophavsretligt beskyttede værker udgør en af de største praktiske udfordringer for rettighedsklarering i det moderne informationssamfund. Hvor det individuelle samtykkeprincip i ophavsretten i udgangspunktet værner om ophaverens kontrol over værket, er det i praksis ofte uegnet i situationer, hvor tusindvis af rettigheder skal klareres samtidigt. Her tilbyder aftalelicenssystemet en effektiv og balanceret løsning.

For at give en grundlæggende forståelse af det danske aftalelicenssystemets funktion og begrundelse undersøges, hvad der karakteriserer det danske aftalelicenssystem. Følgende foretager en redegørelse for aftalelicenssystemet, dets oprindelse, historiske udvikling i Danmark og den gældende retlige regulering. Formålet er at skabe et grundlag for den efterfølgende analyse af aftalelicenssystemet.

3.1 Introduktion til aftalelicens

Aftalelicens er et særligt nordisk system til klarering af ophavsrettigheder på områder, hvor masseanvendelse gør individuel tilladelse urealistisk. Ordningen bygger på eksistensen af CMO'er, som repræsenterer ophavere og øvrige rettighedshavere i et omfang, der kan anses for at være repræsentativt inden for bestemte eller alle værksarter. OPHL hviler grundlæggende på princippet om, at udnyttelse af værker forudsætter aftale med rettighedshaveren. Ved masseudnyttelse er individuel klarering dog ofte praktisk umulig, hvorfor forvaltningen i sådanne tilfælde sker kollektivt.

Disse organisationer repræsenterer dog ikke samtlige ophavere og andre rettighedshavere. Manglende fuldstændig repræsentativitet skyldes både, at nogle ophavere ikke er organiserede, og danske CMO'er ikke altid dækker udenlandske rettighedshavere. Det skaber et praktisk problem for brugeren, som i princippet skulle indgå individuelle aftaler med de uorganiserede rettighedshavere. Dette er urealistisk og løsningen på dette i Norden er aftalelicens.⁴⁰

Med aftalelicens kan en CMO, godkendt af Kulturministeriet, indgå aftaler, som også omfatter rettighedshavere, der ikke har givet fuldmagt. En sådan aftale får aftalelicensvirkning og gælder dermed for alle rettighedshavere af samme slags, også uorganiserede rettighedshavere. Brugeren

⁴⁰ Schönning Peter, *Ophavsretsloven med kommentarer*, 557–58.

opnår dermed adgang til at benytte værker fra både organiserede og uorganiserede rettighedshavere. Aftalelicens sikrer således effektiv rettighedsclearing i situationer, hvor individuelle aftaler ikke er praktisk mulige.⁴¹

3.2 Aftalelicens i et historisk perspektiv

Æren for at have introduceret aftalelicenssystemet tilskrives normalt den svenske juraprofessor Svante Bergström, som brugte betegnelsen for første gang i forbindelse med ophavsret i hans publikation ”Program för upphovsrätten”, udgivet i *Rättsvetenskapliga studier ägnade minnet av Phillips Hult* fra 1960. Bergström anvendte udtrykket ”*utsträckt generellt tillstånd*”⁴² om det vi i dag kalder aftalelicens i Danmark.⁴³

Den følgende analyse vil derfor foretage en nærmere undersøgelse af Bergström kritik af det dengang eksisterende system og hans fremhævelse af aftalelicensen som en moderne og praktisk løsning derpå.

3.2.1 Analyse af Bergströms ”Program för upphovsrätten”

I sin publikation ”Program för upphovsrätten” markerer Svante Bergström et skifte fra en individualistisk ophavsretlig tilgang til en mere kollektiv reguleringsform.⁴⁴ Med udgangspunkt i ophavsrettens hurtige udvikling op til 1960, fra næsten intet til et omfattende og komplekst regelsæt, argumenterer Bergström for, at fremtidige forbedringer ikke bør ske gennem udvidelse af enerettens rækkevidde, men gennem praktiske og kollektive løsninger. Ophavsrettens grundlæggende formål er ifølge ham, at nyttigt arbejde bør belønnes, og at den, der har sået, også bør høste. Dette dobbelte formål, både kulturpolitisk og retfærdighedsmæssigt, danner baggrunden for hans forslag om aftalelicenssystemet som en afbalanceret og effektiv mekanisme, der tilgodeser både ophaverens kontrol og samfundets interesse i adgang til værker.⁴⁵

⁴¹ Mathiasen Jakob Plesner, *Entertainmentretten*, 47–48.

⁴² Uppsala universitet Juridiska fakulteten, *Rättsvetenskapliga studier ägnade minnet av Phillips Hult*, 76.

⁴³ Riis og Schovsbo, ”Extended Collective Licenses and the Nordic Experience - It’s a Hybrid but Is It a Volvo or a Lemon?”, 4.

⁴⁴ Uppsala universitet Juridiska fakulteten, *Rättsvetenskapliga studier ägnade minnet av Phillips Hult*, 58–83.

⁴⁵ Uppsala universitet Juridiska fakulteten, 58–60.

Kritik af den traditionelle individuelle licensering af ophavsret

Bergströms publikation tager udgangspunkt i en kritik af den traditionelle individuelle licensering af ophavsret. Han identificerer flere problemstillinger, som han mener nødvendiggør indførelsen af aftalelicenssystemet.

En af de centrale problemer er, at det eksisterende system bygger på, at hver ophavere individuelt skal give samtykke til brugen af sine værker. Dette fungerer i teorien, men bliver urealistisk i praksis, især når det drejer sig om masseanvendelse. Dette skyldes, at den enkelte udnyttelse har en så lav økonomisk værdi, at det ikke står i forhold til besværet og omkostningerne. Det er på administrativ plan umuligt at indhente de nødvendige tilladelser fra hver enkelt rettighedshaver, hvilket derfor ofte resulterer i enten ulovlig brug eller mangel på anvendelse af værker, som hermed hæmmer både kulturformidling, men også ophaverens indtægt. Hertil skaber det også en usikkerhed for både brugere og ophaverne, da det er uklart, hvem der har ret til at bruge værker og hvordan rettighederne håndhæves.⁴⁶

Ifølge Bergström består den eneste konstruktive løsning i, at ophaverne organiserer sig med henblik på at varetage deres rettigheder kollektivt. Dette indebærer oprettelse eller udbygning af organisationer med bred national tilslutning og stærke internationale forbindelser. Gennem sådanne organisationer indgås kollektive aftaler, hvor brugerne i aftaleperioden kan benytte organisationens repertoire uden forudgående tilladelse mod betaling af et fast vederlag. Organisationen fordeler herefter indtægterne til medlemmerne baseret på oplysninger fra brugerne.⁴⁷ Denne praksis betegner Bergström som aftalelicens eller generelt samtykke, men det svarer nærmere til den kollektiv forvaltning, som vi kender fra CMO'er i dag. Han anerkender dog, at modellen har en svaghed, idet den ikke dækker uorganiserede rettighedshavere.⁴⁸

⁴⁶ Uppsala universitet Juridiska fakulteten, 71–77.

⁴⁷ Uppsala universitet Juridiska fakulteten, 73–74.

⁴⁸ Uppsala universitet Juridiska fakulteten, 74.

Aftalelicens som løsning herpå

Problemet opstår i praksis, når det ikke er muligt at skelne mellem organiserede og uorganiserede rettighedshavere, hvilket gør det vanskeligt for brugere at håndtere rettigheder korrekt. Dette førte til, at Sveriges Radio fra begyndelsen anvendte kollektive aftaler uden at skelne mellem organiserede og uorganiserede, som derfor begge modtog betaling, selvom dette formelt stred mod loven.⁴⁹

Bergström argumenterer for, at det i praksis er umuligt for Sveriges Radio at undlade brug af værker fra uorganiserede rettighedshavere, da dette ville gå ud over alsidigheden i det kulturelle udbud. Derfor foreslår han at legalisere den eksisterende praksis i forhold til uorganiserede rettighedshavere.⁵⁰ Denne tilgang danner grundlag for lovforslagets § 22, stk. 2, hvor det, vi i dag kender som aftalelicens, introduceres under betegnelsen *"utsträckt generellt tillstånd"*. Bestemmelsen fastslår, at, hvis et radioforetagende har en generel tilladelse baseret på en aftale med en organisation, der repræsenterer et flertal af svenske ophavere, kan tilladelsen udstrækkes til også at gælde for uorganiserede rettighedshavere, som i så fald har krav på vederlag efter de normer, der fremgår af aftalen.⁵¹

Bergström præsenterer hermed det vi i dag kender som aftalelicenssystemet som en mulig løsning på de problemer, som han identificerede ved det daværende ophavsretssystem.

Kritikken af § 22, stk. 2 og Bergströms forsvar for aftalelicenssystemet

Lovforslagets § 22, stk. 2 blev dog mødt med kraftig kritik. Ophavsretsorganisationerne afviste bestemmelsen, da de mente, at enhver form for tvangslicens krænker ophaverens ret til selv at bestemme over brugen af sine værker. Også Lagrådet udtrykte bekymring og understregede, at tvangslicens kun bør anvendes ved tungtvejende grunde, hvilket ikke var dokumenteret her. De fremhævede samtidig, at ophaverens kontrol over værket ikke kun er økonomisk, men også ideelt og personligt begrundet.⁵²

⁴⁹ Uppsala universitet Juridiska fakulteten, 74–75.

⁵⁰ Uppsala universitet Juridiska fakulteten, 75–77.

⁵¹ Uppsala universitet Juridiska fakulteten, 75–77.

⁵² Uppsala universitet Juridiska fakulteten, 77–79.

Som svar på kritikken fremhæver Bergström, at § 22, stk. 2 adskiller sig væsentligt fra en klassisk tvangslicens og i stedet bør ses som en praktisk og principielt acceptabel løsning. For det første kræver bestemmelsen en eksisterende aftale mellem radioforetagendet og en ophavsretsorganisation, der repræsenterer et flertal af ophaverne. Der er dermed intet tvangselement over for organisationen eller dens medlemmer, og uorganiserede rettighedshavere får kun deres værker brugt, hvis en sådan aftale er indgået. Herved undgår man den typiske tvangslicenskritik. For det andet kan ophaveren selv bringe bestemmelsen til ophør, hvis vedkommende ikke ønsker værket anvendt. Bergström beskriver bestemmelsen som en formodning om, at uorganiserede rettighedshavere ønsker deres værker formidlet på samme vilkår som de organiserede. Formodningsreglen sikrer dem samme fordele, uden at det kræver individuelle forhandlinger. Bergström bemærker, at ordningen har været anvendt af Sveriges Radio i mange år uden nævneværdige klager, hvilket viser, at systemet fungerer i praksis. Han mener, at det er en måde at sikre, at uorganiserede rettighedshavere ikke stilles ringere end organiserede, samtidig med at deres rettigheder beskyttes og kulturel formidling ikke hæmmes. Systemet bør dog anvendes med forsigtighed og kun i tilfælde, hvor det er nødvendigt for at sikre rimelig udnyttelse af værker.⁵³ Hensigten er at sikre en effektiv forvaltning af værker og ligestilling mellem organiserede og uorganiserede rettighedshavere.⁵⁴

Bergströms model og dens betydning for nordisk aftalelicens

Med sin publikation lagde Bergström dermed det teoretiske fundament for det aftalelicenssystem, som siden er blevet kendetegnende for de nordiske lande. Bergströms arbejde kan derfor anses som banebrydende, idet han formåede at forene praktisk erfaring med en teoretisk ramme, der ikke blot prægede den efterfølgende lovgivning i Sverige, men også fik betydning i resten af Norden og muligvis endda internationalt.

⁵³ Uppsala universitet Juridiska fakulteten, 78–82.

⁵⁴ Uppsala universitet Juridiska fakulteten, 81–82.

3.3 Implementeringen af aftalelicenssystemet

Bergströms idéer blev et centralt udgangspunkt for forståelsen og udformningen af aftalelicenssystemet, ikke mindst i Danmark, hvor lovgiverne lod sig tydeligt inspirere af hans model. Det følgende afsnit vil derfor undersøge, hvordan aftalelicenssystemet blev implementeret i Danmark og hermed, hvordan den danske model både har videreført og udviklet Bergströms grundlæggende idéer.

Historisk bygger OPHL på et tæt nordisk samarbejde med henblik på at sikre indholdsmæssig og systematisk ensartethed mellem de nordiske ophavsretslove. Derfor kan både retspraksis og juridisk litteratur fra de øvrige nordiske lande i vid udstrækning tillægges betydning i dansk ret.⁵⁵

Selvom aftalelicensen først blev indført i begyndelsen af 1960'erne, havde ideen været under udvikling i flere årtier. Allerede i 1939 nedsatte de nordiske regeringer et fælles udvalg med henblik på revision af ophavsretslovgivningen, men arbejdet blev forsinket af Anden Verdenskrig og derfor først afsluttet i 1951. Undervejs foreslog radioforetagenderne en tvangslicensordning, men dette blev afvist som for indgribende i ophavernes rettigheder. Mod slutningen af 1950'erne opstod der imidlertid enighed blandt de nordiske regeringer om behovet for en lovgivningsmæssig løsning. Resultatet blev, at de første aftalelicensregler blev indført i de nordiske ophavsretslove i 1960–61. Ordningen gjaldt oprindeligt radio- og tv-udsendelser, hvor klarering af mange forskellige rettigheder skabte praktiske problemer. Aftalelicensen blev udformet som et kompromis, der sikrede effektiv rettighedsclearing, men respekterede eneretten bl.a. ved at give mulighed for fravalg.⁵⁶ Reglerne omfattede i starten kun udsendelse (broadcasting). Næste område blev fotokopiering i skoler og virksomheder. Forslaget herom blev fremsat i 1974 af den fælles nordiske ophavsretskomite og markerede begyndelsen på en koordineret anvendelse af aftalelicens som del af nordisk ophavsret. Udviklingen forløb således: først kom organisationerne, derefter aftalerne og til sidst loven i form af OPHL.⁵⁷

⁵⁵ Schønning Peter, *Ophavsretsloven med kommentarer*, 114.

⁵⁶ Riis og Schovsbo, "Extended Collective Licenses and the Nordic Experience - It's a Hybrid but Is It a Volvo or a Lemon?", 4–6.

⁵⁷ Riis og Schovsbo, 3–4.

3.4 Aftalelicens i den danske ophavsretslov

Aftalelicens er reguleret i kapitel 2 af OPHL og består af en række særlige bestemmelser om konkrete anvendelsesområder, samt et fælles regelsæt i §§ 50–52, der fastsætter de overordnede betingelser og retsvirkninger.

Aftalelicens blev for første gang lovfæstet i dansk ophavsret med vedtagelsen af den oprindelige Ophavsretslov⁵⁸. Den oprindelige bestemmelse i § 22, stk. 1, udgjorde således det første skridt mod et egentligt aftalelicenssystem i dansk ret, som siden er blevet gradvist udbygget og systematiseret gennem en række lovændringer. Mest relevant er Ophavsretsloven af 1995⁵⁹, hvoraf den nuværende struktur blev etableret. Siden vedtagelsen af 1995-loven har aftalelicensreglerne undergået en række væsentlige ændringer, disse ændringer gennemgås ikke samlet her, men vil blive præsenteret i det omfang, de er relevante for analysen i det følgende.⁶⁰

Det følgende afsnit fokuserer på den gældende retlige regulering med særlig vægt på § 50, der udgør fundamentet for forståelsen af aftalelicenssystemets anvendelse i praksis.

3.4.1 Ophavsretslovens § 50

OPHL § 50 fastsætter betingelserne for, hvornår en aftale indgået med en af Kulturministeriet godkendt og tilstrækkeligt repræsentativ CMO kan få aftalelicensvirkning og dermed også omfatte rettighedshavere, der ikke har givet fuldmagt, samt regler om godkendelse, information og fravalg af ordningen.

OPHL § 50 indeholder to typer af aftalelicens. Der sondres mellem de specifikke aftalelicensbestemmelser, jf. § 50, stk. 1 og den generelle aftalelicens, jf. § 50, stk. 2.

⁵⁸ Lov om ophavsret, lov nr. 158 af 1. juni 1961

⁵⁹ Lov om ophavsret, lov nr. 395 af 14. juni 1995 (herefter 1995-loven)

⁶⁰ Schønning Peter, *Ophavsretsloven med kommentarer*, 558.

De specifikke aftalelicensbestemmelser

§ 50, stk. 1 indeholder de specifikke aftalelicensbestemmelser, som omfatter følgende bestemmelser og områder:

- § 13 (undervisningsvirksomhed)
- § 14 (kopiering til intern brug i erhvervsvirksomheder m.v.)
- § 16 b (digital overføring m.v. på biblioteker)
- § 16 c (out of commerce)
- § 17, stk. 3 (optagelse fra radio/tv til hørehandicappede)
- § 24 a (gengivelse af kunstværker i alment oplysende fremstillinger m.v.)
- 29 a (pressepublikationer)
- § 30 (udsendelse af værker gennem visse radio- og tv-foretagender)
- § 30 a (genanvendelse af DR's og TV 2's arkivproduktioner)
- § 33 (lydoptagelser)
- § 35 (kabelviderespredning m.v.).

Ovenfor nævnte bestemmelser har alle til formål at specificerer en række specifikke områder, hvor forvaltningsaftaler kan få aftalelicensvirkning og dermed også omfatte uorganiserede rettighedshavere, såfremt betingelserne i § 50 er opfyldt. De enkelte bestemmelser vil ikke blive gennemgået, men det kan overordnet siges, at de hver især angår anvendelsessituationer, hvor der er et praktisk behov for kollektiv rettighedsforvaltning, og hvor individuel klarering af rettigheder typisk vil være uforholdsmæssigt byrdefuld. Uden for de nævnte områder kan aftaler ikke tillægges aftalelicensvirkning⁶¹, med undtagelse af § 50, stk. 2, som gennemgås nedenfor.

Den generelle aftalelicens, jf. § 50, stk. 2

I en årrække var aftalelicens kun muligt inden for de områder, der var udtrykkeligt reguleret i OPHL's specifikke bestemmelser. Over tid opstod dog flere situationer uden for disse rammer, hvor der var et klart behov for at tillægge aftaler aftalelicensvirkning. Behovet blev særligt presserende i midten af 00'erne i forbindelse med digitalisering af ældre tidsskrifter, arkiver og lignende som led i bevaringen af kulturarven. De eksisterende bestemmelser omfattede imidlertid ikke digitalisering af

⁶¹ Schønning Peter, 559.

arkivmateriale. En løsning kunne have været at tilføje en ny specifik bestemmelse, men dette ville kun dække ét område og efterlade andre behov uadresserede. På den baggrund indførte Kulturministeriet i 2008 en generel hjemmel til aftalelicens i OPHL § 50, stk. 2.⁶²

Til forskel fra de specifikke aftalelicenser, kan der med hjemmel i § 50, stk. 2, tillægges aftalelicensvirkning til enhver form for kollektiv aftale. Det forudsætter blot, at aftalen indgås med en repræsentativ CMO inden for et nærmere defineret område. Aftalelicensen gælder da for det pågældende område, hvorved der kan indgås aftalelicens på områder, der ikke udtrykkeligt nævnes i de specifikke aftalelicensparagraffer.⁶³ Selv om aftalelicensen har udvidet rækkevidde, bevarer opfatteren mulighed for at modsætte sig brugen af sit værk, jf. opt-out-muligheden.

Den generelle aftalelicens kunne i princippet erstatte de specifikke aftalelicenser. Alligevel har lovgiver valgt at bevare systemet med specifikke bestemmelser. Det skyldes bl.a., at de skaber større gennemsigtighed og signalerer politisk opbakning til aftalelicens på bestemte områder. Selv efter indførelsen af den generelle aftalelicens i 2008 fortsætter man derfor med at tilføje nye specifikke aftalelicensbestemmelser. Den generelle bestemmelse fungerer således som en opsamlingsbestemmelse, som dog bruges ofte. Siden 2008 er der indgået en lang række aftaler med aftalelicensvirkning efter § 50, stk. 2.⁶⁴ Derudover anvendes § 50, stk. 2, også som supplement til de specifikke aftalelicenser, eftersom de både kan dække nye udnyttelsesområder og udvide eksisterende.⁶⁵

Der gælder samme generelle betingelser for aftalelicensen som efter stk. 1 m.h.t. repræsentativitet, stk. 4 om organisationsgodkendelse og stk. 5 om bekendtgørelsesforanstaltninger, som gennemgås nedenfor.⁶⁶

⁶² Mathiasen Jakob Plesner, *Entertainmentretten*, 51–52.

⁶³ Mathiasen Jakob Plesner, 51–52.

⁶⁴ En oversigt findes på Kulturministeriets hjemmeside: <https://kum.dk/kulturomraader/aftalelicensgodkendelser>.

⁶⁵ Mathiasen Jakob Plesner, *Entertainmentretten*, 52–53.

⁶⁶ Schønning Peter, *Ophavsretsloven med kommentarer*, 562.

Betingelser for brug af aftalelicens

For at en aftale kan få aftalelicensvirkning skal følgende betingelser være opfyldt:

1. Aftalen skal indgås med en CMO, som er tilstrækkelig repræsentativ, jf. § 50, stk. 1
2. CMO'en skal være godkendt af Kulturministeriet til at indgå sådanne aftaler på det konkrete område, jf. § 50, stk. 4.
3. CMO'en skal træffe passende bekendtgørelsesforanstaltninger for at informere rettighedshavernes om både CMO'ernes mulighed for at indgå aftalen og rettighedshavernes ret til at nedlægge forbud, jf. § 50, stk. 5.

Repræsentativitetskravet

Det fremgår af § 50, stk. 1, at brugere⁶⁷ på ovenstående områder kan påberåbe sig aftalelicens, hvis de har indgået aftale med en kollektiv forvaltningsorganisation, som er tilstrækkelig repræsentativ for ophaverne til en bestemt art af værker i Danmark. Det følgende vil derfor undersøge, hvad der i OPHL's forstand skal forstås ved, at en organisation er "tilstrækkelig repræsentativ", herefter kaldet repræsentativitetskravet.

Repræsentativitetskravet blev ændret ved Ophavsretsloven af 2001⁶⁸, eftersom den hidtidige regel om dansk repræsentativitet havde givet anledning til henvendelse fra Europa-Kommissionen. Det nuværende kriterium er derfor blevet nationalitetsneutral. Herudover blev reglen også ændret ved nuværende OPHL, hvor "*væsentlig del af ophavsmændene*" blev ændret til "*tilstrækkelig repræsentativ for ophavsmændene (nu ophaverne)*".⁶⁹ Hermed sikres en terminologisk tilpasning af OPHL til den begrebsanvendelse, der benyttes i DSMD. Men som det fremgår af forarbejderne til 2023-loven⁷⁰ af bemærkningerne til forslag 14, er meningen stadig den samme i forhold til repræsentativitetskravet.⁷¹

⁶⁷ Enhver, der ønsker at udnytte værker omfattet af de ovennævnte bestemmelser

⁶⁸ Lov om ophavsret, lovbekendtgørelse nr. 618 af 27. juni 2001 (herefter 2001-loven)

⁶⁹ Schønning Peter, *Ophavsretsloven med kommentarer*, 560.

⁷⁰ Lovforslag nr. L 125 af 23. maj 2023 om ændring af lov om ophavsret (herefter 2023-lovmotiverne)

⁷¹ Rosenmeier Morten, Schovsbo Jens, og Salung Petersen Clement, *Immaterialret.*, 204.

Det er vanskeligt at fastlægge det præcise indhold af repræsentativitetskravet, men det indebærer ikke, at en CMO skal have fuldmagt fra over 50 % af rettighedshaverne.⁷² I stedet skal det vurderes om organisationen har en væsentlig praktisk betydning for forvaltningen af rettighederne inden for det pågældende område. Det afgørende er således, om organisationen reelt benyttes af en stor del af de rettighedshavere, hvis værker faktisk udnyttes, og om den dermed fremstår som den mest repræsentative i praksis, ikke nødvendigvis i antal medlemmer.⁷³ Repræsentativitetskravet har tæt sammenhæng med godkendelsesordningen i § 50, stk. 4, jf. 2023-lovmotiverne⁷⁴. Repræsentativitetskravet og godkendelsesbetingelsen svarer således nu til hinanden, hvorfor der for en yderligere forståelse af betingelsen henvises til gennemgangen af godkendelsesbetingelsen nedenfor.

Kulturministeriets godkendelsesprocedure

Det fremgår af OPHL § 50, stk. 4, at hvis en CMO skal kunne indgå aftaler med aftalelicensvirkning, skal Kulturministeriet godkende, at CMO'en indgår sådanne aftaler på et bestemt område.

Formålet med den kulturministeriets godkendelse er ifølge 2001-lovmotiverne at føre en offentlig kontrol med, at CMO'erne på aftalelicensområder opfylder repræsentativitetskravet i § 50, stk. 1 (eller stk. 2), hvis deres aftaler skal tillægges aftalelicensvirkning. Godkendelsen er dermed en forudsætning for, at CMO'ens aftaler kan få virkning i forhold til uorganiserede rettighedshavere.⁷⁵

Ved godkendelsesproceduren undersøger Kulturministeriet, at de CMO'er, som gerne vil kunne indgå aftaler med aftalelicensvirkning, lever op til lovens krav, herunder om repræsentativitet. Kulturministeriet lægger i sin vurdering vægt på om organisationen efter en samlet konkret helhedsvurdering kan siges at omfatte en væsentlig del af ophaverne til en bestemt art af værker, der anvendes i Danmark. Efter Kulturministeriets opfattelse bør vurderingen baseres på flere forhold, herunder hvor mange rettighedshavere og værker organisationen repræsenterer, om organisationens vedtægter giver den mulighed for at indgå bindende aftaler på vegne af sine medlemmer, samt om

⁷² Mathiasen Jakob Plesner, *Entertainmentretten*, 49.

⁷³ Bet. 1197, Slutbetænkning (med samlet lovudkast), 1990, 188-189

⁷⁴ Lovforslag nr. 125

⁷⁵ Schønning Peter, *Ophavsretsloven med kommentarer*, 564-65.

organisationen har en tæt tilknytning til eksisterende faglige eller kulturelle miljøer, eksempelvis gennem samarbejde med eller medlemskab af etablerede branche- eller rettighedsorganisationer. Det tillægges endvidere betydning, om CMO'en er veletableret inden for det relevante forvaltningsområde, og om den råder over den nødvendige administrative kapacitet til på forsvarlig vis at varetage opkrævning og betaling til de enkelte rettighedshavere. I den forbindelse kan det også være relevante, om CMO'en besidder lokalt markedskendskab og erfaring med indgåelse af licensaftaler i Danmark. Herudover bør det i almindelighed påses, at CMO'ens vedtægter er i overensstemmelse med OPHL og andre almindelige retsregler.

Hertil fremgår det af § 50, stk. 6, at Kulturministeren fastsætter de nærmere regler om sagsbehandlingen i forbindelse med ovenstående godkendelsesprocedure.

For så vidt angår fællesorganisationer følger det af § 50, stk. 4, sidste punktum, at sådanne kun kan godkendes, hvis de udelukkende består af organisationer og ikke enkeltpersoner, eftersom det anses for administrativt hensigtsmæssigt, at rettighedsklarering på disse områder fortsat kan ske gennem én samlet aktør.

Kulturministeriet godkender altid kun en CMO pr. område. Hvis der er flere repræsentative CMO'er, lægges der vægt på, hvilke af dem der lever bedst op til de ovenstående kriterier⁷⁶ og kan dokumentere den bredeste repræsentation af ophavere på området.⁷⁷

Afslutningsvis tillægger Kulturministeriet som udgangspunkt kun aftaler aftalelicensvirkning, hvis individuel rettighedsklarering vurderes at være uforholdsmæssigt besværlig og dermed urealistisk på grund af mange involverede rettigheder.⁷⁸

Sammenfattende er Kulturministeriets godkendelse en central betingelse for, at en CMO kan indgå aftaler med aftalelicensvirkning efter § 50, stk. 4. Formålet er at sikre, at CMO'en opfylder repræsentativitetskravet og har den nødvendige kapacitet til at varetage rettighedsforvaltning på forsvarlig vis. Vurderingen beror dermed på en samlet helhedsbedømmelse.

⁷⁶ Mathiasen Jakob Plesner, *Entertainmentretten*, 53.

⁷⁷ Schønning Peter, *Ophavsretsloven med kommentarer*, 564–65.

⁷⁸ Mathiasen Jakob Plesner, *Entertainmentretten*, 53.

Bekendtgørelsesforanstaltninger

Inden værkerne tages i brug, skal de godkendte organisationer efter § 50, stk. 5, træffe passende bekendtgørelsesforanstaltninger for at informere rettighedshavernes om både CMO'ernes mulighed for at indgå aftalen og rettighedshavernes ret til at nedlægge forbud.⁷⁹ Bestemmelsen bygger på DSMD art. 12, stk. 3, litra b, som gennemgås nærmere i del 7.

Ifølge 2023-lovmotiverne⁸⁰ indebærer dette, at CMO'en på sin hjemmeside skal offentliggøre oplysninger om sine godkendelser til at indgå aftaler med aftalelicensvirkning. Oplysningerne skal gøre det muligt for rettighedshavere at orientere sig og eventuelt udøve deres ret til at fravælge aftalens anvendelse på deres værker. Også Kulturministeriet offentliggør oplysninger om godkendte organisationer og aftalelicensområder som led i opfyldelsen af informationskravet.

Informationspligten må dog ikke medføre en uforholdsmæssig administrativ byrde for de kollektive forvaltningsorganisationer. Pligten begrænser sig derfor til offentliggørelse via hjemmeside og omfatter ikke individuel orientering af samtlige potentielt berørte rettighedshavere.

Offentliggørelse skal ske i forbindelse med ansøgning om eller opnåelse af godkendelse, og aftalen kan først få virkning for uorganiserede rettighedshavere, når der er forløbet tilstrækkelig tid efter bekendtgørelsen til, at de har haft mulighed for at nedlægge forbud. Ved specifikke aftalelicenser er det selve godkendelsen, der skal bekendtgøres, ikke hver enkelt aftale. Uvæsentlige ændringer i eksisterende aftaler omfattet af den generelle aftalelicens efter § 50, stk. 2, kræver som udgangspunkt ikke nye bekendtgørelsesforanstaltninger.⁸¹

Sammenfattende udgør bekendtgørelsesforanstaltningerne en vigtig retssikkerhedsmæssig garanti i aftalelicenssystemet, idet de sikrer gennemsigtighed for uorganiserede rettighedshavere og muligheden for at udøve deres ret til at fravælge anvendelsen af deres værker.

⁷⁹ Schönning Peter, *Ophavsretsloven med kommentarer*, 567–68.

⁸⁰ Lovforslag nr. 125

⁸¹ Schönning Peter, *Ophavsretsloven med kommentarer*, 567–68.

Aftalelicensvirkning

Når en aftale opfylder ovenstående betingelserne for aftalelicens, medfører det visse retsvirkninger for brugeren. Aftalelicensvirkningen er fastlagt i § 50, stk. 3. Bestemmelsen indebærer, at brugeren får ret til at benytte andre værker af samme art, selvom ophaverne til disse værker ikke er medlemmer af den CMO, der har indgået aftalen. Aftalen får dermed virkning over for uorganiserede rettighedshavere, som CMO'en ikke har fuldmagt fra. Brugen må dog kun ske på den måde og de vilkår, som følger af den aftale, der er indgået med CMO'en, herunder anvendelsesformål, omfang og vederlag. Aftalelicensen giver således ikke en generel adgang til alle typer værker, men alene til værker af samme art som dem, CMO'en repræsenterer.

Det centrale spørgsmål i forhold til aftalelicensvirkning er derfor, hvornår et værk kan anses for at tilhøre "samme art". Aftalelicens gælder kun for den type værker, som organisationen formelt repræsenterer, f.eks. gælder en aftale om bladtegninger kun denne type særlige værker, ikke generelt for kunstværker.⁸² Det afgørende er, om værket ud fra objektive kendetegn falder inden for den type, som aftalen dækker.

Sammenfattende medfører aftalelicensen, såfremt betingelserne i § 50 er opfyldt, at brugeren lovligt kan udnytte værker af samme art, uanset om ophaveren er medlem af CMO'en, så længe anvendelsen sker inden for rammerne af den indgåede aftale. Afgrænsningen af, hvad der udgør "samme art", er derfor afgørende for aftalens rækkevidde og har i praksis givet anledning til både snæver og udvidende fortolkning. Da aftalelicensen kan få virkning over for rettighedshavere, der ikke er medlemmer af den pågældende forvaltningsorganisation, er det afgørende, at der gælder visse retssikkerhedsmæssige garantier for disse, hvilket gennemgås nedenfor.

Retssikkerhedsmæssige garantier for uorganiserede rettighedshavere

Ophavsretlige undtagelser er normalt præceptive, men aftalelicenser anses principielt ikke for undtagelser i juridisk forstand, men for en særlig måde at forvalte rettigheder på, jf. de almindelige bemærkninger til 2023-lovmotiverne⁸³, pkt. 2.5.3.⁸⁴ Derfor er det ved aftalelicens tværtimod i vidt

⁸² Bet. 912, Licenskonstruktioner og fotokopiering, 1981, s. 133

⁸³ Lovforslag nr. 125

⁸⁴ Schønning Peter, *Ophavsretsloven med kommentarer*, 559.

omfang muligt for de rettighedshavere, der ikke har givet CMO'en fuldmagt, at "opt-out" af aftalelicensen. Udnyttelsen af opt-out-muligheden kræver, at rettighedshaveren præcist meddeler det til CMO'en og/eller de brugere, den måtte have indgået aftale med.

Det er desuden traditionelt antaget i dansk ret, at aftalelicenser må vige for individuelle aftaler, som rettighedshavere måtte have indgået direkte med brugere.⁸⁵ Dette medfører, at selv om aftalelicens kan binde uorganiserede rettighedshavere, kan den ikke overtrumfe gyldige individuelle aftaler, og brugere må derfor respektere disse, medmindre der foreligger en klar fortolkning eller omfortolkning, som alle parter er enige i.

§ 51 om ligebehandling

For aftalelicens gælder et generelt princip om ligebehandling af rettighedshavere. Dette princip kommer bl.a. til udtryk i § 51, som vedrører vederlag til uorganiserede rettighedshavere i forbindelse med aftalelicens efter § 50. Af bestemmelsens stk. 1 fremgår det, at CMO'ens fordelingsregler også skal anvendes over for de uorganiserede rettighedshavere. Hertil fremgår det af § 51, stk. 2, at de disse altid kan stille krav, om at organisationen betaler dem et individuelt vederlag. Vederlagskravet kan kun rettes mod CMO'en og hvor stort det skal være, kan fastsættes af Ophavsretslicensnævnet.⁸⁶

§ 52 om mægling

Afslutningsvis fastsætter § 52 regler om mægling i forbindelse med aftaler mellem brugere og rettighedshavere. Mægling kan efter § 52, stk. 1 kræves af hver af parterne på en række specifikke områder. Begrundelsen herfor er, at der på en række områder kan være betydelige samfundsmæssige interesser forbundet med, at der indgås kollektive aftaler om de pågældende udnyttelsesformer.⁸⁷

⁸⁵ Mathiasen Jakob Plesner, *Entertainmentretten*, 55–56.

⁸⁶ Rosenmeier Morten, Schovsbo Jens, og Salung Petersen Clement, *Immaterielret.*, 206–7.

⁸⁷ Schønning Peter, *Ophavsretsloven med kommentarer*, 574–75.

3.5 Delkonklusion

Det danske aftalelicenssystem er en effektiv løsning på de udfordringer, masseudnyttelse af ophavsretligt beskyttede værker skaber for individuel klarering. Den klassiske ophavsret kræver individuelt samtykke, men i praksis er dette uhensigtsmæssigt ved mange samtidige rettigheder. Her udgør aftalelicensen en balanceret model, som forener effektiv adgang for brugere med rimelighed for rettighedshavere. Inspireret af Svante Bergströms idé om "utsträckt generellt tillstånd", har ordningen udviklet sig til et grundelement i nordisk ophavsret. Systemet bygger på CMO'er, som kan godkendes af Kulturministeriet til at indgå aftaler med virkning for organiserede og uorganiserede rettighedshavere. Betingelser som repræsentativitet, offentlig godkendelse og bekendtgørelse skaber gennemsigtighed og beskytter uorganiserede rettighedshavere. De kan opnå vederlag (§ 51), gøre indsigelse (opt-out) og anmode om mægling (§ 52). Samlet set er aftalelicensen en fleksibel og retssikker løsning, tilpasset moderne behov.

Del 4: Fordele og ulemper ved aftalelicenssystemet

Følgende afsnit har til formål at undersøge, hvilke fordele og retlige udfordringer der knytter sig til aftalelicenssystemets anvendelse i praksis. Der lægges særlig vægt på balancen mellem rettighedshavernes kontrol og brugernes adgang, og de retlige problemstillinger, der opstår i den forbindelse. Afslutningsvis foretages en samlet afvejning, hvor det vurderes, i hvilket omfang aftalelicenssystemet kan anses for en hensigtsmæssig og legitim løsning, når de nødvendige forudsætninger er opfyldt.

4.1 Fordelene ved aftalelicenssystemet

Fordelene ved aftalelicenssystemet kan føres tilbage til Bergströms introduktion i 1960, jf. afsnit 3.2.1. Disse betragtninger har fortsat væsentlig betydning for den måde, aftalelicenssystemet fungerer på i dag.

Den overordnede fordel ved aftalelicens hænger tæt sammen med systemets formål: at etablere en juridisk ramme for kollektiv rettighedsklarering i masseudnyttelsessituationer, der effektivt forebygger retsusikkerhed og administrative byrder for både brugere og rettighedshavere.⁸⁸ Det centrale formål er at medtage de uorganiserede rettighedshavere og dermed sikre brugeren adgang til en one-stop-løsning. Særligt for brugerne skaber dette en høj grad af juridisk sikkerhed, idet aftalelicensens brede dækning, legitimeret gennem CMO'ens repræsentative karakter, minimerer risikoen for ophavsretskrænkelser og sikrer, at brugerne lovligt og trygt kan anvende beskyttet materiale.⁸⁹

I Norden anses aftalelicensen som en meget vellykket juridisk opfindelse, der effektivt understøtter forvaltningen af ophavsrettigheder. Aftalelicenssystemet skaber en samlet og praktisk løsning, hvor f.eks. skoler, biblioteker og medieinstitutioner kan opnå lovlig adgang til omfattende mængder beskyttet materiale uden individuelle forhandlinger. Samtidig sikres rettighedshaverne vederlag og et effektivt værn mod uautoriseret brug. For så vidt angår vederlaget, har det vist sig, at forhandlinger mellem brugerorganisationer og CMO'er ofte resulterer i bedre vilkår for rettighedshavere end

⁸⁸ Schønning Peter, 557–58.

⁸⁹ Guibault og Schroff, "Extended Collective Licensing for the Use of Out-of-Commerce Works in Europe", 918.

tvangslicenser ville kunne, netop fordi de kollektive aftaler afspejler markedsforhold og konkrete anvendelsesmønstre.⁹⁰

Aftalelicensen fungerer således som en one-stop-løsning, der minimerer administrative byrder og fremmer både juridisk klarhed og lovlig brug. Den kollektive forvaltning via CMO'erne bliver særlig effektiv, fordi aftalerne tillægges virkning også for uorganiserede rettighedshavere, hvilket både forøger værdien af aftalerne for brugerne og sikrer, at uorganiserede rettighedshavere modtager vederlag og behandles på lige fod med organiserede ophavere.⁹¹ Dette lighedsprincip er af stor betydning og bidrager til systemets legitimitet. Uorganiserede rettighedshavere nyder ikke blot samme retsstilling som organiserede, men modtager også vederlag for brugen af deres værker.⁹²

Aftalelicenssystemet bygger videre på eksisterende forvaltningsstrukturer, som f.eks. ses med KODA og Copydan, og styrker disses funktion ved at tillægge de kollektive aftaler aftalelicensvirkning. Herved er aftalelicenssystemet med til at realisere de grundlæggende formål med kollektiv rettighedsforvaltning, nemlig at lette adgangen til kreative værker, sikre betaling og fremme både produktion og formidling af kulturelt og uddannelsesmæssigt indhold, jf. afsnit 2.3.

Sammenfattende er fordelene ved aftalelicenssystemet både juridiske, økonomiske og samfundsmæssige. Det muliggør effektiv masseudnyttelse, beskytter rettighedshavernes økonomiske interesser, fremmer lige behandling af uorganiserede rettighedshavere og sikrer retsklarhed for brugere. Hertil kommer, at systemet i sin konstruktion forener det bedste fra to verdener. Det har tvangslicensens effektivitet, men bevarer samtidig aftalefrihed og rettighedshaverens kontrol over rettighedernes anvendelse. Dermed opnås en fleksibel og fremtidssikret reguleringsmodel, som kan imødekomme samfundets behov i en digital og kulturformidlende kontekst.⁹³

⁹⁰ Guibault og Schroff, 918.

⁹¹ Rosenmeier Morten, Schovsbo Jens, og Salung Petersen Clement, *Immaterielret.*, 196–97.

⁹² Trumpke, “Effects and Potential of Extended Collective License Systems”, 89.

⁹³ Riis og Schovsbo, “Extended Collective Licenses and the Nordic Experience - It's a Hybrid but Is It a Volvo or a Lemon?”, 2.

4.2 Ulemperne ved aftalelicenssystemet

På baggrund af den foregående gennemgang fremstår aftalelicenssystemet som en effektiv løsning på udfordringer ved masseanvendelse af ophavsretligt beskyttet materiale. Det kan derfor synes, at systemet er uden større problemer, en opfattelse, der ofte deles i europæisk sammenhæng. Det bør dog overvejes, om den begrænsede kritik skyldes systemets praktiske funktionalitet, eller snarere en tilbageholdenhed med at udfordre en veletableret ordning, hvor betydelige økonomiske interesser, især hos CMO'erne, præger og begrænser den retspolitiske debat.

Den væsentligste ulempe ved aftalelicenssystemet er, at det kun er den næstbedste løsning for både rettighedshavere og brugere. Ideelt set ville begge parter foretrække direkte klarering, som bedre kunne imødekomme individuelle behov. Det er derfor nødvendigt løbende at afveje fordele og ulemper ved kollektiv versus individuel forvaltning. Aftalelicens bør derfor kun anvendes i situationer, hvor individuel klarering er praktisk umulig eller uforholdsmæssigt byrdefuld, altså hvor den fremstår som det mest hensigtsmæssige alternativ.

Denne afvejning afspejler en mere grundlæggende problematik: De forhold, der fremhæves som aftalelicenssystemets styrker, udgør også kernen i dets udfordringer. Som nævnt er en af de største fordele dets evne til at effektivisere kollektiv forvaltning, men netop denne effektivitet indebærer også en forskydning af forhandlingsstyrke og kontrol fra den enkelte ophaver til CMO'erne. Det rejser spørgsmål om repræsentation, gennemsigtighed og rettighedshaverens reelle indflydelse. Aftalelicensens virkning er således både systemets styrke og dets svaghed: Praktisk klarering opnås på bekostning af ophavsrettens eksklusive karakter og dermed dens retlige legitimitet. Systemets effektivitet beror på, at lovgiver accepterer, at frivillige kollektive aftaler får retsvirkning over for uorganiserede rettighedshavere.⁹⁴

Først og fremmest rejser aftalelicenssystemet grundlæggende principielle spørgsmål i forhold til ophaverens individuelle råderet over sine værker. Eftersom aftalelicenser udstrækkes til også at omfatte uorganiserede rettighedshavere, kan en ophavers værk anvendes uden dennes individuelle samtykke. Dette kan opfattes som en begrænsning af den eksklusive ret, som ellers er en grundpille i

⁹⁴ Riis, Rognstad, og Schovsbo, "Collective Agreements for the Clearance of Copyrights – The Case of Collective Management and Extended Collective Licenses", 3–4.

ophavsretten. Selvom ophaveren formelt har mulighed for at fravælge aftalelicensen (opt-out) og dermed genetablere sin eksklusive råderet over værket, fungerer denne mulighed ofte utilfredsstillende i praksis. Problemet består i, at mange ophavere slet ikke er bekendt med, at deres værk anvendes under en aftalelicens, og de har derfor ingen reel mulighed for at udøve deres opt-out-ret i tide. Dermed bliver opt-out ikke en effektiv beskyttelse af ophaverens eksklusivitet, men snarere en teoretisk mulighed uden praktisk gennemslagskraft. Det rejser spørgsmålet, om aftalelicens i realiteten fører til en retlig konstruktion, hvor ophaveren mister retten til at sige nej og alene får retten til at få betaling og dermed om systemet erstatter eksklusivitet med vederlagskompensation.⁹⁵ Kritikere har på denne baggrund betegnet den danske model som en *“tvangsmæssig aftalelicens”*.⁹⁶ Det kan derfor argumenteres, at en væsentlig ulempe ved aftalelicens er, at den risikerer at omdanne ophavsrettens eksklusivitet til en ret til vederlag og dermed undergrave rettens grundlæggende karakter. Selvom aftalelicensreglerne ”fungerer” i den forstand, at de generer indtægter til rettighedshaverne, er de ikke fritaget for kritik og vil kunne møde problemer, hvis ordningens effekt reelt ville være at erstatte et eksklusivitetsbaseret system med et vederlagsbaseret system.⁹⁷

Netop dette leder til spørgsmålet om repræsentativitet. Det er afgørende, at den forhandlende CMO rent faktisk er tilstrækkeligt repræsentativ. Hvis ikke, kan det rejse spørgsmål om legitimiteten af aftalelicensen og dens bindende virkning for uorganiserede rettighedshavere. Hvis kun en lille del af ophaverne er tilsluttet, vil aftalelicens fremstå mindre som en kollektiv aftale og mere som en påtvunget ordning, hvilket kan undergrave dens effekt. I et sådant tilfælde er der risiko for, at CMO’ens mandat ikke er baseret på reel kollektivitet, men på en juridisk fiktion, hvilket udfordrer hele den retlige konstruktion.⁹⁸

Herudover kan aftalelicenssystemet give anledning til visse økonomiske og konkurrencemæssige ulemper. Når en enkelt organisation får en lovbestemt beføjelse til at licensere et bestemt område, kan der opstå risiko for en monopol lignende tilstand. Dette kan potentielt påvirke prisdannelsen og vilkårene for brug af værkerne negativt, hvis ikke der føres tilsyn. I Danmark søges denne risiko

⁹⁵ Riis og Schovsbo, “Extended Collective Licenses and the Nordic Experience - It’s a Hybrid but Is It a Volvo or a Lemon?”

⁹⁶ Riis og Schovsbo, 5–6.

⁹⁷ Riis og Schovsbo, 15.

⁹⁸ Trumpke, “Effects and Potential of Extended Collective License Systems”.

håndteret gennem krav om Kulturministeriets godkendelse af CMO'er og mulighed for mægling eller Ophavsretslicensnævnets indblanding ved uenighed. En sådan one-stop-løsningen er derfor ikke uden risiko, hvorfor der løbende skal sikres en balance. Særligt i lyset af, at CMO'er kan have stærke forhandlingspositioner, og brugerne i praksis har begrænsede alternativer, må der stilles skærpede krav til gennemsigtighed og uafhængig kontrol. I denne sammenhæng kan der også opstå risiko for såkaldte hold-up-situationer, hvor parterne, trods gensidig afhængighed, ikke når til enighed om vilkårene. I sådanne tilfælde vil ingen lovlig anvendelse af værkerne være mulig, hvilket skaber en fastlåst forhandlingssituation, der kan være til skade for begge parter.⁹⁹

Endelig bør det nævnes, at aftalelicenssystemet er underlagt en territorial begrænsning, hvilket skaber betydelige udfordringer i en international og digital kontekst. Nationale aftalelicensordninger kan ikke uden videre hjemle anvendelse af værker uden for det pågældende lands grænser.¹⁰⁰ Dette er særligt problematisk i forbindelse med onlinebrug, hvor geografiske grænser har begrænset praktisk betydning. Den territoriale afgrænsning medfører, ordningen fungerer dårligt ved grænseoverskridende anvendelse, hvilket i praksis begrænser dens anvendelighed i moderne digitale distributionsformer og underminerer dens relevans i en globaliseret ophavsretlig virkelighed.¹⁰¹

Afslutningsvis kan tilføjes at den kollektive tilgang, herunder one-stop-løsningen, kan risikere at reducere incitamentet for ophavere til at forvalte deres rettigheder individuelt, hvilket kan føre til en vis passivitet og afhængighed af CMO'erne. Dette kan potentielt svække ophaverens kontrol over deres værker samt deres mulighed for at forhandle individuelle aftaler. På længere sigt risikerer dette at føre til en systemisk forskydning, hvor ophaverens rolle ændres fra aktiv rettighedsforvalter til passiv indtægtsmodtager, hvilket ville være i modstrid med ophavsrettens formål om at styrke den skabende part.

⁹⁹ Trumpke, 95.

¹⁰⁰ Trumpke, 97.

¹⁰¹ Riis, Rognstad, og Schovsbo, "Collective Agreements for the Clearance of Copyrights – The Case of Collective Management and Extended Collective Licenses", 13.

4.3 Konkret afvejning af fordele og ulemper

Ovenstående gennemgang har vist, at aftalelicenssystemet rummer en række fordele og ulemper, som i vidt omfang udspringer af de samme strukturelle og funktionelle træk. Fordelene og ulemperne kan således betragtes som to sider af samme reguleringsmodel og fremstår som modsatrettede konsekvenser af den kollektive tilgang. Hvor systemet på den ene side tilbyder effektiv rettighedsklarering og omkostningseffektiv adgang til værker, medfører det på den anden side en risiko for manglende individuelt samtykke og en forskydning af kontrol fra den enkelte ophaver til de kollektive forvaltningsorganisationer. På tilsvarende vis må hensynet til ligebehandling af organiserede og uorganiserede rettighedshavere samt juridisk klarhed for brugere afvejes mod et formindsket incitament til individuel forvaltning og en vis usikkerhed om den eksklusive råderets reelle opretholdelse. Endelig modsvares fordele som kulturformidling, styrket forhandlingsposition og støtte til digitalisering af udfordringer som monopoltendenser, territorial begrænsning og en praktisk set ineffektiv opt-out-ordning, der kan svække ophaverens faktiske kontrol med sine værker.

På denne baggrund må det konstateres, at en vurdering af aftalelicenssystemet nødvendigvis må bero på en konkret og afbalanceret afvejning, hvor fordelene og ulemperne sættes overfor hinanden. Det kan imidlertid konkluderes, at fordelene vejer tungest, når betingelserne for anvendelse er opfyldt, herunder særligt i situationer, hvor individuel licensering er praktisk umulig, og hvor den kollektive forvaltning er repræsentativ og underlagt tilstrækkelig gennemsigtighed.

Såfremt systemet i sin udformning og anvendelse er i overensstemmelse med ophavsrettens grundprincipper, vil aftalelicens i praksis kunne fungere til gensidig fordel for både brugere, rettighedshavere og samfundet som helhed. I sådanne tilfælde fremstår aftalelicens som én, hvis ikke den bedste, løsning på udfordringerne ved masseanvendelse af ophavsretligt beskyttet materiale.¹⁰²

4.4 Generel udfordring for aftalelicenssystemet

På grund af aftalelicenssystemets fordele går det nu sin sejrsgang i lande uden for Norden¹⁰³, hvilket præsenterer en mere generel udfordring ved især implementeringen af aftalelicenssystemet, som ikke

¹⁰² Trumpke, "Effects and Potential of Extended Collective License Systems", 89.

¹⁰³ Rosenmeier Morten, Schovsbo Jens, og Salung Petersen Clement, *Immaterialret.*, 197.

gør sig gældende i Norden. Aftalelicenssystemet forudsætter nemlig en kollektiv struktur og tillidsbaseret organisering, som ikke nødvendigvis findes i andre lande.

Aftalelicenssystemet er i stor grad bundet op på den strukturelle kollektive ramme, som kendetegner de nordiske lande. Fælles for disse er en høj organiseringsgrad blandt både oprindelige ophavere og øvrige rettighedshavere, der i vidt omfang er tilknyttet faglige sammenslutninger. Denne organisering har skabt legitimitet og tillid til systemet og muliggør en koordineret licenspraksis, der i praksis fungerer som en "one-stop shop" for brugerne.¹⁰⁴ Den komplekse og velkoordinerede struktur har utvivlsomt bidraget til det nordiske systems langvarige succes, idet samarbejdet mellem de forskellige aktørgrupper sikrer både effektiv rettighedsforvaltning og legitimitet i rettighedshavernes øjne.¹⁰⁵ Det bør dog understreges, at denne model i høj grad hviler på særlige nationale forudsætninger. Den nordiske succes med aftalelicenssystemet er tæt knyttet til en historisk tradition for kollektiv forvaltning, en stærk tillidskultur og bred politisk og kulturel opbakning til de involverede institutioner. Aftalelicensordningen er derfor ikke blot et teknisk instrument, men en integreret del af de nordiske ophavsretlige traditioner og retsordener.¹⁰⁶

Uden denne strukturelle ramme er der en reel risiko for, at CMO'er hverken har tid, kapacitet eller vilje til at varetage alle rettighedshaveres interesser, særligt de uorganiserede. Dette understøtter antagelsen om, at systemets anvendelighed uden for Norden kan være begrænset, i det omfang disse centrale kulturelle og institutionelle forudsætninger ikke er til stede.¹⁰⁷

Som anført i afsnit 3.4 kan aftalelicenssystemer kun realisere deres fulde potentiale, hvis visse grundlæggende betingelser er opfyldt. Hertil kommer, at den nordiske model, som anses for den mest udviklede, også forudsætter velfungerende CMO'er og en udbredt vilje blandt rettighedshaverne til kollektiv rettighedsforvaltning. Der skal altså være etablerede CMO'er, som effektivt kan varetage rettighedshavernes interesser, og en kultur, hvor kollektiv forvaltning foretrækkes frem for individuel

¹⁰⁴ Trumpke, "Effects and Potential of Extended Collective License Systems", 89.

¹⁰⁵ Trumpke, 91–92.

¹⁰⁶ Riis og Schovsbo, "Extended Collective Licenses and the Nordic Experience - It's a Hybrid but Is It a Volvo or a Lemon?", 18.

¹⁰⁷ Riis, Rognstad, og Schovsbo, "Collective Agreements for the Clearance of Copyrights – The Case of Collective Management and Extended Collective Licenses", 15.

håndhævelse. Denne kollektive tankegang er afgørende for modellens funktion og legitimitet, da det netop er rettighedshavernes frivillige valg om fælles forvaltning, der berettiger udvidelsen til også at omfatte uorganiserede rettighedshavere. Uden denne strukturelle og kulturelle forankring vil ethvert forsøg på at overføre modellen til andre jurisdiktioner formentlig være ineffektivt eller direkte kontraproduktivt.¹⁰⁸

Der rejser sig derfor et spørgsmål om, hvorvidt aftalelicens kan fungere i et land, som ikke nødvendigvis opfylder de grundlæggende betingelser nævnt ovenfor. Netop dette spørgsmål blev forsøgt besvaret ved panelsamtalen, som fandt sted under symposiet "Collective Management of Copyright: Solution or Sacrifice?".¹⁰⁹ Der blev spurgt, om der findes eksempler på et velfungerende aftalelicenssystem i lande uden en eksisterende struktur af velorganiserede forfatter- og forlagsfællesskaber, der via en paraplyorganisation kan tilbyde en samlet rettighedspakke, altså om aftalelicens kan fungere uden en etableret kollektiv ramme.

Alain Strowel svarede hertil, at aftalelicens kun kan fungere effektivt i en særlig kontekst, og at det ikke er tilfældigt, at modellen fungerer godt i de nordiske lande. Her bygger samfundet på konsensus og er præget af høj homogenitet. Der findes stærke CMO'er, som delvist er reguleret og opererer under gennemsigtige og relativt høje standarder. Derfor er forvaltningsstrukturen velfungerende, og den nødvendige kollektive ramme er allerede på plads. Han understregede desuden, at der i disse lande også findes en udbredt forståelse blandt brugerne for, at man bør bidrage. Disse samfund er til dels baseret på en idé om solidaritet, hvilket har været afgørende for, at ECL-systemet kunne etableres og opretholdes med stor succes for både rettighedshavere og brugere.

Ifølge Strowel opstår der derimod udfordringer, når man forsøger at udvide ECL-modellen til kontekster, hvor denne underliggende filosofi ikke deles. På internettet, hvor brugerne ofte har en anden tilgang til betaling og rettighedshåndtering, og hvor parterne ikke nødvendigvis accepterer de

¹⁰⁸ Trumpke, "Effects and Potential of Extended Collective License Systems", 95.

¹⁰⁹ Symposiet havde til formål at undersøge og diskutere aftalelicens som model for digitalisering af analoge materialer, herunder dens anvendelighed i forskellige juridiske og kulturelle kontekster, særligt forskellen mellem Europa (især de nordiske lande) og USA.

samme spilleregler, herunder princippet om, at ophavspersoner skal honoreres, bliver det markant vanskeligere.¹¹⁰

Strowel svarer dermed ikke direkte på spørgsmålet, men det fremgår indirekte af hans svar, at aftalelicens kræver en allerede etableret strukturelle kollektive ramme. Sammenfattende kan det derfor siges, at aftalelicenssystemet fungerer effektivt i Norden på grund af en stærk kollektiv struktur, høj organiseringsgrad blandt rettighedshavere og en kultur præget af tillid og solidaritet. Disse særlige forudsætninger muliggør en legitim og effektiv forvaltning. En grundlæggende ulempe eller nærmere udfordring ved aftalelicenssystemet er dermed dets afhængighed af særlige strukturelle og kulturelle forudsætninger.

4.5 Delkonklusion

Det kan konkluderes, at aftalelicenssystemet udgør en fordelagtig og praktisk løsning på udfordringerne ved masseanvendelse af ophavsretligt beskyttet materiale, forudsat at visse betingelser er opfyldt. Systemet muliggør effektiv rettighedsklarering, juridisk sikkerhed for brugere, vederlag til organiserede og uorganiserede rettighedshavere, lavere administrationsbyrder og bred adgang til kulturelt indhold. Det understøtter dermed ophavsrettens dobbelte formål om at belønne ophavere og fremme kulturformidling.

På trods af fordelene indebærer systemet visse grundlæggende ulemper. Det skaber udfordringer, særligt vedrørende repræsentativitet, gennemsigtighed og den enkelte ophavers kontrol over brugen af sine værker. Desuden rejser grænseoverskridende anvendelse og risikoen for monopollignende strukturer behov for løbende regulering.

Derfor må systemets fordele og ulemper afvejes konkret. Konklusionen er, at fordelene vejer tungest, hvor individuel klarering er urealistisk, og kollektiv forvaltning mest effektiv. Systemets succes afhænger dog af en velfungerende forvaltningsstruktur og kollektiv tankegang. Er disse til stede, fremstår aftalelicensen som en balanceret og bæredygtig model for moderne rettighedsforvaltning.

¹¹⁰ Panelists, "Panel", 747.

Del 5: Aftalelicenssystemet i lyset af menneskeretten

Spørgsmålet om, hvorvidt aftalelicenssystemet er foreneligt med menneskeretten, er centralt for dets legitimitet. Særligt rejser systemet tvivl om dets forenelighed med EMRK artikel 11 om den negative foreningsfrihed, når uorganiserede rettighedshavere omfattes uden forudgående samtykke. Nedenstående afsnit undersøger, om der foreligger et menneskeretligt relevant indgreb i EMRK art. 11, og om dette, i givet fald, kan anses for lovligt og proportionalt efter konventionens bestemmelser.

5.1 EMRK artikel 11 og negativ foreningsfrihed

Helt overordnet skal det fastlægges, at individets grundlæggende rettigheder er sikret i Grundloven¹¹¹, EU-retten, EMRK og en lang række andre internationale menneskerettighedskonventioner, som Danmark har tiltrådt. Relevant for nærværende afhandling er EMRK.

EMRK blev inkorporeret i dansk ret ved lov i 1992 og udgør derfor en del af den almindelige lovgivning. Det betyder, at EMRK har forrang for modstridende dansk lov, men ikke for Grundloven. Dansk lovgivning skal fortolkes i overensstemmelse med EMRK og Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols (EMD) praksis.¹¹²

Grundlovens § 78 og EMRK artikel 11

Grundlovens § 78 og EMRK art. 11 beskytter begge friheden til at danne, drive og melde sig ind i foreninger, altså den positive foreningsfrihed. Herudover beskytter EMRK art. 11 også friheden til at stå uden for en bestemt forening, den negative foreningsfrihed. Selvom ordlyden ikke eksplicit nævner retten til ikke at være foreningsmedlem, har EMD gennem praksis anerkendt, at art. 11 også omfatter den negative foreningsfrihed.

Foreningsfriheden er, ligesom ytrings- og forsamlingsfriheden, ikke blot vigtig for individet, men også afgørende for den demokratiske meningsdannelse og proces. Denne positive og negative foreningsfrihed omfatter som udgangspunkt foreninger med et hvilket som helst formål. Herudover muliggør foreningsfriheden også kollektiv varetægelse af fælles interesser, gennem en fagforenings,

¹¹¹ Danmarks Riges Grundlov, lov nr. 169 af 5. juni 1953 (herefter Grundloven)

¹¹² Rytter Jens Elo, *Individets grundlæggende rettigheder*, 49–62.

grundejerforening, eller lignende herunder CMO. Foreningsfrihed betyder i sin kerne, at man frit kan danne og drive en forening uden offentlig indblanding, samt frit kan melde sig ind i en forening eller stå uden for en bestemt forening uden, at dette kommer individet til skade. Mens den positive foreningsfrihed er en klassisk del af foreningsfriheden, er den negative foreningsfrihed kun gradvist blevet anerkendt. Dette skyldes navnlig, at spørgsmålet om især fagforeningstvang traditionelt, har været et politisk følsomt emne.¹¹³ Foreningsfrihedens positive og negative sider er dog ofte forbundne og er reelt to sider af samme princip.¹¹⁴ EMD har tillige udtalt at fortolke art. 11 som udelukkende en positiv ret til foreningsdannelse ville indebære en fornægtelse af selve princippet for denne frihed, og at visse former for tvang til medlemskab rammer selve kernen i den frihed, som bestemmelsen skal beskytte.¹¹⁵

Negativ foreningsfrihed

Selvom EMRK art. 11 ikke eksplicit nævner den negative foreningsfrihed, har EMD gennem praksis fastslået, at bestemmelsen også beskytter mod tvungen foreningstilknytning. EMD fastslog i den ledende *Young, James and Webster* (1981)¹¹⁶, at art. 11 i beskytter mod egentlig foreningstvang, eftersom foreningsfrihed kun reel eksistere, hvis den enkelte faktisk har en reel og brugbar mulighed for at vælge, om og hvordan vedkommende vil tilslutte sig en forening. EMD's senere praksis har imidlertid definitivt bekræftet, at den negative foreningsfrihed er beskyttet. I *Sigurjónsson* (1993)¹¹⁷ anerkendte Domstolen klart, at art. 11 også omfatter en negativ foreningsfrihed, og i *Sørensen og Rasmussen* (2006)¹¹⁸ statueredes krænkelse, hvor arbejdstagere enten blev nægtet ansættelse eller afskediget som følge af deres afvisning af at tilslutte sig en bestemt fagforening. Det er således fast praksis, at foreningstvang, både som følge af lovgivning og som følge af private aftaler, kan udgøre et indgreb i art. 11, og at staten har en positiv forpligtelse til at beskytte individet herimod.

¹¹³ Rytter Jens Elo, 370–71.

¹¹⁴ Rytter Jens Elo, 387.

¹¹⁵ EMD, *Young, James and Webster*, dom af 13. august 1981, sag nr. 7601/76 m.fl.

¹¹⁶ EMD, *Young, James and Webster*, dom af 13. august 1981, sag nr. 7601/76 m.fl.

¹¹⁷ EMD, *Sigurjónsson*, dom af 30. juni 1993, sag nr. 16130/90

¹¹⁸ EMD, *Sørensen og Rasmussen*, dom af 11. januar 2006, sag nr. 52562/99 m.fl.

Dog er retten til at stå uden for en forening ikke absolut. EMD har anerkendt, at visse former for medlemspligt, f.eks. grundejer- eller ejerforening, kan være forenelige med konventionen, hvis tilslutningen sker som led i en frivillig overtagelse og tjener saglige, praktiske formål. Vurderingen beror på arten af den pågældende forening og det formål, tvangstilknytningen søger at opfylde. Indgreb i den negative foreningsfrihed må derfor hvile på tungtvejende hensyn og være nødvendige i et demokratisk samfund.¹¹⁹

5.2 Finder artikel 11 anvendelse på kollektive forvaltningsorganisationer

Det er en forudsætning for anvendelsen af EMRK art. 11, at der foreligger en "forening" i konventionens forstand, hvilket rejser spørgsmålet, om CMO'er overhovedet kan betragtes som sådanne.

Hverken grundlovens § 78 eller EMRK art. 11 definerer foreningsbegrebet, men begrebet forstås normalt som et frivilligt og varigt samvirke mellem en kreds af personer om et fælles formål, uanset om formålet er politisk, fagligt, kulturelt, økonomisk eller andet. I modsætning til den blotte forsamling har en forening en mere fast institutionel struktur og udgør typisk en selvstændig juridisk person med egne rettigheder og forpligtelser. En forening vil ofte have formelle vedtægter og konstituerede organer, men det er ikke et ubetinget krav.

Efter EMRK art. 11 omfattes kun overvejende private foreninger, der er uafhængige af staten. I *Le Compte m.fl. mod Belgien* (1981)¹²⁰ afviste EMD, at en lovbaseret lægeorganisation med offentligretlige beføjelser var omfattet. Modsat fandt Domstolen i *Chassagnou mod Frankrig* (1999)¹²¹, at en jagtforening med lovhjemmel og offentligt tilsyn var omfattet, fordi den bestod af private medlemmer uden myndighedsudøvelse. Vurderingen beror således på, om organisationen reelt udøver offentlig regulering, eller fremstår som et privatretligt samvirke.¹²²

¹¹⁹ Rytter Jens Elo, *Individets grundlæggende rettigheder*, 387–91.

¹²⁰ EMD, *Le Compte m.fl. mod Belgien*, dom af 23. juni 1981, sag nr. 6878/75 m.fl.

¹²¹ EMD, *Chassagnou mod Frankrig*, dom af 29. april 1999, sag nr. 25088/94 m.fl.

¹²² Rytter Jens Elo, *Individets grundlæggende rettigheder*, 372.

Det lægges i det følgende til grund, at CMO'er er omfattet af foreningsbegrebet i EMRK art. 11. Organisationerne er stiftet som privatretlige, medlemsbaserede enheder med egne vedtægter og interne beslutningsorganer og har til formål at varetage medlemmers økonomiske interesser. De udviser dermed de grundlæggende kendetegn ved en forening. Særligt henset til EMRK's brede foreningsbegreb og domstolens praksis i Chassagnou må det antages, at også CMO'er kan omfattes, uanset at de er lovregulerede og underlagt visse tilsynsbeføjelser. Det kan dog ikke afvises, at den tætte regulering, aftalelicensordningen og organisationernes virkning ud over medlemskredsen kan føre til det modsatte resultat, jf. Le Compte-praksis. Alligevel vurderes det mest nærliggende for den videre analyse, at CMO'er udgør foreninger i EMRK's forstand, hvorfor dette lægges til grund.

5.3 Udgør det danske aftalelicenssystem et indgreb i den negative foreningsfrihed?

Det danske aftalelicenssystem rejser spørgsmålet, om uorganiserede rettighedshavere reelt får deres rettigheder forvaltet af en CMO mod deres vilje, og om dette udgør et indgreb i deres negative foreningsfrihed efter EMRK art. 11.

Det må derfor vurderes, om der overhovedet foreligger et indgreb, og om det i givet fald er retligt relevant. Et indgreb forudsætter, at retten til ikke at tilslutte sig en forening begrænses på en måde, der falder inden for art. 11's beskyttelse. Følgende to synspunkter kan anlægges.

Aftalelicensen etablerer et tvungent kollektivt licensfællesskab, hvor uorganiserede rettighedshavere uden samtykke får deres rettigheder forvaltet af en CMO og behandles, som havde de givet fuldmagt. Selvom ordningen kan frameldes, forudsætter det kendskab og en aktiv handling. I praksis risikerer ophavere, at deres værker udnyttes, før de informeres. Dette begrænser deres mulighed for at stå uden for kollektive ordninger. Dette kan sidestilles med en form for de facto-medlemskab uden ideologisk tilslutning, men med retsvirkninger, der ligner medlemskab.

Aftalelicens griber ikke ind i den negative foreningsfrihed, da ophavere ikke tvinges til medlemskab eller tilslutning, men blot underlægges en ordning for forvaltning af deres ophavsrettigheder. Ordningen har et rent administrativt sigte og adskiller sig fra klassiske foreningsspørgsmål, eftersom der blot er tale om en måde at forvalte ophavsrettigheder på. Art. 11 beskytter primært mod tvang knyttet til ideologisk eller faglig tilknytning, ikke tekniske systemer med opt-out, hvor valgfriheden i sidste ende bevares.

Hvilket synspunkt man anlægger, afhænger af, hvor vidtgående man fortolker art. 11 i konteksten af aftalelicenssystemet. Det kan dog med vægt argumenteres, at ordningen indebærer et vis indgreb, idet lovgivningen afviger fra udgangspunktet om individuel råden og underlægger uorganiserede rettighedshavere en kollektiv ordning uden forudgående samtykke. De skal selv aktivt fravælge deltagelse, hvilket strukturelt ligner et indirekte medlemskab.

I det følgende lægges derfor til grund, at der foreligger et indgreb i art. 11, hvilket nødvendiggør en vurdering af, om det kan retfærdiggøres efter EMRK art. 11, stk. 2.

5.4 Kan indgrebet retfærdiggøres efter EMRK art. 11, stk. 2

På trods af at aftalelicenssystemet udgør et indgreb i negative foreningsfrihed, kan det være lovligt efter EMRK art. 11, stk. 2, såfremt visse betingelser er opfyldt: Er indgrebet lovligt (hjemmelskravet), forfølger indgrebet et anerkendelsesværdigt formål og er indgrebet nødvendigt i et demokratisk samfund (proportionalitetskravet). Disse betingelser vil i det følgende blive vurderet i relation til aftalelicenssystemet.

5.4.1 Hjemmelskravet

Aftalelicenssystemet er klart reguleret i OPHL §§ 50–52 samt i de specifikke aftalelicensbestemmelser.¹²³ Der foreligger dermed tydelig lovhjemmel, hvilket opfylder EMRK's krav om, at et indgreb skal være ”foreskrevet ved lov”. Reglerne om, hvem der kan indgå aftaler, hvilke områder de dækker, og rettighedshavernes opt-out-mulighed, er tilgængelige og forudsigelige. Hjemmelskravet må derfor anses for utvivlsomt opfyldt.

5.4.2 Legitimt formål

EMRK art. 11, stk. 2 nævner udtømmende de legitime hensyn, som kan begrunde et indgreb i foreningsfriheden. Det fremgår, at indgrebet skal være nødvendigt i et demokratisk samfund af hensyn til den nationale sikkerhed eller den offentlige tryghed, for at forebygge uro eller forbrydelse, for at beskytte sundheden eller sædeligheden eller for at beskytte andres rettigheder og friheder.

¹²³ §§ 13, 14, 16 b, 16c, 17, stk. 3, 24 a, 29 a, 30, 33 og 35

I aftalelicenskonteksten er de relevante hensyn ikke de klassiske i forhold til sikkerhed, sundhed osv., men snarere ”beskyttelsen af andres rettigheder”. Dette kan forstås som hensynet til både rettighedshavere generelt og brugere/samfundet.¹²⁴ Formålet med aftalelicens er netop at fremme andres rettigheder og interesser.

For brugere som uddannelsesinstitutioner, biblioteker og medier sikrer aftalelicenssystemet nem og lovlig adgang til ophavsretligt beskyttet materiale, som ellers ville være svært og i nogle tilfælde umuligt at klarere individuelt. Denne one-stop-løsning understøtter samfundets generelle interesse i adgang til kultur, viden og information på ordnede vilkår og bidrager dermed til at fremme andres interesser. Herved kan aftalelicenssystemet indirekte styrke ytrings- og informationsfriheden, jf. EMRK art. 10.

For rettighedshaverne muliggør systemet bredere og kontrolleret brug af deres værker, samtidig med at de sikres betaling også i situationer, hvor anvendelse ellers ville ske uden tilladelse eller helt udeblive. Det er i deres klare interesse at få spredt deres værker mest muligt, så længe det sker mod vederlag. Aftalelicens beskytter derfor ophavernes økonomiske rettigheder gennem en effektiv licensmekanisme. Særligt for mindre eller uorganiserede rettighedshavere, som ikke har kapacitet til at forhandle med store brugere, skaber ordningen automatisk adgang og sikrer dem vederlag.

EMD har endnu ikke taget direkte stilling til aftalelicenssystemet, men analogier kan drages. I Chassagnou-sagen anerkendte Domstolen, at hensynet til almenvellet, her regulering af jagt, kunne udgøre et legitimt formål efter art. 11, stk. 2. I aftalelicenssammenhæng fremstår formålet som endnu tydeligere: at lette rettighedsklarering ved masseanvendelse til gavn for samfundet som helhed. EU-lovgivningen understøtter dette, idet både Infosoc-direktivet¹²⁵ og nyere EU-regler udtrykkeligt anerkender aftalelicenslignende ordninger som nødvendige i tilfælde, hvor individuel klarering er uforholdsmæssigt byrdefuld.¹²⁶

¹²⁴ Rytter Jens Elo, *Individets grundlæggende rettigheder*, 100–101.

¹²⁵ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2001/29/EF af 22. maj 2001 om harmonisering af visse aspekter af ophavsret og beslægtede rettigheder i informationssamfundet (herefter Infosoc-direktivet)

¹²⁶ Rosenmeier Morten, Schovsbo Jens, og Salung Petersen Clement, *Immaterielret.*, 197.

På denne baggrund kan det konstateres, at aftalelicenssystemets formål er legitimt og falder ind under beskyttelsen af “andres rettigheder og friheder” i konventionens forstand.

5.4.3 Nødvendighed og proportionalitetskravet

Den mest kritiske vurdering er, hvorvidt indgrebet kan anses som nødvendigt i et demokratisk samfund. Dette proportionalitetskrav indebærer at indgrebet skal være forholdsmæssigt afvejet ift. det legitime formål. Her vurderes, om mindre indgribende midler kunne opnå formålet, og om ordningen rummer tilstrækkelige ”sikringsmekanismer” for individets rettigheder.¹²⁷

Som anført i del 3 og 4, er aftalelicenssystemet netop udstyret med, hvad der kan betegnes som sikringsmekanismer, som dermed fungerer som balancefaktorer for at sikre at indgrebet er så minimalt som muligt. For aftalelicenssystemet er dette bl.a. opt-out-muligheden, begrænset anvendelsesområde og ligebehandling. Netop disse sikringsmekanismer vil gennemgås nedenfor for at vurdere, hvorvidt det indgreb aftalelicenssystemet udgør opfylder proportionalitetskravet.

Opt-out: Enhver rettighedshaver kan til enhver tid framelde sig, og netop denne mulighed udgør kernen i den negative foreningsfrihed. Opt-out bevarer den enkeltes uafhængighed, om end det kræver en aktiv handling. EMD har tidligere antydnet, at en reel valgmulighed kan udelukke en krænkelse, da negativ foreningsfrihed også indebærer retten til at udtræde uden uforholdsmæssige byrder.¹²⁸ I aftalelicenssystemet er opt-out-muligheden klar, ubetinget og uden begrundelseskrav. Så længe opt-out fungerer effektivt, vil det være vanskeligt at karakterisere ordningen som “tvangsmæssig”. Det forudsætter dog, at rettighedshaverne faktisk informeres om både ordningen og deres opt-out-mulighed, jf. OPHL § 50, stk. 5. Hvis informationspligten overholdes, vægter denne ret tungt i proportionalitetsvurderingen, da kun passive rettighedshavere omfattes, mens aktive modstandere kan træde ud.

Ingen sanktion mod at stå udenfor: I modsætning til closed shop-situationer medfører individuel forvaltning ingen negative konsekvenser. Der er ingen straf ved at stå uden for ordningen, højst går

¹²⁷ Rytter Jens Elo, *Individets grundlæggende rettigheder*, 102–8.

¹²⁸ Rytter Jens Elo, 391.

man glip af et eventuelt vederlag. Det er dermed et frivilligt fravalg af en fordel, ikke en sanktionslignende følge.

Begrænset anvendelsesområde: Som tidligere anført anvendes aftalelicens alene, hvor individuel licensering er praktisk umulig eller uforholdsmæssigt byrdefuld. Der er således tale om et nødvendighedsprincip. Uden aftalelicens ville brugen af visse værker ofte være ulovlig, umulig eller kræve tvangslicens. Aftalelicensens anvendelsesområde er desuden snævert, begrænset af konkrete hjemmelsbestemmelser og kravet om "nærmere defineret område" i § 50, stk. 2. Ordningen kan ikke anvendes generelt, men kun hvor kollektive løsninger er funktionelt og retligt nødvendige. Den fremstår derfor som et mindre indgribende alternativ til tvang og dermed som en skånsom løsning baseret på aftale frem for ensidig regulering.

Ret til vederlag: Uorganiserede rettighedshavere lider intet økonomisk tab, da de har ret til at kræve individuelt vederlag, jf. OPHL § 51, stk. 2. Aftalelicens kan således snarere siges at gavne end at skade disse ophavere økonomisk. Dette vejer ikke isoleret op for en eventuel frihedsbegrænsning, men understreger, at formålet ikke er at presse uorganiserede, men at inkludere dem til deres fordel.

Karakteren af de "foreninger", der er involveret: De organisationer, der indgår aftalelicenser, er typisk CMO'er som Copydan, der primært varetager administrativ og økonomisk forvaltning, ikke politiske eller ideologiske formål. Uorganiserede rettighedshavere tvinges ikke til at tilslutte sig holdninger, men omfattes blot af en licensordning. Det adskiller sig markant fra fx tvungen fagforeningsdeltagelse og gør indgrebet mindre indgribende i foreningsfrihedens kerne. En CMO kan snarere betragtes som en kvasi-offentlig forvalter end en klassisk forening.

Afslutningsvis og opsummerende kan det tilføjes, at i der generelt i danske lovforarbejder til OPHL, når det omhandler aftalelicens, netop har haft fokus på at respektere individuelle rettighedshaveres frihed. Vigtigheden af at rettighedshavere sikres at kunne bevare friheden til at udøve deres rettigheder på individuel basis er derfor flere gange understreget. Dette indikerer en bevidsthed om, at systemet skal udformes, så tvangsmomentet minimeres og den gældende § 50 med opt-out er netop udtryk for en sådan afvejning.

Alt i alt taler ovenforstående for, at hvis aftalelicensordningen anses for et indgreb i art. 11, så er det lovhjemlet, forfølger et anerkendelsesværdigt formål og opfylder proportionalitetskravet i EMRK art.

11, stk. 2. Ordningen er således nødvendig i et demokratisk samfund for at beskytte andres rettigheder.

5.5 Delkonklusion

Aftalelicenssystemet udgør efter en samlet vurdering et indgreb i den negative foreningsfrihed som beskyttet af EMRK art. 11, idet uorganiserede rettighedshavere omfattes af en kollektiv ordning uden forudgående samtykke og må tage aktivt skridt for at fravælge deltagelse. Systemet skaber dermed en form for de facto-tilknytning til en organisation, som rettighedshaveren aldrig har tilsluttet sig, hvilket strukturelt kan sidestilles med et indirekte medlemskab.

Dette indgreb kan imidlertid retfærdiggøres efter art. 11, stk. 2. Systemet er klart hjemlet i OPHL og forfølger et anerkendelsesværdigt formål i form af effektiv rettighedsforvaltning og beskyttelse af både brugeres og rettighedshaveres interesser. Indgrebet må desuden anses for nødvendigt og proportionelt, idet ordningen kun finder anvendelse på klart afgrænsede områder, hvor individuel klarering er uforholdsmæssigt byrdefuld. Hertil kommer, at ordningen rummer væsentlige sikringsmekanismer, navnlig en reel og ubetinget opt-out-adgang, retten til individuelt vederlag og fraværet af sanktioner for at stå udenfor.

Det bemærkes dog, at denne vurdering i sidste ende hviler på, at betingelserne i OPHL § 50 overholdes og virker effektivt i praksis. Især forudsætter det, at rettighedshaverne faktisk informeres om deres opt-out-mulighed, og at CMO'ernes repræsentativitet og godkendelse opretholdes i overensstemmelse med lovens krav. Såfremt disse betingelser ikke efterleves eller viser sig ineffektive, vil situationen være en anden, og grundlaget for at anse indgrebet som proportionalt vil kunne bortfalde.

På den baggrund må det konkluderes, at aftalelicenssystemet, selv hvis det udgør et indgreb i den negative foreningsfrihed, opfylder kravene i EMRK art. 11, stk. 2, og derfor er foreneligt med EMRK art. 11.

Del 6: Aftalelicenssystemet i lyset af folkeretten

Spørgsmålet om, hvorvidt aftalelicenssystemet er foreneligt med folkeretten, er ligeledes centralt for dets legitimitet. Bernerkonventionen udgør en væsentlig international målestok ved vurderingen af national ophavsretlig regulering. Forholdet mellem BKV og det nordiske aftalelicenssystem har med jævne mellemrum været genstand for debat, særligt i systemets tidlige år. Med tiden synes opfattelsen, i hvert fald blandt lovgivere, at være skiftet fra en vis tøven til en generel antagelse om, at aftalelicenser er forenelige med de internationale forpligtelser. Denne positive tilgang kommer også til udtryk i den nordiske juridiske litteratur, hvor det blandt andet fremhæves, at betragtning 18 til Infosoc-direktivet anerkender aftalelicenser som en legitim metode til forvaltning af ophavsrettigheder, hvorfor det antages, at systemet ikke er i strid med BKV.¹²⁹

På trods af, at der i Norden hersker en udbredt positiv opfattelse af aftalelicenssystemet, har ordningens gradvise udvidelse dog gjort den mere sårbar over for kritik og udfordringer i lyset af BKV's bestemmelser. Det forhold, at direktivet klassificerer aftalelicens som en forvaltningsmetode, kan ikke i sig selv anses for afgørende i vurderingen af, om systemet overholder de internationale ophavsretlige forpligtelser. Det må i stedet være aftalelicenssystemets konkrete udformning og anvendelse i praksis der er afgørende herfor.

Følgende afsnit har derfor til formål at analysere, hvorvidt aftalelicenssystemet er foreneligt med BKV. For at besvare dette fokus særligt på tre centrale bestemmelser: art. 5, stk. 2 om forbud mod formalitetskrav, art. 9, stk. 1 om ophaverens eksklusive ret til eksemplarfremsstilling samt art. 9, stk. 2, den såkaldte tretrin-test, der fastlægger betingelserne for lovlige undtagelser fra eneretten.

6.1 Bernerkonventionen

Folkeretten, herunder BKV har ikke automatisk retskraft i dansk ret, men udgør et vigtigt fortolkningsbidrag. Danmark følger det dualistiske princip, hvilket indebærer, at internationale traktater som BKV kun får intern retsvirkning, hvis de er inkorporeret ved lov, eller hvis deres bestemmelser er så klare, at de kan anses for selveksekverende. Den oprindelige BKV er fra 1886 og

¹²⁹ Schönning Peter og Blomqvist Jørgen, *International ophavsret*, 82.

blev tiltrådt af Danmark i 1903 og senest revideret i 1979.¹³⁰ Den er ikke inkorporeret, men dens bestemmelser er implementeret gennem OPHL. Derfor har BKV ikke selvstændig retskildestatus, men der gælder en formodning om, at lovgiver har villet opfylde sine traktatmæssige forpligtelser, og BKV skal dermed inddrages som fortolkningsbidrag ved tvivlsspørgsmål i national ret.¹³¹

BKV, omhandler beskyttelsen af værker og deres ophavere rettigheder. Den sikre skaberne mulighed for at kontrollere, hvordan deres værker anvendes, af hvem og på hvilke vilkår. BKV bygger på tre grundlæggende principper, herunder nationalbehandling, beskyttelse uden formalitetskrav og beskyttelsens uafhængighed, hertil indeholder den en række bestemmelser, der fastsætter den minimale beskyttelse, der skal ydes.

6.2 Artikel 5, stk. 2 – formalitetskravet

Det fremgår af BKV art. 5, stk. 2¹³², at intet land må gøre den ophavsretlige beskyttelse betinget af opfyldelse af formalitetskrav. Den ophavsretlige beskyttelse skal være formfri og indtræde ved værkets skabelse. Der må derfor ikke stilles krav om registrering eller lignende. Princippet er fundamentalt og indebærer, at enhver ophaver uden videre har beskyttelse overalt i unionslandene.¹³³

Med formalitet forstås der i konventions forstand en betingelse, der er nødvendig for, at ophavsretten kan bestå, altså administrative krav fastsat i national lovgivning, som, hvis de ikke opfyldes, medfører tab af ophavsretten. Eksempler herpå kan være pligten til at deponere et eksemplar af værket, registrering hos en offentlig eller officiel myndighed, betaling af registreringsgebyrer eller en eller flere af disse. Hvis beskyttelsen afhænger af, at sådanne formaliteter overholdes, er det en overtrædelse af konventionen.^{134135.}

¹³⁰ Schönning Peter, *Ophavsretsloven med kommentarer*, 120–21.

¹³¹ Rosenmeier Morten, Schovsbo Jens, og Salung Petersen Clement, *Immaterialret.*, 51–52.

¹³² “The enjoyment and the exercise of these rights shall not be subject to any formality; such enjoyment and such exercise shall be independent of the existence of protection in the country of origin of the work”

¹³³ Rosenmeier Morten, Schovsbo Jens, og Salung Petersen Clement, *Immaterialret.*, 55.

¹³⁴ WIPO, *Guide to the Berne convention for the protection of literary and artistic works: (Paris Act, 1971); Copyright*,

¹³⁵ Rosenmeier Morten, Schovsbo Jens, og Salung Petersen Clement, *Immaterialret.*, 55.

Aftalelicens berører ikke i sig selv retten til at nyde ophavsretligt beskyttelse, da eneretten forsat tilkommer ophaveren. Aftalelicens har derimod betydning for udøvelsen af rettighederne, idet brugen af værket sker uden forudgående individuel tilladelse, medmindre ophaveren aktivt fravælger systemet. Spørgsmålet er derfor, om kravet om aktivt opt-out for at genvinde den fulde individuelle rådighed kan anses for en ”formalitet” i strid med art. 5, stk. 2. Det følgende afsnit har til formål at undersøge dette nærmere.

6.2.1 Udgør opt-out en formalitet

Som Strowel påpeger, omfatter begrebet formalitet mere end blot skriftlige krav. Aftalelicens kræver ikke medlemskab af en CMO, og der stilles hverken registreringskrav eller medlemsbetingelser, som kan stride mod art. 5, stk. 2. Den lovbestemte udvidelseeffekt gør medlemskab overflødigt. Det er dog stadig de kollektive forhandlinger mellem CMO’en og brugeren, der fastlægger vilkårene, som derefter udvides ved lov.¹³⁶ Spørgsmålet er derfor ikke, om opt-out er nødvendigt for at nyde ophavsret, men om det er nødvendigt for at udøve rettighederne eksklusivt og individuelt, hvilket er afgørende for, om der er tale om en forbudt formalitet.

Som tidligere anført kan det argumenteres, at aftalelicensen risikerer at udhule ophavsrettens eksklusive karakter. Selv hvis indtægterne under aftalelicens svarer til dem ved individuel forvaltning, kan rettighedshaveren ikke forbyde brugen af sit værk uden aktivt at fravælge ordningen. Dermed bliver udøvelsen af ophavsretten som en eksklusiv ret betinget af en formel handling.¹³⁷ Hvis opt-out alene betyder, at kravet flyttes fra CMO’en til brugeren, bevares den eksklusive råderet reelt. Som Daniel J. Gervais påpeger, er dette dog ikke tilfældet, hvis vilkårene under aftalelicens væsentligt afviger fra, hvad rettighedshaveren kunne opnå individuelt. I så fald bliver opt-out i praksis en forudsætning for at udøve ophavsretten fuldt ud, hvilket kan indebære et uforeneligt formalitetskrav efter BKV art. 5, stk. 2.¹³⁸

¹³⁶ Strowel, “The European ‘Extended Collective Licensing’ Model”, 667–68.

¹³⁷ Riis og Schovsbo, “Extended Collective Licenses and the Nordic Experience - It’s a Hybrid but Is It a Volvo or a Lemon?”, 13.

¹³⁸ Gervais, “Application of an Extended Collective Licensing Regime in Canada”.

Det er dog uklart, om en sådan formel forudsætning, når den kræves ved lov, er i strid med art. 5 i BKV. De mest kendte eksempler omhandler alle, at rettighedshaveren skulle gøre noget aktivt, som staten krævede, for at kunne støtte ret på sin ophavsret.¹³⁹

Eftersom effekten af aftalelicens primært vedrører forvaltningen af allerede eksisterende rettigheder og ikke formaliteter til at kunne nyde ophavsretligt beskyttelse, kan det argumenteres, at aftalelicens ikke i sig selv udgør en betingelse for udøvelsen af ophavsretten som sådan. Hertil kommer, at BKV i forbindelse med visse former for brug tillader, at hvert land fastsætter de betingelser, hvorunder ophavsretten kan udøves.¹⁴⁰

Som anført af Peter Schønning kan muligheden for at give en meddelelse til en bruger eller rettighedsorganisation (altså en privat organisation) for at undgå at blive omfattet af aftalelicensvirkning ikke sidestilles med lovgivningskrav om statslig registrering eller lignede for overhovedet at være beskyttet. Hvorfor aftalelicens med mulighed for opt-out ikke kan anses som værende stridende med BKV art. 5, stk. 2. Hertil kommer, at virkningen af ikke at benytte opt-out ikke er retsløshed, men derimod blot, at rettighedshaveren får vederlag m.v. på helt samme måde som andre rettighedshavere, der omfattes af den pågældende aftale.¹⁴¹ Netop samme konklusion drages også af Gervais.¹⁴²

En tilsvarende vurdering fremgår hos Ginsburg, der ligeledes finder, at en opt-out-ordning som udgangspunkt ikke udgør en forbudt formalitet efter BKV art. 5, stk. 2, forudsat, at ordningen blot fungerer som en ejerskabserklæring og ikke indebærer en begrænsning af rettighedens faktiske udøvelse. Ginsburg fremhæver dog en sidste betingelse for aftalelicenssystemets forenelighed: ophaveren skal have en reel, tydelig og ubesværet adgang til at fravælge ordningen. Aftalelicenssystemets konventionsforenelighed afhænger dermed af et velfungerende opt-out-system, hvor rettighedshaverne på en informeret og praktisk tilgængelig måde kan fravælge

¹³⁹ Ricketson Sam og Ginsburg Jane C, *International Copyright and Neighbouring Rights*, 2006.

¹⁴⁰ Riis og Schovsbo, "Extended Collective Licenses and the Nordic Experience - It's a Hybrid but Is It a Volvo or a Lemon?", 13-14.

¹⁴¹ Schønning Peter og Blomqvist Jørgen, *International ophavsret*.

¹⁴² Gervais, "Application of an Extended Collective Licensing Regime in Canada", 19.

deltagelse, uden at møde urimelige hindringer, tekniske barrierer eller manglende oplysning om retten til at gøre dette.¹⁴³

Ginsburg argumenterer dermed, at et opt-out-system ikke automatisk er fri for at udgøre en formalitet. Om systemet er foreneligt med BKV afhænger både af, hvad ophavspersonen fravælger, og om der er tilstrækkelige proceduremæssige garantier, såsom tydelig information, forståelige konsekvenser og reel mulighed for at fravælge uden urimelige byrder. I mangel af sådanne proceduremæssige garantier bør aftalelicensvirkningen behandles som en begrænsning af ophaverens ret til udøvelse af sine rettigheder, hvis forenelighed med internationale normer skal vurderes efter tretrinstesten.

I denne forbindelse benytter Ginsburg Soulier-dommen (C-301/15)¹⁴⁴ fra EU-Domstolen (EUD) som et centralt fortolkningsbidrag. Heri anfægtede ophavere en fransk lov fra 2012, der gav en CMO bemyndigelse til at licensere digitale rettigheder til franske bøger, der var udgået af kommerciel handel før år 2000. Ophaverne kunne fravælge CMO'en forvaltning af deres værker, men i visse tilfælde kun, hvis de kunne bevise, at deres oprindelige trykte forlag ikke længere havde rettigheder til trykt udgivelse.¹⁴⁵ EUD underkendte det franske aftalelicenssystem på to hovedpunkter:

1. Det gav ikke ophaverne tilstrækkelig information om den brug, som loven gav CMO'en ret til at foretage, medmindre ophaveren udtrykkeligt gjorde indsigelse.
2. Det betingede ophaverens ret til at genvinde sine digitale rettigheder af, at vedkommende kunne bevise, at forlaget ikke længere havde rettigheder til trykt udgivelse.

Domstolen konkluderede, at sidstnævnte krav stred med BKV art. 5, stk. 2 eftersom ophaveren til et værk skal kunne bringe en tredjeparts udnyttelse af værket i digitalt format til ophør og forbyde enhver fremtidig brug i dette format uden forudgående at skulle opfylde en formalitet.¹⁴⁶

Dermed fastslog EUD i Soulier-dommen, at enhver ophaver konkret skal informeres om den fremtidige brug af sit værk fra en tredjeparts side samt om de muligheder, vedkommende har for at

¹⁴³ Ginsburg, "Extended Collective Licenses in International Treaty Perspective", 217 ff.

¹⁴⁴ EU-Domstolen, dom af 16. november 2016, Marc Soulier og Sara Doke mod Ministre de la Culture et de la Communication, sag C-301/15

¹⁴⁵ Ginsburg, "Extended Collective Licenses in International Treaty Perspective", 219.

¹⁴⁶ EU-Domstolen, dom af 16. november 2016, Marc Soulier og Sara Doke mod Ministre de la Culture et de la Communication, sag C-301/15

forbyde denne brug. Hvis der ikke foreligger faktisk og forudgående information om den påtænkte brug, er ophaveren ude af stand til at forholde sig til den og dermed til at forbyde den, hvis nødvendigt.

Ifølge Ginsburg kræver aftalelicens forenelighed med BKV art. 5, stk. 2 derfor, at ophaverne faktisk og individuelt informeres om omfanget af CMO'ens udøvelse af deres rettigheder. Kun da kan deres samtykke til overdragelsen udledes af deres valg om ikke at opt-out. Selvom EUD ikke præciserede de konkrete krav til, hvordan et opt-out skal gennemføres, kan det med rimelighed udledes, at det ikke må være så byrdefuldt, at de afholder ophaveren fra at forsøge at gøre brug. Ifølge Ginsburg skal ethvert opt-out-system ikke blot give tilstrækkelig information, men også være udformet, så det effektivt når ud til så mange berørte rettighedshavere som muligt, tydeligt forklarer, hvilke rettigheder CMO'en udøver og til hvilke formål, samt gør det så enkelt og omkostningsfrit som muligt at fravælge ordningen. Ginsburgs analyse viser dermed, at opt-out-ordninger kun kan anses for at være forenelige med BKV, hvis de ledsages af effektive og praktisk anvendelige procedurer, der sikrer, at ophaveren er reelt informeret, forstår konsekvenserne og uden væsentlige hindringer kan udøve sin ret til at fravælge deltagelse i aftalelicenssystemet.

Opsummering

Det kan hermed konstateres, at det danske aftalelicens ikke er strid med art. 5, stk. 2 i BKV, da den ikke indebærer obligatoriske formaliteter. Ophavsretten opstår automatisk og uden krav om registrering eller lignende. Opt-out-ordningen vedrører alene udøvelsen af rettighederne, ikke deres eksistens. Eftersom opt-out foretages over for en privat organisation og ikke som led i en statslig godkendelsesprocedure, kan det ikke sidestilles med de formaliteter, som konventionen forbyder. Rettighedshavere er fortsat beskyttet og har krav på vederlag, hvilket understøtter, at ordningen er forenelig med konventions krav. Dette forudsætter dog, at opt-out-muligheden er reelt tilgængelig, ukompliceret og ledsaget af tilstrækkelig information.

6.3 Artikel 9, stk. 1 – eksklusivitet

BKV art. 9, stk. 1¹⁴⁷, fastslår ophaverens eksklusive ret til eksemplarfremstilling af litterære og kunstneriske værker. Eksklusiviteten indebærer, at det alene er ophaveren, eller en rettighedshaver, der har fået overdraget retten, som kan bestemme, om og hvordan et værk må gengives. Denne eneret omfatter både en positiv ret til at give tilladelse til eksemplarfremstilling og en negativ ret til at forbyde tredjemand at foretage eksemplarfremstilling uden samtykke. Retten gælder uanset hvilken form eller teknologi, der anvendes til kopieringen. I overensstemmelse med BKV's princip om automatiske rettigheder, kræver eneretten ingen registrering eller opfyldelse af formelle betingelser for at være gyldig. Dog giver art. 9, stk. 2, mulighed for, at medlemsstaterne kan indføre visse undtagelser til eneretten. Disse undtagelser er dog underlagt den såkaldte tretrinstest, som gennemgås nærmere nedenfor.¹⁴⁸

BKV bygger dermed, ligesom OPHL, på et system af eksklusivitet. Set ud fra dette perspektiv vil aftalelicens umiddelbart fremstå som uproblematisk, så længe de er frivillige og udelukkende fungerer som en forvaltningsmetode. Hvis aftalelicens derimod får karakter af generelle standardregler eller i visse tilfælde udgør det grundlæggende udgangspunkt for rettighedsforvaltningen, kan det rejse tvivl om, hvorvidt ordningen er i overensstemmelse med BKV.¹⁴⁹

6.3.1 Udgør aftalelicenssystemet en indgreb i eksklusiviteten

Som anført i afsnit 4.2 er en væsentlig ulempe ved aftalelicenssystemet, at det i praksis kan underminere ophavsrettens eksklusive karakter, særligt når uorganiserede rettighedshavere omfattes uden deres udtrykkelige samtykke. Selvom der formelt findes en opt-out-mulighed, fungerer denne ofte utilstrækkeligt, bl.a. fordi mange rettighedshavere ikke er klar over, at deres værker anvendes. Herved risikerer systemet at erstatte den eksklusive råderet med en ret til vederlag, hvilket kan udhule

¹⁴⁷ “Authors of literary and artistic works protected by this Convention shall have the exclusive right of authorizing the reproduction of these works, in any manner or form”.

¹⁴⁸ Ricketson Sam og Ginsburg Jane C, *International Copyright and Neighbouring Rights*, 2022.

¹⁴⁹ Riis og Schovsbo, “Extended Collective Licenses and the Nordic Experience - It's a Hybrid but Is It a Volvo or a Lemon?”, 11.

beskyttelsen i BKV art. 9, stk. 1. Aftalelicens fremstår da ikke blot som en administrativ forvaltningsform, men som en ordning, der kan indskrænke ophaverens rettigheder og rejse tvivl om overensstemmelsen med eksklusivitetsprincippet.

Det er derfor afgørende at skelne mellem aftalelicensordninger med og uden reel opt-out-mulighed. Kun hvor rettighedshavere effektivt kan fravælge brugen, kan ordningen betragtes som frivillig og dermed forenelig med den eksklusive råderet. I sådanne tilfælde bevares ophavsrettens eksklusive karakter i et vist omfang, idet kontrollen over værkets anvendelse forbliver hos ophaveren.

For det danske aftalelicenssystem er det centrale, at eneretten fortsat tilkommer ophaveren, og at frivilligheden sikres gennem opt-out. Eftersom OPHL forudsætter en sådan mulighed, fremstår ordningen i udgangspunktet som frivillig. Spørgsmålet er dog, om rettighedshaverne reelt og effektivt kan fravælge brugen.

Hertil opstiller OPHL betingelser for, hvornår en aftale kan få aftalelicensvirkning: Aftalen skal indgås med en tilstrækkeligt repræsentativ CMO, jf. § 50, stk. 1, som skal være godkendt af Kulturministeriet, jf. stk. 4. Derudover skal CMO'en informere rettighedshaverne om aftalen og deres mulighed for at nedlægge forbud, jf. stk. 5. Hvis disse krav overholdes i praksis, må eksklusivitetsprincippet anses for respekteret, idet ophaveren til enhver tid kan modsætte sig brugen. Retten til at forbyde eksemplarfremsstilling bevares dermed, blot udøvet gennem en alternativ forvaltningsform.

Opsummering

Det kan hermed konstateres, at det danske aftalelicenssystem kan anses for foreneligt med art. 9, stk. 1 i BKV, forudsat at aftalelicensen fungerer som en frivillig forvaltningsmekanisme og ikke som en undtagelse fra eneretten. Det afgørende er, om adgangen til fravalg i praksis er reel og effektiv. Hvis ikke dette er tilfældet og den eksklusive rådighed reelt erstattes af en ret til vederlag, kan det rejse tvivl om ordningens overensstemmelse med eksklusivitetsprincippet.

6.4 Udgør aftalelicenssystemet en indskrænkning eller undtagelse?

Tretrinstesten i BKV art. 9, stk. 2 finder kun anvendelse på ”indskrænkninger og undtagelser”, hvorfor aftalelicens kun kan være omfattet af testen, såfremt de kan kvalificeres som enten en indskrænkning eller en undtagelse. Det løser ikke nogen problemer blot at betragte aftalelicens som

en forvaltningsmetode på baggrund af infosoc-direktivet, det afgørende er de faktiske virkninger af aftalelicens og dets aftaler. Derfor er spørgsmålet, hvornår en regel udgør en indskrænkning eller undtagelse og om aftalelicenssystemet kan siges at udgøre en sådan.

Det fremhæves af P. Bernt Hugenholtz og Ruth Okediji i deres analyse af tretrinstesten, at det afgørende kriterium for at afgøre, om en regel udgør en indskrænkning eller undtagelse, er, om den eksklusive økonomiske ret forbliver intakt, og om eksklusiviteten fortsat kan håndhæves på vegne af rettighedsgaverne af udpegede CMO'er. Hvis det er tilfældet, er der ikke tale om en undtagelse eller indskrænkning, og tretrinstesten finder derfor ikke anvendelse.¹⁵⁰

Selv om aftalelicensordninger formelt bevarer ophaverens eksklusive rettigheder, hvilket umiddelbart taler imod, at de skal betragtes som undtagelser fra ophavsretten, kan det i praksis forholde sig anderledes. Hvis aftalelicens begrænser rettighedshavernes mulighed for at udøve deres eksklusivitet, eksempelvis fordi det alene er CMO'en, der handler på deres vegne, uden mulighed for individuel forhandling, kan det medføre, at eneretten ikke reelt kan påberåbes. I sådanne tilfælde er det ikke tilstrækkeligt blot at betegne ordningen som en forvaltningsmetode, hvis den i realiteten fungerer som en undtagelse fra eneretten. Den må da underlægges tretrinstestens krav, uanset den formelle klassifikation.¹⁵¹

Selvom aftalelicenser formelt bevarer eneretten og generer vederlaget til ophaverne, er de ikke immune over for nærmere ophavsretlig prøvelse. Dette er særlig relevant i tilfælde, hvor aftalelicens effekt i praksis bliver at erstatte et system baseret på eneret med et system baseret på vederlag.¹⁵²

Et illustrativt eksempel på, at aftalelicens i praksis kan medføre en sådan forskydning, ses i aftalerne om tekst- og nodekopiering i den danske uddannelsessektor, jf. OPHL § 13, hertil også §§ 14, 16b og § 50, stk. 2. Her indgår Tekst & Node landsdækkende aftaler med undervisningsinstitutioner, der giver lærere og elever adgang til at kopiere dele af ophavsretligt beskyttede værker uden forudgående individuel tilladelse fra rettighedshaverne. Disse aftaler omfatter også uorganiserede

¹⁵⁰ Hugenholtz og Okediji, "Conceiving an International Instrument on Limitations and Exceptions to Copyright".

¹⁵¹ Strowel, "The European 'Extended Collective Licensing' Model", 668–69.

¹⁵² Riis og Schovsbo, "Extended Collective Licenses and the Nordic Experience - It's a Hybrid but Is It a Volvo or a Lemon?", 15.

rettighedshavere, medmindre de aktivt fravælger ordningen. I praksis anvender kun få denne opt-out-mulighed. Som følge heraf har rettighedshaveren reelt ikke mulighed for at udøve sin eneret til at forbyde brugen af værket på dette område, men modtager i stedet et kollektivt fastsat vederlag. I sådanne tilfælde fremstår aftalelicensen ikke blot som en forvaltningsmetode, men nærmere som en ordning, der i praksis erstatter eksklusivitet med vederlagsret. Dette understøtter vurderingen af, at visse aftalelicensordninger må siges at være så brede, at de reelt bør kvalificeres som undtagelser og derfor vurderes i henhold til tretrinstesten i BKV art. 9, stk. 2.

På den baggrund lægges det til grund, at visse aftalelicensordninger i praksis kan fremstå som undtagelser fra eneretten. Hvis der er tale om en undtagelse, skal undtagelsen overholde de internationale begrænsninger og i lyset af BKV gælder den såkaldte tretrinstest, som udgør en begrænsning for enhver undtagelse fra ophavsretten. Det næste afsnit vil derfor undersøge, om disse ordninger opfylder kravene i tretrinstesten i BKV art. 9, stk. 2 på trods af Infosoc-direktivets klassifikation af aftalelicens som en forvaltningsmetode.

6.5 Artikel 9, stk. 2 – Tretrinstesten

Den såkaldte tretrinstest fremgår af BKV art. 9, stk. 2¹⁵³, den fastsætter de folkeretlige betingelser for, hvornår et land må indføre undtagelser til ophaverens eneret til eksemplarfremstilling. Testens tre trin er som følger:

1. Det sker i visse særlige tilfælde (special cases),
2. Det ikke griber ind i den normale udnyttelse af værket (normal exploitation), og
3. Det ikke medfører urimelig skade på ophaverens interesser (unreasonable prejudice).

Tretrinstesten opstiller således de overordnede rammer for, hvornår en undtagelse til eneretten kan anses for forenelig med BKV. Spørgsmålet er herefter, hvordan disse tre krav nærmere skal forstås og anvendes i praksis.

¹⁵³ "It shall be a matter for legislation in the countries of the Union to permit the reproduction of such works in certain special cases, provided that such reproduction does not conflict with a normal exploitation of the work and does not unreasonably prejudice the legitimate interests of the author"

Generelle bemærkninger om fortolkningen af tretrinstesten

Tretrinstestens første krav omfatter, at undtagelser kun må finde sted i "visse særlige tilfælde", hvilket indebærer, at de skal være klart og snævert afgrænsede for at sikre retssikkerhed og forudsigelighed. Undtagelser må ikke være generelle, men skal rettes mod ekstraordinære situationer.

Det andet krav forbyder undtagelser, der griber ind i den normale udnyttelse af værket. Dette vurderes økonomisk og omfatter både aktuelle og sandsynlige fremtidige indtægtskilder. Ikke alle økonomiske tab er problematiske, men undtagelsen må ikke underminere ophavsrettens økonomiske grundlag.

Det tredje krav forhindrer undtagelser, som påfører rettighedshaveren urimelig skade. En vis skade kan accepteres, især ved rimelig kompensation. Samfundsmæssige hensyn og grundlæggende rettigheder kan indgå i vurderingen, som derfor beror på en konkret interesseafvejning.¹⁵⁴

Det skal dog bemærkes, at fortolkningen af tretrinstestens påvirkes af, at aftalelicens primært anvendes i Norden. Den lange tradition herfor har præget forståelsen af, hvad der udgør "normal udnyttelse" og rettighedshaverens "legitime interesser". Selvom man kunne hævde, at den danske ordning er vidtgående, har den ikke mødt nævneværdig modstand, tværtimod støttes den bredt af rettighedshavernes egne organisationer. I en nordisk kontekst kan kollektiv rettighedsforvaltning derfor anses som en del af den normale udnyttelse. BKV åbner i nogen grad for en sådan polycentrisk fortolkning, men netop de særegne nordiske forhold kan gøre modellen vanskelig at overføre til andre lande, som anført i afsnit 4.4.

6.5.1 Tretrinstestens anvendelse på aftalelicenssystemet

På denne baggrund af rejses spørgsmålet, om det danske aftalelicenssystem lever op til de krav, som følger af art. 9, stk. 2 i BKV og dermed kan anses for forenelig.

For det første kræver testen, at undtagelsen er begrænset til visse særlige tilfælde. Med undtagelse af den generelle regel i § 50, stk. 2, som behandles særskilt nedenfor, er de danske aftalelicensbestemmelser netop begrænset til klart afgrænsede situationer. Det fremgår f.eks. af § 50,

¹⁵⁴ Hugenholtz og Okediji, "Conceiving an International Instrument on Limitations and Exceptions to Copyright", 22-25.

stk. 1, som henviser til specifikke bestemmelser. Tager man reglerne enkeltvis, fremstår de derfor klart defineret og snævert afgrænset skaber dermed retssikkerhed. Man kan dog argumentere for, at nogle de specifikke aftalelicensbestemmelser, så som § 13 om eksemplarfremsstilling i undervisningssammenhæng, ikke kan siges at være rettet imod ekstraordinære situation, da den er for bredt anvendelig, da det dækker en hel uddannelsessektor. På den anden side dækker den jo netop et klart defineret og til dels snævert afgrænset område i den forstand, at der kun er tale om uddannelsessektoren. Det mest korrekte er derfor, at hver enkelt regel består den første betingelse i testen.

Man kunne dog hævde, at hvis alle specifikke aftalelicensregler ses under ét, fremstår de ikke længere som "særlige tilfælde". Et sådant synspunkt flytter fokus fra den enkelte undtagelse til systemets samlede virkning. Denne tilgang ville dog medføre praktiske problemer og u hensigtsmæssige konsekvenser. Vurderingen bør derfor ske for hver bestemmelse isoleret: så længe den klart og afgrænset definerer sit anvendelsesområde, er det uden betydning, at lignende regler eksisterer.¹⁵⁵

Mens de specifikke aftalelicensbestemmelser synes at opfylde tretrinstestens første krav, gælder det ikke nødvendigvis for den generelle regel i § 50, stk. 2. Den kan anvendes i enhver sammenhæng, hvor parterne indgår aftale, og angiver ikke selv et særligt anvendelsesområde. Derfor fremstår bestemmelsen mindre afgrænset end de øvrige. Det kan dog hævdes, at begrænsningen reelt sker gennem selve aftaleindgåelsen, som forudsætter et nærmere defineret område. Vurderingen bør derfor baseres på den faktiske anvendelse, ikke blot bestemmelsens ordlyd. En rent formel vurdering vil risikere at overse aftalelicensens praktiske funktion. På den baggrund kan det argumenteres, at § 50, stk. 2 også opfylder kravet om "særlige tilfælde", idet anvendelsen altid beror på en konkret og afgrænset aftale.¹⁵⁶

For det andet synes de danske aftalelicensbestemmelser ikke at gribe ind i den normale udnyttelse af værker i strid med tretrinstestens andet trin. I Danmark har særligt aftalelicenser på uddannelsesområdet fungeret i mange år og er blevet en integreret del af den kommercielle praksis. Da ordningerne bygger på kollektive aftaler, kan det hævdes, at rettighedshaverne har valgt denne

¹⁵⁵ Riis og Schovsbo, "Extended Collective Licenses and the Nordic Experience - It's a Hybrid but Is It a Volvo or a Lemon?", 16.

¹⁵⁶ Riis og Schovsbo, 17.

model frem for individuel licensering, forudsat at systemet reelt muliggør opt-out, så uorganiserede ikke tvinges ind i ordningen. På den baggrund og i lyset af den nordiske tradition og opbakning må det konkluderes, at bestemmelserne som udgangspunkt ikke forstyrrer den normale udnyttelse og derfor opfylder testens andet trin.

For det tredje medfører de danske aftalelicensregler ikke urimelig skade på rettighedshavernes legitime interesser. Ordningen bygger på betaling af vederlag, hvilket forhindrer økonomiske tab og understøtter, at den er rimelig. Da vurderingen af skade også omfatter, om der ydes kompensation, vil sådanne ordninger som udgangspunkt være acceptable. Hertil kommer, at begreberne ”urimelig” og ”legitim” tillader, at samfundshensyn og grundlæggende rettigheder inddrages, hvilket yderligere taler for, at reglerne opfylder tretrinstestens tredje betingelse.¹⁵⁷

Opsummering

Det kan dermed konstateres, at det danske aftalelicenssystem er foreneligt med BKV art. 9, stk. 2. De specifikke bestemmelser i OPHL fremstår klart definerede og begrænset til særlige tilfælde, og vurderes at bestå testens første trin. Selv § 50, stk. 2, der er bredt formuleret, synes, på grund af kravet om et nærmere defineret anvendelsesområde, også at kunne opfylde dette krav. Systemet synes desuden ikke at gribe ind i den normale udnyttelse af værker, især i lyset af nordisk praksis og opt-out-muligheder. Endelig vurderes reglerne ikke at medføre urimelig skade, bl.a. fordi der ydes vederlag og hensyn til samfundsinteresser kan inddrages. Aftalelicens er en integreret del af den nordiske ophavsretstradition og har været det i lang tid, hvorfor en dansk domstol næppe ville have vanskeligheder med at acceptere gyldigheden af aftalelicensreglerne i OPHL. En domstol i et land uden tilsvarende tradition ville muligvis nå til det modsatte resultat, uden nødvendigvis at have fortolket testen forkert. Den overordnede pointe er, at indførelsen af aftalelicensregler i retssystemer uden tradition for sådanne ordninger kan medføre større udfordringer i forhold til tretrinstesten, end analysen af de danske regler umiddelbart giver indtryk af.¹⁵⁸

¹⁵⁷ Riis og Schovsbo, 16–17.

¹⁵⁸ Riis og Schovsbo, 18.

6.6 Delkonklusion

På baggrund af ovenstående analysen kan det konkluderes, at det danske aftalelicenssystem i sin nuværende udformning som udgangspunkt er foreneligt med BKV centrale bestemmelser. Opt-out-ordningen indebærer ikke et formalitetskrav i strid med art. 5, stk. 2, forudsat at rettighedshaverne har reel, informeret og ukompliceret adgang til at fravælge ordningen. Eneretten i art. 9, stk. 1 anses fortsat for bevaret, så længe ordningen bygger på frivillighed og ikke reelt erstatter eksklusiv rådighed med en obligatorisk vederlagsret. Såfremt man ser bort fra Infosoc-direktivets betragtning 18 og i stedet kvalificerer aftalelicensordningen som en undtagelse fra eneretten, vil den, i sin nuværende udformning, fortsat kunne anses for forenelig med tretrinstesten i BKV art. 9, stk. 2. De danske bestemmelser opfylder som udgangspunkt kravene om, at undtagelsen skal være begrænset til særlige tilfælde, ikke gribe ind i den normale udnyttelse af værket og ikke medføre urimelig skade på rettighedshaverens legitime interesser. Dermed vil systemet kunne opretholdes også under en strengere kvalifikation som undtagelse.

På denne baggrund kan det konkluderes, at det danske aftalelicenssystem, uanset om det betragtes som en forvaltningsmetode eller kvalificeres som en undtagelse fra eneretten, fremstår som foreneligt med folkeretten, herunder BKV. Systemets nuværende udformning opfylder de relevante konventionsbestemmelser og kan dermed opretholdes som en legitim og konventionskonform ordning inden for international ophavsret.

Del 7: Aftalelicenssystemet i lyset af EU-retten

Aftalelicenssystemet har historisk fungeret som et særligt nordisk redskab til kollektiv rettighedsforvaltning og har i mange år eksisteret uden egentlig regulering på EU-niveau. Der har i den forbindelse længe hersket tvivl om, hvorvidt det danske aftalelicenssystem er foreneligt med EU-retten. Indtil vedtagelsen af DSMD blev ordningen tolereret på EU-niveau, men uden, at der var fastlagt fælles retsstandarder. Med artikel 12 i DSM-direktivet er der imidlertid indført en eksplicit ramme for medlemsstaternes anvendelse af aftalelicensordninger. Dette rejser spørgsmålet om, i hvilket omfang det danske aftalelicenssystem opfylder de betingelser, som DSMD art. 12 opstiller for nationale aftalelicensordninger.

For at besvare dette spørgsmål gennemgås først den retlige status for aftalelicenssystemet før vedtagelsen af DSMD. Herefter analyseres DSMD art. 12 nærmere, herunder de specifikke krav, som bestemmelsen opstiller til nationale aftalelicensordninger. På dette grundlag udledes en række overordnede vurderingskriterier, som efterfølgende anvendes i en systematisk gennemgang af, hvorvidt det danske aftalelicenssystem opfylder disse krav.

7.1 Perioden før vedtagelsen af DSM-direktivet

Inden vedtagelsen af DSMD var aftalelicenssystemet i vid udstrækning et nationalt reguleret fænomen, som ikke var underlagt nogen egentlig EU-retlig regulering. EU-retten har traditionelt krævet, at undtagelser og indskrænkninger i ophavsretten skal have klar hjemmel i EU-lovgivningen. Havde aftalelicenssystemet, set med EU-rettens øjne, været at betragte som en sådan undtagelse eller indskrænkning, kunne dette krav potentielt have sat en stopper for systemets eksistens. Sådan forholdt det sig imidlertid ikke, hvorfor, at aftalelicenssystemet i tiden før DSMD i vid udstrækning fløj under EU-rettens radar.¹⁵⁹

Netop denne retlige placering blev bekræftet i 2001 med Infosoc-direktivets betragtning 18, hvori det anføres, at *”Dette direktiv berører ikke ordningerne i medlemsstaterne om forvaltning af rettigheder såsom aftalelicenser.”* Dette åbnede muligheden for, at medlemsstater kunne opretholde eller udvikle

¹⁵⁹ Mathiasen Jakob Plesner, *Entertainmentretten*, 54.

sådanne systemer uafhængigt af det ellers udtømmende katalog af undtagelser og indskrænkninger i EU-retten.¹⁶⁰

EU-lovgiver har dog i visse direktiver taget elementer af aftalelicens til sig, særligt i Satellit- og kabeldirektivet fra 1993¹⁶¹. Direktivet indførte med i art. 3(2) en mulighed for aftalelicenser vedrørende satellit-transmission af radio/tv-udsendelser. Hertil påligger art. 9 medlemslandene en pligt til tvungen kollektiv forvaltning, som reelt fremstår som udtryk for aftalelicens, i relation til grænseoverskridende kabeltransmission foretaget af kabeldistributører.¹⁶² Ifølge direktivets præambel havde denne tilgang dog en anden begrundelse end den nordiske, idet EU-lovgivers fokus var på at sikre markedets funktion og forhindre ”hold-up”-problemer.¹⁶³

Infosoc-direktivets anerkendelse af aftalelicens blev opfattet som et udtryk for EU-lovgiverens ”good will” over for ordningen, men det blev samtidig understreget, at denne anerkendelse ikke kunne tolkes som en generel godkendelse. Foreneligheden med EU-retten beror derfor stadig på den konkrete udformning og administration. Særligt ville en ordning, der diskriminerer rettighedshavere på baggrund af nationalitet, være i strid med EU-retten, uanset om den blev implementeret som en aftalelicens.¹⁶⁴

Til trods for den begrænsede regulering og forsigtige accept forblev aftalelicenser genstand for EU-retlig opmærksomhed. Aftalelicenssystemet figurerede løbende på EU’s lovgivningsmæssige dagsorden som et muligt redskab til at løse ophavsretlige udfordringer i det digitale samfund. I kommissionens Green Paper on Copyright in the Knowledge Economy¹⁶⁵ fra 2008 blev aftalelicenssystemet f.eks. fremhævet som en mulig løsning på visse problemer i forbindelse med

¹⁶⁰ Riis, Rognstad, og Schovsbo, ”Collective Agreements for the Clearance of Copyrights – The Case of Collective Management and Extended Collective Licenses”, 10.

¹⁶¹ Rådets direktiv 93/83/EØF af 27. september 1993 om samordning af visse bestemmelser vedrørende ophavsrettigheder og ophavsretsbeslægtede rettigheder i forbindelse med radio- og tv-udsendelse via satellit og viderespredning pr. kabel (herefter Satellit- og kabeldirektivet)

¹⁶² Mathiasen Jakob Plesner, *Entertainmentretten*, 54.

¹⁶³ Riis og Schovsbo, ”Extended Collective Licenses and the Nordic Experience - It’s a Hybrid but Is It a Volvo or a Lemon?”, 7.

¹⁶⁴ Riis og Schovsbo, 8.

¹⁶⁵ European Commission, Green Paper of 16 July 2008 on Copyright in the Knowledge Economy

digital adgang og udnyttelse af ophavsretligt beskyttet materiale. Denne tilgang blev videreført i kommissions refleksionsrapport¹⁶⁶, hvori det dog understreges, at ordningen kun er acceptabel, hvis den beskytter ophavernes rettigheder og ikke urimeligt skader deres kommercielle interesser.¹⁶⁷ Accepten af aftalelicens som forvaltningsmodel er ikke ubetinget og afhænger af, at ordningen er udformet og forvaltet på en måde, der er forenelig med grundlæggende rettigheds- og markedsprincipper i EU-retten.¹⁶⁸

Det kan dermed konstateres, at aftalelicens før vedtagelsen af DSMD udgjorde en retlig gråzone på EU-plan. Det var tolereret, men ikke harmoniseret. Mens visse medlemsstater fortsatte med at udvide brugen af aftalelicens på nationalt niveau, var det på EU-niveau uklart, hvor grænserne for forenelighed gik. Kommissionen viste dog løbende interesser for aftalelicens og dets potentiale dog uden at det resulterede i egentlige EU-retlig hjemmel for systemet.

Problematikken med denne retlige gråzone blev tydeligt gjort med Soulier-dommen, hvor EUD markerede klare grænser for, hvornår aftalelicenssystemet er foreneligt med EU-retten. Dommen synliggjorde dermed behovet for harmonisering og blev en central motivation for kodificeringen af garantikravene i DSMD art. 12. Denne udvikling kulminerede med vedtagelsen af DSMD den 17. april 2019, som vil blive gennemgået nærmere nedenfor.

7.2 DSM-direktivet

DSMD blev vedtaget den 17. april 2019 som led i EU's indsats for at modernisere og ensrette ophavsretten i takt med den digitale udvikling. Direktivets formål er at skabe en bedre balance mellem

¹⁶⁶ European Commission, A Reflection Document of 22 October 2009 on Creative Content in a European Digital Single Market: Challenges for the Future

¹⁶⁷ European Commission, A Reflection Document of 22 October 2009 on Creative Content in a European Digital Single Market: Challenges for the Future, 14-15

¹⁶⁸ Riis og Schovsbo, "Extended Collective Licenses and the Nordic Experience - It's a Hybrid but Is It a Volvo or a Lemon?", 8-9.

rettighedshavernes interesser, brugernes behov og de teknologiske forandringer i det digitale indre marked.¹⁶⁹

EU-retten udgør en selvstændig og integreret del af dansk ret, siden Danmarks tiltrædelse af EF i 1973. Dette indebærer, at EU-retlige regler, herunder direktiver, har bindende virkning, men kræver national implementering. DSMD har karakter af sekundær EU-ret, der ifølge traktaterne skal være i overensstemmelse med den primære ret og charteret. Direktivet er bindende for medlemsstaterne med hensyn til det tilsigtede mål, men overlader valget af form og midler til de nationale lovgivere. I dansk ret har DSMD dermed alene indirekte retskildeværdi, medmindre det ikke er korrekt eller rettidigt implementeret. Endvidere er danske domstole forpligtet til at fortolke national ret i overensstemmelse med direktivets formål, såkaldt direktivkonform fortolkning. Dette afspejler det almindelige udgangspunkt om, at dansk ret skal være i overensstemmelse med EU-retten.¹⁷⁰

DSMD skulle være gennemført i dansk ret senest den 7. juni 2021. Det var imidlertid ikke muligt at overholde denne frist blandt andet grundet COVID-19-situationen.¹⁷¹ På grund af den forsinkede gennemførelse af direktivet afsagde EUD den 8. maj 2025 dom i sag C-214/23, hvor Danmark blev kendt skyldig i overtrædelse af sine EU-retslige forpligtelser og pålagt at betale et fast beløb på 1,6 mio. euro. Domstolens afgørelse understreger vigtigheden af, at medlemsstaterne overholder deres forpligtelser til rettidigt at gennemføre EU-direktiver. Det skal dog fremhæves, at dommen alene vedrørte implementeringstidspunktet og ikke indholdet af den danske regulering.

DSM-direktivet og aftalelicens

Relevant for nærværende afhandling er DSMD anerkendelse af aftalelicens. Det fremgår af præambelbetragtningerne, at aftalelicens anerkendes som et legitimt redskab, navnlig i situationer hvor individuel clearing af rettigheder er upraktisk, f.eks. ved digitalisering eller massebrug af værker.¹⁷²

¹⁶⁹ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv (EU) 2019/790 af 17. april 2019 om ophavsret og beslægtede rettigheder på det digitale indre marked og om ændring af direktiv 96/9/EF og 2001/29/EF (Herefter, DSMD), præambelbetragtning nr. 2-5

¹⁷⁰ Blume Peter, *Retssystemet og juridisk metode.*, 274–80.

¹⁷¹ Lovforslag nr. 125, 6

¹⁷² DSMD, præambelbetragtning nr. 45

Denne overordnede anerkendelse af aftalelicenssystemet kommer konkret til udtryk i art. 8 og 12 i DSMD. Artikel 8 pålægger medlemslandene at indføre aftalelicenser, som gør det muligt for kulturarvsinstitutioner at kopiere, sprede og overføre værker m.v., som ikke længere er i handel (dvs. "out of commerce works"). Endelig indeholder DSMD art. 12 en udtrykkelig hjemmel, der giver medlemsstaterne mulighed for at indføre eller opretholde kollektive licensordninger med udvidet virkning, herunder aftalelicenser på andre områder end dem særskilt reguleret i direktivet, forudsat at en række nærmere fastsatte betingelser og garantier er opfyldt.¹⁷³

Artikel 12 kan siges at være blevet udformet som svar på de retssikkerhedsmæssige betænkeligheder, der blev tydeliggjort med Soulier-dommen. Blandt andet understreges af Kirsi Salmela, at dommen udgjorde et vendepunkt i fastlæggelsen af, hvilke krav EU-retten stiller til aftalelicens. Ifølge hende afspejler art. 12 disse krav og kan derfor forstås som en kodificering af de principper, domstolen anlagde i Soulier-dommen.¹⁷⁴

Eftersom art. 12 udgør den bredt anvendelige bestemmelse og er central for vurderingen af aftalelicensens forenelighed med EU-retten, vil den i det følgende blive genstand for en nærmere analyse.

7.3 DSM-direktivets artikel 12

Følgende afsnit vil redegøre for indholdet af DSMD art. 12, herunder med inddragelse af direktivets præambelbetragtninger, som bidrager til fortolkningen af bestemmelsens rækkevidde og formål.

Stk. 1 giver mulighed for, at medlemsstaterne kan give licensaftaler indgået af en CMO, virkning for uorganiserede rettighedshavere og dermed aftalelicensvirkning. Dette forudsætter, at aftalen er indgået af en organisation, som er underlagt de nationale regler, som gennemfører CRMD og at aftalen indgås i overensstemmelse med organisations mandater fra rettighedshaverne. Endelig skal en sådan ordning indeholde garantier for rettighedshaverne, som beskrevet i stk. 3.

¹⁷³ Mathiasen Jakob Plesner, *Entertainmentretten*, 54.

¹⁷⁴ Salmela, "Extended collective licence in cross-border digital use", 192–93.

Stk. 2, angiver, at aftalelicens kun kan benyttes inden for veldefinerede anvendelsesområder, hvor indgåelse af individuelle aftaler typisk vil være så byrdefuldt og upraktisk, at der ikke ville blive indgået individuelle aftaler, således at ordningen beskytter rettighedshavernes legitime interesser.

Sådanne ordninger skal baseres på objektive, gennemsigtige og ikke-diskriminerende kriterier, også over for uorganiserede rettighedshavere. Licenser må hverken forringe den økonomiske værdi af rettighederne eller fratage rettighedshaverne væsentlige kommercielle fordele.¹⁷⁵

Bestemmelsen forudsætter endvidere, at formål og omfang af licenser altid er klart defineret i lovgivning, licenspraksis eller de konkrete aftaler. Dette sikrer gennemsigtighed og forudsigelighed for både brugere og rettighedshavere. Kun CMO'er underlagt national ret, der gennemfører CRMD, må udstede sådanne licenser, hvilket sikrer krav om god forvaltningsskik og tilsyn.¹⁷⁶

Artikel 12, stk. 3 indeholder betingelserne for aftalelicensordningen. Det forudsættes følgende garantier for rettighedshaverne:

- a) CMO'en skal være tilstrækkelig repræsentativ for rettighedshavere i den relevante kategori af rettigheder.
- b) Alle rettighedshavere skal være garanteret ligebehandling.
- c) Uorganiserede rettighedshavere skal på hvilket som helst tidspunkt let og effektivt kunne udelukke deres værker eller andre frembringelser fra den pågældende aftale.
- d) Der skal træffes passende bekendtgørelsesforanstaltninger i rimelig god tid, inden brug af de pågældende rettigheder, om aftalelicens, og om mulighederne for at fratræde aftalen, jf. litra c. Bekendtgørelsesforanstaltningerne skal være effektive, uden at der er behov for at informere hver enkelt rettighedshaver.¹⁷⁷

Hermed forstås, at medlemsstaterne bør sikre passende garantier for beskyttelsen af uorganiserede rettighedshaveres legitime interesser, og at disse anvendes på en ikke-diskriminerende måde.

For at opfylde dette stilles krav om repræsentativitet. Det er op til medlemsstaterne at fastsætte konkrete kriterier, men vurderingen bør tage højde for rettighedstype, organisationens effektivitet,

¹⁷⁵ DSMD, præambelbetragtning nr. 47

¹⁷⁶ DSMD, præambelbetragtning nr. 49

¹⁷⁷ Lovforslag nr. 125, 27

den kreative sektor og antallet af rettighedshavere, der har givet samtykke. Repræsentativiteten skal vurderes i overensstemmelse med CRMD. Af hensyn til retssikkerheden bør det desuden kunne fastslås, hvem der bærer det retlige ansvar for anvendelsen af værker under licensen.

Alle rettighedshavere skal behandles lige, uanset medlemskab, herunder i forhold til adgang til oplysninger og fordeling af vederlag.

Det er centralt, at rettighedshavere til enhver tid har reel og praktisk adgang til at fravælge, at deres værker omfattes, både før og under licensens løbetid. Fravalget skal kunne ske generelt eller for konkrete værker og må ikke begrænses af unødige hindringer. Brug af værket skal ophøre inden for en rimelig frist, uden at det berører retten til vederlag for tidligere brug. Medlemsstaterne kan supplere med foranstaltninger, f.eks. ved at fremme informationsudveksling mellem CMO'er og relevante aktører på EU-niveau for at øge rettighedshavernes bevidsthed om deres rettigheder og opt-out-mulighed.

Endelig skal bekendtgørelsesforanstaltninger vedrørende licensen og opt-out være effektive under hele licensens løbetid og må ikke medføre urimelige administrative byrder. Individuel underretning af hver enkelt rettighedshaver er dog ikke påkrævet.¹⁷⁸

Stk. 4 fastslår, at de krav, der er opstillet i art. 12, ikke finder anvendelse på aftalelicenser, der har hjemmel i andre bestemmelser i EU-retten. Det gælder eksempelvis regler, der giver mulighed for ophavsretlige undtagelser, eller områder, hvor EU-retten foreskriver tvungen kollektiv forvaltning, som det bl.a. er tilfældet i satellit- og kabeldirektivet. Det gælder også for DSMD egen art. 8 "out of commerce works". Artikel 8 gentager dog flere af art. 12's krav, herunder blandt andet kravet om opt-out-mulighed.¹⁷⁹

Afslutningsvis følger det af art. 12, stk. 5 og 6, at såfremt ordningen i art. 12 indføres, så skal Kommissionen, med henblik på offentliggørelse, underrettes om anvendelsesområdet for de nationale bestemmelser, om licenserne, om kontaktoplysningerne på de pågældende CMO'er og om den måde, hvorpå oplysninger om licensudstedelsen og om mulighederne, der er til rådighed for

¹⁷⁸ DSMD, præambelbetragtning nr. 48

¹⁷⁹ Mathiasen Jakob Plesner, *Entertainmentretten*, 55.

rettighedshaverne, jf. stk. 3, litra c, kan indhentes. På baggrund af denne information udarbejder Kommissionen en rapport.¹⁸⁰

I forlængelse heraf fremgår det af DSMD betragtning 50, at Kommissionens rapporteringsforpligtelse skal ses i lyset af behovet for gennemsigtighed og koordination på EU-niveau. På grund af de forskellige nationale erfaringer med ECL-ordninger og deres potentielle anvendelse på tværs af grænser, er det nødvendigt med løbende overvågning af, hvordan sådanne ordninger fungerer i praksis, herunder deres effektivitet, påvirkning på uorganiserede rettighedshavere, og indvirkning på grænseoverskridende tjenesteydelser.¹⁸¹

7.4 Fortolkning af artikel 12: Overordnede krav til nationale aftalelicensordninger

Kirsi Salmelas publikation "Extended Collective Licence in Cross-Border Digital Use"¹⁸², tager udgangspunkt i anvendelsen af aftalelicensordninger i grænseoverskridende sammenhænge. Artiklen indeholder imidlertid en analyse af en række systemiske juridiske garantier, der udspringer af art. 12 i DSMD. Disse garantier har en mere generel rækkevidde og kan derfor anvendes som fortolkningsbidrag til at fastlægge de overordnede krav, som nationale aftalelicensordninger skal opfylde for at være i overensstemmelse med direktivet, uanset om der er tale om grænseoverskridende brug eller ej. I det følgende udledes disse generelle betingelser med udgangspunkt i Salmelas analyse, de elementer, der udelukkende vedrører cross-border anvendelse, frasorteres. De opstillede krav vil herefter danne grundlag for den efterfølgende vurdering af, om det danske aftalelicenssystem er foreneligt med art. 12.

¹⁸⁰ Lovforslag nr. 125, 27

¹⁸¹ DSMD, præambelbetragtning nr. 50

¹⁸² Salmela, "Extended collective licence in cross-border digital use".

Punkt 1: Velfungerende regulering af kollektive forvaltningsorganisationer

Et grundlæggende krav til anvendelse af aftalelicensordninger er, at CMO'er skal operere under et velfungerende system for kollektiv forvaltning. Dette indebærer, at de skal være underlagt nationale regler, som implementerer CRMD og dermed udvise god forvaltningsskik og tilsyn.¹⁸³¹⁸⁴

Punkt 2: God forvaltningspraksis og gennemsigtighed

CMO'er skal leve op til principperne om "good governance" og "transparency" i deres drift.¹⁸⁵ Dette omfatter bl.a. krav om finansiell og organisatorisk kapacitet, intern ansvarlighed og offentlighed om beslutningsprocesser og forvaltning. Denne gennemsigtighed og åbenhed beskytter rettighedshavernes legitime interesser og sikrer en øget tillid til systemet.¹⁸⁶

Punkt 3: Præcist definerede anvendelsesområde

Aftalelicensordninger skal anvendes i situationer, hvor der gøres brug af mange værker og rettighedshavere på en måde, der gør individuel licensering upraktisk eller uforholdsmæssig omkostningstung. Brugen skal desuden vedrøre et afgrænset og klart defineret anvendelsesområde, hvilket typisk fastlægges i selve aftalen og godkendes af relevant myndighed.¹⁸⁷¹⁸⁸

Punkt 4: Tilstrækkelig repræsentativitet

CMO'en skal, på baggrund af dets mandater fra rettighedshavere, være tilstrækkeligt repræsentativ inden for det relevante værksområde og rettighedstype.¹⁸⁹ Det indebærer, at organisationen repræsenterer en betydelig andel af rettighedshaverne, uden at det behøver være et flertal. Repræsentativiteten kan opnås i samarbejde mellem flere organisationer.¹⁹⁰

¹⁸³ Salmela, 195.

¹⁸⁴ Dette krav følger af DSMD art. 12, stk. 1.

¹⁸⁵ Dette krav følger af DSMD art. 12, stk. 2.

¹⁸⁶ Salmela, "Extended collective licence in cross-border digital use", 195.

¹⁸⁷ Salmela, 196.

¹⁸⁸ Dette krav følger af DSMD art. 12, stk. 2.

¹⁸⁹ Dette krav følger af DSMD art. 12, stk. 3, litra a.

¹⁹⁰ Salmela, "Extended collective licence in cross-border digital use", 196–97.

Punkt 5: Ligebehandling af rettighedshavere

Aftalelicenssystemet skal sikre, at organiserede og uorganiserede rettighedshavere behandles lige.¹⁹¹ Dette gælder både i forhold til licensvilkår, vederlagsprincipper og adgang til kollektive ydelser. Princippet understøttes af internationale traktater og er centralt for legitimiteten af aftalelicensens udvidende retsvirkning.¹⁹²

Punkt 6: Ret til passende vederlag

Alle rettighedshavere skal have krav på rimeligt og forholdsmæssigt vederlag for brugen af deres værker.¹⁹³ For at dette kan realiseres, skal CMO'er have adgang til information om brugen af værkerne og kunne etablere effektive fordelingssystemer. Vederlaget skal fastsættes på objektive og ensartede vilkår.¹⁹⁴

Punkt 7: Ret til opt-out

Uorganiserede rettighedshavere skal til enhver tid kunne fravælge, at deres værker anvendes under en aftalelicens.¹⁹⁵ Denne ret må ikke være begrænset af urimelige eller formelle krav, og CMO'en skal kunne dokumentere, at rettighedshavere informeres om denne mulighed.¹⁹⁶

Punkt 8: Informationsforpligtelse

CMO'er skal iværksætte tilstrækkelige og effektive informationsforanstaltninger i god tid før anvendelsen af værkerne.¹⁹⁷ Formålet er at give uorganiserede rettighedshavere mulighed for at udøve deres opt-out-ret og gøre krav på vederlag. Foranstaltningerne skal være bredt tilgængelige og tydelige.¹⁹⁸

¹⁹¹ Dette krav følger af DSMD art.12, stk. 3, litra b.

¹⁹² Salmela, "Extended collective licence in cross-border digital use", 199–201.

¹⁹³ Dette krav følger indirekte af DSMD art. 12, stk. 2 og stk. 3, litra b

¹⁹⁴ Salmela, "Extended collective licence in cross-border digital use", 198.

¹⁹⁵ Dette krav følger af DSMD art. 12, stk. 3, litra c.

¹⁹⁶ Salmela, "Extended collective licence in cross-border digital use", 202.

¹⁹⁷ Dette krav følger af DSMD art. 12, stk. 3, litra d.

¹⁹⁸ Salmela, "Extended collective licence in cross-border digital use", 202.

Punkt 9: Procesretligt kompetence

CMO'en skal have kompetence til at indlede retlige skrift og håndhæve rettigheder på vegne af både organiserede og uorganiserede rettighedshavere.¹⁹⁹ Dette kræver, at CMO'en anerkendes i national ret som en aktør med retlig interesse og procesret, således at princippet om ligebehandling kan realiseres og rettigheder effektivt håndhæves, netop dette understøttes af EUD's afgørelse i SNB-React-sagen (C-521/17).²⁰⁰²⁰¹

Punkt 10: Markedskendskab

Selvom dette punkt i Salmelas analyse primært knytter sig til grænseoverskridende brug, er det også i en national kontekst afgørende, at CMO'en har indgående kendskab til det relevante marked.²⁰² Dette er eksempelvis nødvendigt for at opfylde repræsentativitetskravet, fastsætte passende vederlag og generelt sikre en forsvarlig anvendelse af aftalelicensordningen.²⁰³

Punkt 11: Underretning og offentliggørelse

Som en afsluttende betingelse, som følger direkte af art. 12, stk. 5 og 6, påhviler det medlemsstaterne at underrette Europa-Kommissionen om anvendelsesområdet for ordningen og de relevante oplysninger. Disse indberetninger danner grundlag for Kommissionens offentliggørelse af en samlet rapport om anvendelsen af aftalelicensordninger i EU.

På baggrund af ovenstående gennemgang af de systemiske krav, som kan udledes af art. 12 i DSMD med støtte i Salmelas analyse, er det muligt at opstille et normativt vurderingsgrundlag for nationale aftalelicensordninger. Disse krav afspejler, hvad der må anses for nødvendige forudsætninger for, at et aftalelicenssystem er i overensstemmelse med EU-retten.

¹⁹⁹ Dette krav følger ikke af artikel 12's ordlyd, men må anses som en nødvendig forudsætning for realiseringen af artiklens øvrige krav.

²⁰⁰ EU-Domstolen, dom af 7. august 2018, SNB-REACT mod Deepak Mehta, sag C-521/17

²⁰¹ Salmela, "Extended collective licence in cross-border digital use", 199–201.

²⁰² Samme som punkt 9.

²⁰³ Salmela, "Extended collective licence in cross-border digital use", 203.

7.5 Danske aftalelicenssystems forenelighed med DSM-direktivets artikel 12

Det følgende afsnit har til formål at vurdere, hvorvidt det danske aftalelicenssystem, jf. afsnit 3.4, opfylder de krav som stilles i DSMD art. 12. Vurderingen vil tage udgangspunkt i de enkelte krav, som er opstillet ovenfor, og analysere, hvorvidt den danske ordning lever op til disse.

7.5.1 Grundlæggende bemærkning til forenelighed

DSMD art. 12 harmonerede grundlæggende med daværende dansk ret og de danske aftalelicensbestemmelser før vedtagelsen af DSMD. Direktivbestemmelsen har således kun medført få tilpasninger til det allerede etablerede danske aftalelicenssystem.²⁰⁴ Disse tilpasninger havde primært karakter af terminologiske og administrative justeringer og var ikke udtryk for en substantiel omstrukturering af systemet. Alligevel var en gradvis tilpasning dog nødvendig for at opfylde samtlige krav, hvorfor systemet blev let justeret ved 2023-loven. Det fremgår af lovforslaget hertil, at formålet er at tilpasse OPHL bestemmelser i overensstemmelse med udviklingen i teknologien, markedet og EU-retten ved at gennemføre bestemmelserne i DSMD.²⁰⁵

7.5.2 Analyse af aftalelicenssystemets forenelighed

På trods af den forsinkede gennemførelse af direktivet blev Ophavsretsloven af 2023 vedtaget den 6. juni 2023²⁰⁶, hvorfor følgende vil undersøge, hvorvidt det nuværende danske aftalelicenssystem er foreneligt med DSMD art. 12.

Punkt 1

Det forudsættes, at aftalen indgås af en organisation underlagt nationale regler, der implementerer CRMD. Da det danske aftalelicenssystem bygger på KFO, som netop gennemfører direktivet, er dette krav opfyldt. Systemet skal dermed leve op til lovens krav om CMO'ens struktur, gennemsigtighed og tilsyn, hvilket sikrer, at danske CMO'er opererer under et velfungerende system, jf. art. 12, stk. 1.

²⁰⁴ Lovforslag nr. 125, 27

²⁰⁵ Lovforslag nr. 125, 5-6

²⁰⁶ Lov om ophavsret, lov nr. 680 af 6. juni 2023 (herefter 2023-loven)

Det forudsættes også, at aftalen indgås i overensstemmelse med CMO'ens mandat fra rettighedshaverne. Dette krav er ligeledes opfyldt, idet danske organisationer alene forvalter rettigheder, som er overdraget gennem medlemsmandater. Det er disse mandater, der danner grundlag for aftaler, som efter godkendelse udstrækkes til at omfatte uorganiserede rettighedshavere. Systemet opfylder således art. 12, stk. 1's krav om, aftalelicens skal baseres på mandat fra organiserede rettighedshavere.

På denne baggrund kan det konstateres, at det danske aftalelicenssystem opfylder krav nr. 1 og art. 12, stk. 1.

Punkt 2

Danske CMO'er er underlagt krav om god ledelse og gennemsigtighed efter både CRMD og national ret. KFO fastlægger klare krav til CMO'ernes interne struktur, medlemsdemokrati og fordeling af vederlag, hvilket styrker tilliden til organisationens repræsentativitet og legitimitet. Dermed understøttes en ansvarlig praksis i overensstemmelse med art. 12, stk. 2 og krav nr. 2.

Punkt 3

Kravet om "veldefinerede anvendelsesområder" i art. 12, stk. 2, stemmer overens med gældende dansk ret. OPHL § 50, stk. 1 indeholder specifikke aftalelicenser, som klart opfylder dette krav. Den generelle aftalelicens i § 50, stk. 2 er ligeledes afgrænset til specifikke aftaler inden for et nærmere defineret område og må dermed også anses for at opfylde kravet.²⁰⁷ Fælles for begge er, at de vedrører anvendelsessituationer, hvor der er et praktisk behov for kollektiv forvaltning, og hvor individuel klarering typisk ville være uforholdsmæssigt byrdefuld.

På denne baggrund kan det konstateres, at det danske aftalelicenssystem opfylder krav nr. 3 og art. 12, stk. 2.

²⁰⁷ Lovforslag nr. 125, 28

Punkt 4

Som anført i afsnit 3.4 blev repræsentativitetskravet i § 50 ved 2023-loven ændret fra *”væsentlig del af ophavsmændene”* til *”tilstrækkelig repræsentativ for ophavsmændene (nu ophaverne)”* for at tilpasse OPHL til DSMD terminologi og sikre klarhed og ensartethed. Selvom formuleringen er justeret, er meningen med kravet uændret i forhold til tidligere retspraksis og lovforståelse. Det danske aftalelicenssystem opfyldte derfor allerede art. 12, stk. 3, litra a.

Med den terminologiske tilpasning er foreneligheden utvivlsom, og krav nr. 4 samt art. 12, stk. 3, litra a, må anses for opfyldt.

Punkt 5

Hvad angår ligebehandling, levede det danske aftalelicenssystem allerede før DSMD op til art. 12, stk. 3, litra b.²⁰⁸ Ligebehandling sikres ved, at licensen ved lov udstrækkes til alle rettighedshavere på lige vilkår, uanset medlemskab. Betingelser for brug og vederlag fastsættes ensartet i aftalen mellem brugeren og den kollektive forvaltningsorganisation, og vederlag fordeles efter objektive og ikke-diskriminerende kriterier, jf. § 51.

Punkt 6

Det danske aftalelicenssystem sikrer, at både organiserede og uorganiserede rettighedshavere modtager et rimeligt og forholdsmæssigt vederlag for brugen af deres værker. Vederlaget fordeles af CMO'er på baggrund af dokumenteret brug og objektive kriterier. CMO'erne er underlagt KFO, som stiller krav om gennemsigtighed og ansvarlighed i fordelingspraksis. Kollektive forhandlinger fører desuden ofte til højere vederlag end ved fx tvangslicensordninger, da aftalerne tilpasses markedets konkrete forhold. Det er dog afgørende, at vederlaget ikke systematisk afviger negativt fra, hvad der kunne opnås ved individuel forvaltning, da dette vil underminere systemets legitimitet.

Systemets forenelighed med art. 12 i DSMD forudsætter derfor, at vederlaget fortsat afspejler rettighedshavernes reelle markedsværdi, hvilket intet tyder på, at det ikke gør, hvorfor det kan konstateres, at krav nr. 6 er opfyldt.

²⁰⁸ Mathiasen Jakob Plesner, *Entertainmentretten*, 55.

Punkt 7

Som nævnt følger det af DSMD art. 12, stk. 3, at aftalelicensbestemmelser skal indeholde en let og effektiv opt-out-mulighed, der kan benyttes på ethvert tidspunkt. For at sikre, at rettighedshavere nemt kan genvinde kontrollen over deres værker og forhindre skadelig anvendelse, indførte Kulturministeriet, i lighed med § 50, stk. 2, samt §§ 24 a, 29 a, 30, 30 a og 35, opt-out-regler i de specifikke aftalelicenser i §§ 14, 16 b og 17.²⁰⁹ Flere bestemmelser blev dermed forsynet med opt-out, selv hvor EU-retten allerede gav mulighed for undtagelser.²¹⁰

I OPHL udtrykkes opt-out traditionelt ved, at aftalelicensen ikke gælder, *hvis "ophaveren over for nogen af de aftalesluttende parter har nedlagt forbud mod værkets udnyttelse"*, jf. bl.a. § 50, stk. 2. Dette skal i lyset af art. 12, stk. 3, litra c forstås sådan, at rettighedshavere kan forbyde, at deres rettigheder indgår i aftalelicensen, uden at udelukke individuel licensering. På denne baggrund opfylder de nævnte bestemmelser DSMD krav om opt-out.

Derimod indeholder § 13 om undervisningskopiering ingen opt-out-mulighed, hvilket kan rejse EU-retlige tvivl om foreneligheden med direktivet. Denne problematik behandles nærmere nedenfor med udgangspunkt i Morten Rosenmeiers kommentar til § 13 i Karnovs Lovsamling.

§ 13 om undervisningsvirksomhed

OPHL § 13 giver hjemmel til aftalelicenser vedrørende kopiering og brug af beskyttede værker til undervisning. Ved implementeringen af DSMD i 2023 blev der imidlertid ikke indført en opt-out-mulighed, selvom art. 12, stk. 3 og 4 foreskriver, at uorganiserede rettighedshavere skal kunne undtage deres værker, medmindre der er tale om obligatorisk kollektiv forvaltning eller anvendelser omfattet af EU-retlige undtagelser.

Begrundelsen fremgår af bemærkningerne til 2023-lovmotiverne, pkt. 2.5.3. Her anføres, at art. 12, stk. 4 tillader kollektive licensordninger, hvis de støtter sig på EU-retlige undtagelser, og at en opt-out ikke giver mening, da systemet bygger på enten kollektiv eller individuel aftale eller en

²⁰⁹ Lovforslag nr. 125, 28

²¹⁰ Mathiasen Jakob Plesner, *Entertainmentretten*, 55.

undtagelse. Hertil nævnes hensyn til undervisningsinstitutionernes adgang og samfundets interesse i kollektive løsninger.²¹¹

Denne argumentation er dog EU-retligt problematisk. For det første dækker § 13 bredere anvendelser end § 13 a, der kun omfatter brug til ”anskueliggørelse” efter art. 5 i DSMD. Dermed falder mange aftalelicenser efter § 13 uden for den tvangslicens, som § 13 a regulerer. For det andet fremgår det af lovbemærkningerne, at det er tilstrækkeligt med passende aftaletilbud, selvom de ikke giver fuld adgang, hvilket understreger, at ikke alle anvendelser er dækket af undtagelsen.

Endelig kræver art. 12, stk. 3, litra c alene, at rettighedshaveren kan fravælge, at deres værker omfattes af en aftalelicens, uden at det udelukker individuel licens. Som anført ovenfor er dette også dansk retstilstand, hvor opt-out udtrykkes som, at licensen ikke gælder, hvis der er ”nedlagt forbud”, hvilket reelt er en ret til at kræve individuel tilladelse.

På denne baggrund må det konkluderes, at det ikke er korrekt, at en opt-out-mulighed i § 13 skulle være overflødig eller formålsstridig. Da mange anvendelser efter § 13 ikke omfattes af § 13 a’s tvangslicens, og DSMD i sådanne tilfælde kræver opt-out, burde § 13 have været forsynet med en sådan bestemmelse.

EU-Domstolens dom i sag C-230/23

På baggrund af ovenstående kunne det virke nærliggende at konstatere, det danske aftalelicenssystem, særligt § 13, ikke er foreneligt med DSMD art. 12, stk. 3, litra c, da § 13 mangler en opt-out-bestemmelse. Dette synspunkt kompliceres dog af Repobel-dommen (C-230/23)²¹²

I Repobel-dommen tog EUD stilling til, om bestemmelser i Infosoc-direktivet kunne påberåbes direkte over for en CMO med statslige beføjelser. Domstolen fastslog, at art. 5, stk. 2, litra a og b har direkte virkning, og at privatretlige forvaltningsorganisationer som Repobel, der udøver statslige funktioner, anses som offentlige myndigheder i EU-retlig forstand. Følgelig kan ikke-implementerede direktivbestemmelser med direkte virkning påberåbes over for sådanne CMO’er.

²¹¹ Lovforslag nr. 125, 28

²¹² EU-Domstolen, dom af 14. november 2024, Repobel CV mod Copaco Belgium NV, sag C-230-23

På baggrund af Reprobel kan følgende konklusion drages vedr. art. 12:

- Artikel 12, stk. 3, litra c i DSMD har direkte virkning.
- CMO'er som Copydan og Koda, godkendt af Kulturministeriet, har myndighedslignende beføjelser.
- Rettighedshavere kan derfor over for sådanne CMO'er kræve, at deres værker ikke omfattes af aftalelicenser, uanset at § 13 ikke indeholder en opt-out-bestemmelse. En rettighedshaver kan således meddele fx Tekst & Node, at vedkommende udtræder af aftalen og kræver individuel tilladelse for videre anvendelse.

En rettighedshaver kan dermed over for en CMO med offentlige beføjelser påberåbe sig ikke-implementerede direktivbestemmelser med direkte virkning, jf. Reprobel-dommen. Det indebærer, at selvom national ret, herunder § 13, ikke udtrykkeligt hjemler en opt-out, kan rettighedshaveren efter EU-retten kræve individuel tilladelse til brug af sine værker. En rettighedshaver vil derfor i praksis kunne meddele Tekst & Node, at vedkommende udtræder af aftalen efter § 13 og kræver individuel licens, uanset at dansk lov ikke anerkender en sådan mulighed.

Selvom § 13 efter dansk ret ikke indeholder en udtrykkelig opt-out-bestemmelse, kan denne ret udledes direkte af EU-retten i kraft af Reprobel-dommens præmisser. Den manglende opt-out medfører derfor ikke uforenelighed, men indikerer et behov for at revidere § 13 for at sikre klar og entydig overensstemmelse med DSMD krav.

Det kan herefter konstateres, at det danske aftalelicenssystem opfylder art. 12, stk. 3, litra c's krav om opt-out-mulighed.

Punkt 8

DSMD art. 12, stk. 3, litra d pålægger medlemsstaterne at sikre passende og effektive bekendtgørelsesforanstaltninger forud for brugen af værker. Foranstaltningerne skal være lettilgængelige og tydelige, informere om aftalelicensen og opt-out-retten, men behøver ikke rettes mod hver enkelt rettighedshaver og må ikke medføre urimelige administrative byrder.

OPHL § 50, stk. 5 gennemfører DSMD art. 12, stk. 3, litra d, og stiller krav og passende bekendtgørelsesforanstaltninger, inden værkerne anvendes i henhold til aftalen, for at oplyse rettighedshaverne om CMO'en mulighed for at indgå aftalelicens og om rettighedshavernes mulighed for at nedlægge forbud.

Ifølge Kulturministeriet kan disse bekendtgørelsesforanstaltninger opfyldes ved offentliggørelse på Kulturministeriets, forvaltningsorganisationers eller forbundenes hjemmesider. Offentliggørelse ved ansøgningstidspunkt om aftalelicensgodkendelse anses for at være i rimelig tid før anvendelsen af værkerne. Foranstaltninger skal være effektive, men der stilles ikke krav om individuel underretning af rettighederne. Endvidere anføres det, at eksisterende aftalelicensgodkendelser kan opretholdes, så længe de godkendte organisationer fortsat opfylder godkendelsesbetingelserne og tilbyder de garantier til uorganiserede rettighedshavere, som følger af art. 12, stk. 3, om implementeres i § 50, stk. 5.

På Kulturministeriets hjemmeside²¹³ offentliggøres oplysninger om godkendte CMO'ers adgang til at indgå aftaler med aftalelicensvirkning samt rettighedshavernes mulighed for at fravælge sådanne ordninger. Derimod fremgår det ikke eksplicit af eksempelvis Koda hjemmeside, som i stedet henviser til Kulturministeriets hjemmeside.²¹⁴ Copydan Verdens Tv's hjemmeside indeholder derimod oplysninger om deres aftalelicensgodkendelse og nævner, at rettighedshavere i visse tilfælde og under visse betingelser kan vælge at stå uden for aftalen.²¹⁵ Det fremgår dog ikke eksplicit, hvordan rettighedshavere konkret kan gøre brug af deres opt-out-ret. I stedet fremgår det, at *"Henvendelse herom kan ske til Copydan Verdens TV."*

Kulturministeriets og CMO'ernes hjemmeside indeholder dog ikke en generel vejledning eller procedure for, hvordan rettighedshavere konkret kan udøve deres opt-out-ret. For detaljeret information om opt-out-processen anbefales det derimod, at rettighedshavere kontakter den relevante CMO direkte.

Det kan hermed konstateres, at hverken Kulturministeriets hjemmeside eller de danske CMO'ers egne hjemmesider lever op til de høje standarder, som Ginsburg foreslår i sin model for effektive bekendtgørelsesforanstaltninger.²¹⁶ Alligevel må de danske foranstaltninger, jf. OPHL § 50, stk. 5 anses for at opfylde kravene i DSMD art. 12, stk. 3, litra d. Der sker en offentliggørelse af oplysningerne på Kulturministeriets hjemmeside, som anses for tilstrækkelig og rettidig, og der

²¹³ <https://kum.dk/kulturomraader/aftalelicensgodkendelser>

²¹⁴ <https://koda.dk/viden-og-hjaelp/rettigheder/forstaa-ophavsret-og-forvaltning>

²¹⁵ <https://www.copydan-verdenstv.dk/om-copydan-verdens-tv/aftalelicensgodkendelse/>

²¹⁶ Ginsburg, "Extended Collective Licenses in International Treaty Perspective", 225–27.

henvises til, hvor rettighedshavere kan få yderligere vejledning om opt-out. Selvom der ikke gives en udtømmende eller standardiseret procedure for udøvelsen af opt-out-retten, sikres der en minimumsoplysning, som gør det muligt for rettighedshavere at reagere.

Dermed lever den danske model op til direktivets krav om effektive og proportionale bekendtgørelsesforanstaltninger, om end den ikke realiserer det højeste informationsniveau, som Ginsburg foreslår.

Punkt 9

Som tidligere anført handler danske CMO'er på vegne af både organiserede og uorganiserede rettighedshavere. Ifølge CRMD betragtning 2 dækker forvaltningsbegrebet over den samlede administration af ophavsrettigheder, herunder licensudstedelse, kontrol, håndhævelse, indtægtsopkrævning og udbetaling til rettighedshavere. Det fremgår dog ikke udtrykkeligt af dansk ret, at CMO'er har proceskompetence til at føre sager på vegne af uorganiserede rettighedshavere, men en sådan kompetence må anses som nødvendig og forudsat i praksis.

Eftersom CMO'er godkendt af Kulturministeriet opnår formel anerkendelse i dansk ret. Det følger hertil af EUD's dom i SNB-REACT-sagen, at art. 4, litra c i håndhævelsesdirektivet (2004/48/EF) skal fortolkes således, at medlemsstaterne skal anerkende en CMO som part, der i eget navn kan anlægge sag, forudsat at:

1. organisationen ifølge national ret har en direkte interesse i rettighedsforsvaret, og
2. national ret tillader, at organisationen kan anlægge sag med dette formål.

Det er almindeligt antaget i dansk retspraksis, at CMO'er har søgsmålsrets, når det sker på vegne af deres medlemmer og inden for rammerne af den forvaltningstilladelse, de har fået tildelt. Danmark er, jf. SNB-REACT-dommen forpligtet til at sikre, at sådanne organisationer har adgang til at anlægge sag. Dette er sikret i praksis, hvilket fremgår af en lang række sager ved Ophavsretslicensnævnet, samt de almindelige domstole.

Det kan dermed konkluderes, at danske CMO'er i praksis har søgsmålsret og anerkendes som parter i retssager, hvilket opfylder krav 9.

Punkt 10

Det danske aftalelicenssystem hviler i praksis på, at CMO'er har et solidt og branchespecifikt kendskab til det marked, de opererer i. Dette markedskendskab er afgørende for, at de effektivt kan varetage rettighedshavernes interesser. Som tidligere nævnt indgår denne indsigt i Kulturministeriets vurdering ved godkendelse af aftalelicensordninger. Organisationer som Copydan har opbygget praksis baseret på mange års erfaring med forhandling og administration af kollektive aftaler. Deres markedskendskab gør det muligt at afspejle faktiske brugsmønstre og markedsforskeligheder i aftalerne, hvilket er en forudsætning for et velfungerende aftalelicenssystem og for beskyttelsen af rettighedshavernes legitime interesser.

På denne baggrund kan det konstateres, at det danske aftalelicenssystem opfylder kravet om tilstrækkeligt markedskendskab, som, selv om det ikke fremgår eksplicit af DSMD ordlyd, må anses som en nødvendig forudsætning for opfyldelsen af direktivets øvrige krav.

Punkt 11

Som tidligere anført forpligtede Europa-Kommissionen sig gennem DSMD art. 12, stk. 6, til at vurdere aftalelicenssystemets funktionalitet og anvendelse på det indre marked. Ved rapportens offentliggørelse i 2021 havde mange medlemsstater, herunder Danmark, endnu ikke implementeret direktivet, hvorfor Kommissionen ikke kunne foretage en egentlig vurdering. På dette tidspunkt opfyldte Danmark således ikke underretningspligten i art. 12, stk. 5, da direktivet endnu ikke var implementeret.

Nu hvor DSMD er implementeret, må det lægges til grund, at Danmark har opfyldt sin forpligtelse efter art. 12, stk. 5, til at underrette Kommissionen om anvendelsesområdet og relevante oplysninger om den nationale ordning. Offentliggørelse af disse oplysninger varetages herefter af Kommissionen. Når alle medlemsstater har gennemført implementeringen, og der foreligger praktisk erfaring, bør Kommissionen udarbejde en ny rapport.²¹⁷

På denne baggrund kan det konstateres, at det danske aftalelicenssystem opfylder krav nr. 11 og dermed art. 12, stk. 5.

²¹⁷ Salmela, "Extended collective licence in cross-border digital use", 180.

7.6 Delkonklusion

På baggrund af ovenstående analyse kan det konkluderes, at det danske aftalelicenssystem overordnet er foreneligt med kravene i DSMD art. 12. Systemet er opbygget i overensstemmelse med direktivets grundlæggende principper, herunder kravet om, at aftalelicenser kun kan udgå fra CMO'er underlagt CRMD rammer, og at disse organisationer skal være tilstrækkeligt repræsentative og underlagt offentlig regulering og kontrol. Repræsentativitet, gennemsigtighed, ligebehandling, rimeligt vederlag og markedskendskab er integrerede elementer i den danske model og opfylder dermed direktivets krav.

Hvad angår opt-out-muligheden, fremgår det, at samtlige aftalelicensbestemmelser i OPHL opfylder kravene i art. 12, stk. 3, litra c, med undtagelse af § 13. Gennemgangen viser dog, at rettighedshavere, med støtte i Reprobel-dommen, kan påberåbe sig art. 12 direkte over for CMO'er som Tekst & Node. Opt-out-muligheden kan dermed opretholdes i praksis, selv uden udtrykkelig hjemmel i national ret. Denne løsning skaber dog retlig usikkerhed, og det bør overvejes at præcisere § 13 lovgivningsmæssigt for at sikre klar overensstemmelse med direktivets krav og formål.

Hvad angår bekendtgørelsesforanstaltninger, opfylder systemet minimumskravene i art. 12, stk. 3, litra d. Ligeledes opfylder Danmark sine forpligtelser efter art. 12, stk. 5, om underretning af Kommissionen, efter DSMD formelle implementering i 2023.

Sammenfattende kan det konkluderes, at det danske aftalelicenssystem i al væsentlighed lever op til DSMD art. 12, men at den manglende opt-out-bestemmelse i § 13 udgør et muligt brud på forpligtelserne, som dog i praksis kan afbødes gennem EU-rettens direkte virkning. Det anbefales derfor, at lovgiverne genovervejer reguleringen af § 13 for at fjerne retlig usikkerhed og sikre fuld EU-retlig overensstemmelse.

Del 8: Konklusion

På baggrund af ovenstående kan nærværende afhandlings problemformulering besvares med, at det danske aftalelicenssystem giver godkendte og tilstrækkeligt repræsentative CMO'er mulighed for at indgå aftaler med virkning også for uorganiserede rettighedshavere. Systemet, hjemlet i OPHL § 50, anvendes især ved masseanvendelse, hvor individuel klarering ikke er praktisk muligt. Aftalelicenssystemet omfatter både specifikke aftalelicensbestemmelser, jf. § 50, stk. 1, og en generel hjemmel, jf. § 50, stk. 2, hvilket sikrer fleksibilitet i forhold til forskellige anvendelsessituationer.

Systemets styrke og svaghed udspringer af dets kollektive karakter. På den ene side muliggør det effektiv adgang til ophavsretligt beskyttet materiale, hvilket fremmer juridisk klarhed, reducerer transaktionsomkostninger og sikrer bred kulturel adgang. På den anden side rejser systemet praktiske udfordringer vedrørende repræsentativitet, gennemsigtighed og retssikkerhed for uorganiserede rettighedshavere, som kan føre til en begrænsning af den individuelle kontrol. Derfor indeholder ordningen væsentlige retssikkerhedsgarantier for uorganiserede rettighedshavere, herunder krav om repræsentativitet, ministeriel godkendelse, bekendtgørelse og opt-out-muligheden. Den mest fundamentale udfordring ved systemet er dog dets afhængighed af en velfungerende kollektiv forvaltningsstruktur og en udbredt kollektiv tankegang blandt rettighedshaverne. Uden denne strukturelle og kulturelle forankring undermineres systemets legitimitet og praktiske bæredygtighed. Disse forudsætninger må imidlertid anses for opfyldt i Danmark, hvorfor aftalelicenssystemet fremstår som en velfungerende og afbalanceret model for rettighedsforvaltning, forudsat at retssikkerhedsgarantierne respekteres, og at individuel klarering ikke er en realistisk mulighed.

Den retlige analyse viser, at det danske aftalelicenssystem er foreneligt med menneskeretten, folkeretten og EU-retten. Efter EMRK artikel 11 udgør ordningen et lovligt indgreb i den negative foreningsfrihed, jf. artikel 11, stk. 2. I forhold til Bernerkonventionen overholder systemet både formalitetsforbuddet i artikel 5, stk. 2 og eksklusivitetskravet i artikel 9, stk. 1, ligesom det består tretrinstesten i artikel 9, stk. 2. Endelig er systemet foreneligt med DSM-direktivets artikel 12, idet OPHL § 50 opfylder direktivets krav om repræsentativitet, gennemsigtighed og mulighed for fravalg.

Ovenstående understøtter umiddelbart det nordiske mantra, at aftalelicensordninger pr. definition er gode og forenelige med internationale normer og retlige standarder. Denne optimisme beror dog i høj grad på den særlige kollektive retskultur i Norden, hvor systemet historisk har nydt bred accept og funktionel succes. Ikke desto mindre er der grund til at tage Karnells karakteristik af systemet som

“a real Nordic smorgasbord of problems” alvorligt, idet aftalelicensens konstruktion rejser principielle spørgsmål om foreneligheden med menneskeretten, folkeretten og EU-retten. Det er således ikke givet, at systemets legitimitet vil bestå under retligt pres, hvis de nødvendige retssikkerhedsgarantier ikke opretholdes. Aftalelicensen fremstår derfor som en pålidelig “Volvo”, men stadig ikke uden risiko for at være en “Lemon”. Ovenstående analyse viser, at det danske aftalelicenssystem aktuelt er foreneligt med gældende internationale forpligtelser, forudsat at der etableres og opretholdes et højt niveau af retssikkerhed samt fortsat fokus på klare regler og institutionel ansvarlighed. For at fastholde bilmetaforen kan det derfor konkluderes, at systemet er velfungerende, så længe bremserne virker.

Del 8: Litteraturliste

Retsforskrifter - Danmark

- Danmarks Riges Grundlov, nr. 169 af 5. juni 1953
- Ophavsretsloven, jf. lovbekendtgørelse nr. 1144 af 23. oktober 2014 med senere ændringer
- Lov om kollektiv forvaltning af ophavsret, lov nr. 321 af 5. april 2016

Forarbejder

- Lovforslag nr. L 125 af 23. maj 2023 om ændring af lov om ophavsret
- Lovforslag nr. L 205 af 26. marts 2021 om ændring af ophavsretsloven

Betænkninger

- Betænkning nr. 912, Licenskonstruktioner og fotokopiering, 1981
- Betænkning nr. 1197, Slutbetænkning (med samlet lovudkast), 1990

Internationale konventioner og EU-retsakter

- Bernerkonventionen om beskyttelse af litterære og kunstneriske værker af 9. september 1886, senest revideret i Paris den 24. juli 1971 og ændret den 28. september 1979 (BKV)
- Den Europæiske Menneskerettighedskonvention af 4. november 1950 (EMRK)
- Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2001/29/EF af 22. maj 2001 om harmonisering af visse aspekter af ophavsret og beslægtede rettigheder i informationssamfundet (Infosoc-direktivet)
- Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/26/EU af 26. februar 2014 om kollektiv forvaltning af ophavsret og beslægtede rettigheder samt multiterritoriale licenser (CRMD)
- Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 93/83/EØF af 27. september 1993 om samordning af visse bestemmelser vedrørende ophavsrettigheder og ophavsretsbeslægtede rettigheder i forbindelse med radio- og tv-udsendelse via satellit og viderespredning pr. kabel (Satellit- og kabeldirektivet)
- Europa-Parlamentets og Rådets direktiv (EU) 2019/790 af 17. april 2019 om ophavsret og beslægtede rettigheder på det digitale indre marked og om ændring af direktiv 96/9/EF og 2001/29/EF (DSMD)

Internationale organisationers dokumenter og policypapirer

- European Commission Green Paper of 16 July 2008 on Copyright in the Knowledge Economy
Tilgængelig på: <https://eur-lex.europa.eu/EN/legal-content/summary/green-paper-on-copyright-in-the-knowledge-economy.html?fromSummary=31> (senest besøgt 1. juni 2025)
- European Commission, A Reflection Document of 22 October 2009 on Creative Content in a European Digital Single Market: Challenges for the Future
Tilgængelig på: <https://www.aereurope.org/creative-content-in-a-european-digital-single-market-challenges-for-the-future/> (senest besøgt 1. juni 2025)
- WIPO, Guide to the Berne convention for the protection of literary and artistic works: (Paris Act, 1971); Copyright, World Intellectual Property Organization, 1978

Retspraksis - Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol

- Domstolens dom af 13. august 1981, *Young, James og Webster mod Storbritannien*, sag nr. 7601/76 m.fl.
- Domstolens dom af 23. juni 1981, *Le Compte m.fl. mod Belgien*, sag nr. 6878/75 m.fl.
- Domstolens dom af 30. juni 1993, *Sigurjónsson mod Island*, sag nr. 16130/90
- Domstolens dom af 11. januar 2006, *Sørensen og Rasmussen mod Danmark*, sag nr. 52562/99 m.fl.
- Domstolens dom af 29. april 1999, *Chassagnou mod Frankrig*, sag nr. 25088/94 m.fl.

Retspraksis – EU-domstolen

- EU-Domstolens dom af 16. november 2016, *Marc Soulier og Sara Døke mod Ministre de la Culture et de la Communication*, sag C-301/15
- EU-Domstolens dom af 7. august 2018, *SNB-REACT mod Deepak Mehta*, sag C-521/17
- EU-Domstolens dom af 14. november 2024, *Reprobel CV mod Copaco Belgium NV*, sag C-230/23

Bøger

- Blume, Peter, *Retssystemet og juridisk metode*, 4. udg., 2020, Djøf Forlag
- Dyekjær, Thomas Maagard, m.fl., *Spillet om ophavsretten: pengestrømmene i de ophavsretlige forvaltningsorganisationer*, 1. udg., 1996, Nordisk Kultur Institut
- Mathiasen, Jakob Plesner og Lasse Lau Nielsen, *Entertainmentretten*, 3. udg., 2024, Karnov Group
- Mathiasen, Jakob Plesner, m.fl., *Lov om kollektiv forvaltning af ophavsret*, 1. udg., 2018, Karnov Group
- Munk-Hansen, Carsten, *Retsvidenskabsteori*, 2. udg., 2018, Djøf Forlag
- Ricketson, Sam and Jane C. Ginsburg, *International copyright and neighbouring rights: the Berne Convention and beyond*, 2. udg., 2006, Oxford University Press
- Ricketson, Sam and Jane C. Ginsburg, *International copyright and neighbouring rights: the Berne Convention and beyond*, 3. udg., 2022, Oxford University Press
- Riis, Thomas, *Ophavsret og retsøkonomi*, 1. udg., 1996, Gad Jura
- Rosenmeier, Morten, m.fl., *Immaterialret*, 7. udg., 2024, Djøf Forlag
- Rytter, Jens Elo, *Individets grundlæggende rettigheder*, 5. udg., 2024, Karnov Group
- Schønning, Peter, *Ophavsretsloven med kommentarer*, 8. udg., 2024, Karnov Group
- Schønning, Peter og Jørgen Blomqvist, *International ophavsret*, 1. udg., 2011, Jurist- og Økonomforbundet
- Trumpke, Felix, "Effects and Potential of Extended Collective License Systems", i Liu, Kung-Chung (red), *Remuneration of Copyright Owners*, 1. udg., 2017, s. 85-100
- Uppsala universitet Juridiska fakulteten, *Rättsvetenskapliga studier ägnade minnet av Phillips Hult*, 1. udg., 1960, Almqvist & Wiksell

Tidsskriftsartikler

- Gervais, Daniel J, *Application of an Extended Collective Licensing Regime in Canada: Principles and Issues Related to Implementation*, Vanderbilt Public Law Research Paper, No. 11-26, 2003
Tilgængelig på: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1920391 (senest besøgt den 1. juni 2025)
- Guibault, Lucie and Simone Schroff, *Extended Collective Licensing for the Use of Out-of-Commerce Works in Europe: A Matter of Legitimacy Vis-à-Vis Rights Holders*, IIC, 49(8),

2018, s. 916-939

Tilgængelig på: <https://doi.org/10.1007/s40319-018-0748-5> (senest besøgt den 1. juni 2025)

- Ginsburg, Jane C, *Extended Collective Licenses in International Treaty Perspective : Issues and Statutory Implementation*, Nordiskt Immaterialt Rättsskydd, nr. 2, 2019
- Hugenholtz, P. Bernt and Ruth Okediji, *Conceiving an International Instrument on Limitations and Exceptions to Copyright*, Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper, No. 2012-43, 2008

Tilgængelig på: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2017629 (senest besøgt den 1. juni 2025)

- Panelists, 2011 Symposium, *Panel: Collective Licensing for Digitizing Analog Materials*, The Columbia Journal of Law & the Arts, 34(4), 2011

Tilgængelig på:

<https://journals.library.columbia.edu/index.php/lawandarts/article/view/2196> (senest besøgt den 1. juni 2025)

- Riis, Thomas, m.fl., *Collective Agreements for the Clearance of Copyrights – The Case of Collective Management and Extended Collective Licenses*, University of Copenhagen Faculty of Law Research Paper Series, no. 2016-16, 2016

Tilgængelig på: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2764192 (senest besøgt den 1. juni 2025)

- Riis, Thomas and Jens Schovsbo, *Extended Collective Licenses and the Nordic Experience - It's a Hybrid but is It a Volvo or a Lemon?*, Columbia Journal of Law and the Arts, 33(4), 2010

Tilgængelig på: <https://papers.ssrn.com/abstract=1535230> (senest besøgt 1. juni 2025)

- Salmela, Kirsi, *Extended collective licence in cross-border digital use*, Nordiskt Immaterialt Rättsskydd, nr. 2, 2023
- Strowel, Alain, *The European "Extended Collective Licensing" Model*, Columbia Journal of Law and the Arts, 34(4), 2011

Tilgængelig på:

<https://journals.library.columbia.edu/index.php/lawandarts/article/view/2214> (senest besøgt 1. juni 2025)

Internetkilder

- Copydan Verdens TV, *Aftalelicensgodkendelse*
Tilgængelig på: <https://www.copydan-verdenstv.dk/om-copydan-verdens-tv/aftalelicensgodkendelse/> (senest besøgt den 28. maj 2025).
- Koda, *Forstå ophavsret og forvaltning*
Tilgængelig på: <https://koda.dk/viden-og-hjaelp/rettigheder/forstaa-ophavsret-og-forvaltning> (senest besøgt den 28. maj 2025).
- Kulturministeriet: *Aftalelicensgodkendelser*
Tilgængelig på: <https://kum.dk/kulturomraader/aftalelicensgodkendelser> (senest besøgt den 28. maj 2025).
- Tekst & Node: *Godkendt af Kulturministeriet*
Tilgængelig på: <https://www.tekstognode.dk/om-os/godkendt-af-kulturministeriet/> (senest besøgt den 28. maj 2025).
- Tekst & Node: *Kopiering af dine værker*
Tilgængelig på: <https://www.tekstognode.dk/originaler/kopiering-af-dine-vaerker/> (senest besøgt den 28. maj 2025).